



# Presentación

DR. ARTURO BÁRCENA ZUBIETA

**Director General**

**Escuela Federal de Formación Judicial**

---

En el marco de la conmemoración del décimo aniversario de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, la Escuela Federal de Formación Judicial busca contribuir, por medio de la publicación del *Anuario de Derechos Humanos*, a la visibilización de las problemáticas y los desafíos de la consolidación del cambio constitucional que reconfiguró trascendentalmente nuestro sistema jurídico.

Esta edición del *Anuario* incluye diversas opiniones y propuestas alrededor de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Estas perspectivas provienen de las diferentes áreas de estudio y aplicación del derecho. De esta forma, este número se nutre, de forma conjunta, de la visión de las y los operadores jurisdiccionales, así como del trabajo de las y los académicos. Algunos de los temas que se analizan en el *Anuario* son la dignidad humana y su relación con el principio pro persona, el discurso de odio como una restricción constitucional, la suspensión del acto reclamado, el test de proporcionalidad y el test de igualdad, entre otros.

Con esta publicación, la Escuela Federal de Formación Judicial confirma su compromiso por consolidar un espacio para el estudio, difusión, discusión y debate de las diferentes problemáticas asociadas al desarrollo de una cultura de derechos. También refrendamos la política de acceso abierto a las obras, ofreciendo este contenido para su consulta de manera libre y gratuita. Por último, agradecemos a todas las personas que de una u otra manera contribuyeron a la creación y concreción de este proyecto. Asimismo, agradecemos a las personas lectoras que impulsan con su interés nuestro trabajo y esfuerzo.



# El artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y el derecho civil mexicano

Roberto Aude Díaz\*  
Jaime Ernesto García Villegas\*\*

**Resumen:** La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad reconoce derechos de las personas con discapacidad e impone diversos compromisos u obligaciones a los Estados Partes para el reconocimiento, protección y disfrute de los mismos por sus titulares. Particularmente, el artículo 12 de la Convención contempla el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley y, con ello, el reconocimiento a su capacidad jurídica y al ejercicio de sus derechos. En México, las personas con discapacidad cuentan con el reconocimiento en nuestro sistema jurídico, sin embargo, el derecho civil mexicano limita su capacidad y personalidad jurídica, al contemplar un sistema de sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad cuando debería prevalecer un sistema de apoyos para el ejercicio de sus derechos.

**Palabras clave:** Personas con discapacidad, capacidad jurídica, no discriminación, igualdad ante la ley, sistema de apoyos.

**Sumario:** I. Introducción; II. Discapacidad y percepción sobre las personas con discapacidad; III. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad; IV. El artículo 12 de la Convención y la Observación General Número 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad; V. Visión general del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; VI. Particularidades del derecho civil mexicano; VII. Otras latitudes latinoamericanas; VIII. Reflexiones finales; IX. Bibliografía.

\* Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Chihuahua. Profesor de tiempo completo adscrito a la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua.

\*\* Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Chihuahua. Profesor de tiempo completo adscrito a la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua.



## I. Introducción

Abordar un tema como el que contienen estas modestas líneas resulta, además de relevante, necesario en atención a diversos elementos que se desglosarán a continuación, sin embargo, previo a ello es menester poder identificar lo que se entiende por discapacidad, como se ha concebido y cuál es la definición actual de ella. De igual forma es importante hacer referencia a los distintos modelos a través de los cuales se ha entendido esta situación y cómo su evolución nos ha llevado a identificar la prevalencia del llamado modelo social.

El presente trabajo parte de la premisa de que no obstante a lo anterior, el sistema jurídico mexicano mantiene el modelo de sustitución en la toma de decisiones, por lo que requiere sufrir adecuaciones para transitar adecuadamente al modelo social para que, mediante la generación de apoyos, pueda reconocerse materialmente la capacidad jurídica de las personas con alguna discapacidad y se permita el ejercicio de sus derechos por cuenta propia. Para ello, nos centraremos en la concepción de discapacidad

y la percepción que se tiene en relación a las personas con discapacidad a través de una breve reflexión sobre los distintos modelos con los que se ha interpretado la discapacidad. Comentaremos, de manera general, el contenido de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, para posteriormente centrarnos en su artículo 12 y la interpretación al mismo realizada por el Comité en su Observación General Número 1 del año 2014, así como algunas reflexiones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Finalmente, conoceremos cuál es la situación del derecho civil mexicano partiendo de las legislaciones de los Estados, así como la federal, atendiendo también criterios emitidos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, posteriormente, pondremos de manifiesto cuerpos normativos de otros países encaminados a alcanzar ese reconocimiento igualitario ante la ley de las personas con discapacidad.

## II. Discapacidad y percepción sobre las personas con discapacidad

Como lo señala Carlos Sarmiento, “[...] la categorización del ser humano en normalidad y anormalidad, ha dispuesto tres modelos diferentes a lo largo de la historia, que han dimensionado la discapacidad tanto en

factores endógenos como exógenos”,<sup>1</sup> siendo estos, el modelo de prescindencia, el modelo rehabilitador o médico y el modelo social.

El modelo de prescindencia corresponde a la percepción que existía en la antigüedad

<sup>1</sup> Sarmiento Contreras, Carlos A., “Modelo social de discapacidad, bajo las perspectivas de la Corte Interamericana. Desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006-2016) hacia la práctica del modelo social de discapacidad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol 69, No 274-1, 2019, 375-416, disponible en: <https://unidaddegenerosgg.edomex.gob.mx/sites/unidaddegenerosgg.edomex.gob.mx/files/files/Biblioteca%202022/Diversidad%20Funcional%20Capacidades/DFC-13%20Modelo%20Social%20de%20Discapacidad%2C%20Bajo%20las%20Perspectivas%20de%20Corte%20Interamericana.pdf>.



y la Edad Media, y que, de acuerdo a Valentina Velarde Lizama, identificaba a la discapacidad, ya sea como un castigo de los dioses y/o estimaba que las personas con discapacidad no tenían nada que aportar a la sociedad, por lo que dicha autora, citando a Agustina Palacios, señala que este modelo puede explicarse partiendo de dos presupuestos: la causa de la discapacidad y el rol de la persona discapacitada en sociedad. En el primero de los casos se identificaba que las causas de la discapacidad eran de origen religioso, “[...] un castigo de los dioses por un pecado cometido generalmente por los padres de la persona con discapacidad, o bien una advertencia de la divinidad que —a través de una malformación congénita— podía estar anunciando que la alianza ancestral se había roto y que se avecinaba una catástrofe”,<sup>2</sup> mientras que en relación con el rol social de la persona con discapacidad lo relacionaba con su utilidad en ella y “[...] partía de la idea de que el discapacitado no tenía nada que aportar a la sociedad, que era un ser improductivo y, por consiguiente, terminaba transformándose en una carga tanto para sus padres como para la misma comunidad”,<sup>3</sup> por lo que puede en este modelo se determinaba prescindir de las personas con discapacidad, ya sea mediante políticas eugenésicas o mediante el aislamiento en espacios destinados a personas con discapacidad.

Por su parte, el modelo médico o de rehabilitación deja de percibir a la discapacidad como una situación religiosa y la concibe como limitaciones individuales que impiden a la

persona su desarrollo y participación social “normal” y, tal como su nombre lo indica, busca rehabilitar al individuo, por lo que “[...] el tratamiento de la discapacidad se encuentra encaminado a conseguir la cura, una mejor adaptación de la persona o un cambio en su conducta”,<sup>4</sup> de lo que se desprende que enfoca a la discapacidad en la persona, sus “limitaciones” y en conseguir disminuirlas o desaparecerlas para incorporarla a la sociedad, por lo que frente a esta visión encontramos políticas asistenciales. Sobre el rol social de las personas con discapacidad bajo esta visión, se considera que “[...] dejan de ser consideradas inútiles respecto de las necesidades de la comunidad y, siempre que sean rehabilitadas, pueden tener algo que aportar.”<sup>5</sup>

Finalmente, el modelo social que impera actualmente ha cambiado la concepción de discapacidad, siendo el modelo adoptado por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, y que se centra en percibir a la discapacidad partiendo de las barreras sociales existentes, es decir, que en lugar de concebir el origen de la discapacidad en el individuo, la sitúa en la existencia de limitantes sociales que impiden el desenvolvimiento y desarrollo de las personas con discapacidad. En efecto, con este modelo se “[...] busca remplazar el antiguo ‘modelo médico’ de la discapacidad por un modelo social y de derechos humanos, que reconozca que la discapacidad es el resultado de la interacción con un ambiente inaccesible, considerando que es la sociedad la que ‘inhabilita’ a las personas

<sup>2</sup> Velarde Lizama, Valentina, “Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico”, *Revista Empresa y Humanismo*, Vol. XV, N°1, 2012, pp.115-136, disponible en: <https://revistas.unav.edu/index.php/empresa-y-humanismo/article/view/4179/3572>

<sup>3</sup> *Idem*.

<sup>4</sup> Méndez López, Adalberto, et al., *Impartición de justicia en México, a la luz de las recomendaciones del comité de expertos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Comisión Nacional de Derecho Humanos, México, 2016, p. 16, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5043/5.pdf>

<sup>5</sup> Velarde Lizama, Valentina, *op. cit.*



con discapacidad en el libre ejercicio de sus derechos y libertades.”<sup>6</sup>

Entendido lo anterior y situados en que actualmente prevalece el modelo social, es necesario revisar algunas concepciones sobre la discapacidad. La Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, reconoce a la discapacidad como “[...] una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”.<sup>7</sup> Como puede apreciarse dicha concepción se aleja un poco de la percepción del modelo social referido, sin embargo, no debemos perder de vista que la Convención Interamericana data del año 1999, mientras que la Convención sobre los derechos de la personalidad que consolida el modelo social se aprobó en el año 2006. Este instrumento internacional en su preámbulo reconoce “[...] que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”,<sup>8</sup> además dispone que las personas con discapacidad son “[...] aquellas que tengan

deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.<sup>9</sup>

Por su parte la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, en su artículo segundo, fracción nueve la define como “[...] la consecuencia de la presencia de una deficiencia o limitación en una persona, que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.<sup>10</sup>

Frente a lo anteriormente expuesto, resulta importante lo apuntado por Nicolás Espejo al señalar que “[...] el modelo de la CDPD busca el cumplimiento de dos tipos de obligaciones: a) un contenido negativo, que exige la no intervención o invasión del Estado y de terceros en la esfera de poder de elección autónoma de la persona y que se corresponde con la visión clásica de la autonomía, y b) un contenido positivo, que reclamaría la intervención del Estado y de la sociedad para promover y favorecer el poder de elección autónoma de la persona”.<sup>11</sup> Situación que tiene íntima relación con los planteamientos del presente trabajo como queda de manifiesto en las conclusiones del mismo.

<sup>6</sup> Lara Espinosa, Diana. *La Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad* (Fascículo 10), Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2015, p. 28, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4874/11.pdf>.

<sup>7</sup> Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, Guatemala, 7 de junio de 1999, disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D8.pdf>.

<sup>8</sup> Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Nueva York, 13 de diciembre de 2006, disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>.

<sup>9</sup> *Idem*

<sup>10</sup> Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, Nueva Ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de mayo de 2011, Última reforma publicada DOF 29-04-2022.

<sup>11</sup> Espejo Yaksic, Nicolás, “Persona, vulnerabilidad y capacidad jurídica” en *Capacidad jurídica, Discapacidad y derechos humanos*, Michael Bach & Nicolás Espejo Yaksic (Editores), Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, agosto, 2022, p. 139, disponible en: [https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2022-08/CAPACIDAD%20JURI%CC%81DICA%20DIGITAL\\_3a%20vuelta%20y%20presentacio%CC%81n.pdf](https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2022-08/CAPACIDAD%20JURI%CC%81DICA%20DIGITAL_3a%20vuelta%20y%20presentacio%CC%81n.pdf).



Así, resultan coincidentes las expresiones vertidas por Juan Manuel Iglesias para quien:

[...] el goce efectivo del derecho al acceso a la justicia y el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad implica tanto el cumplimiento de obligaciones “negativas” como “positivas” de los Estados parte de la Convención, en la medida en que son estos quienes deben tomar acciones que garanticen su goce efectivo, ya sea a través de la toma de medidas administrativas, legislativas e incluso jurisdiccionales para remover los obstáculos que obstruyen cualquiera de estos derechos, como de la abstención de realizar acciones discriminatorias, tales como no proporcionar ajustes de procedimiento cuando una persona con discapacidad concreta los requiera.<sup>12</sup>

La discapacidad y la percepción que se tiene en relación a ella, así como en torno a las personas con discapacidad, afortunadamente ha evolucionado y nos ha llevado a entender por una parte que la discapacidad es generada

por barreras sociales que impiden la inclusión de todas las personas independientemente de su condición física, mental o sensorial, y aunado a ello, entender que las personas con discapacidad cuentan con el mismo reconocimiento y protección jurídica que cualquier otra, y que como tal tienen lo que se denomina capacidad jurídica que analizaremos posteriormente.

Previo a concluir el presente apartado, y a reserva de que haremos mención de manera general al contenido de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, es importante para la postura que presentamos en estas líneas establecer que, como sujetos de derechos y obligaciones, las personas con discapacidad deben tener la posibilidad de ejercer los mismos sin que se supla su voluntad, ya que ello vulnera el derecho a la no discriminación consagrado en el artículo primero constitucional, rompiendo la igualdad que debe de existir entre los individuos y limitando precisamente la capacidad jurídica, lo que contraviene a la Convención y al modelo social consagrado en el mismo.

### III. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

Como ya se ha dejado entrever, el instrumento internacional que podemos considerar de mayor relevancia en materia de derechos de personas con discapacidad sin lugar a dudas es la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre del 2006, a la que el Estado Mexicano

se adhirió mediante su firma el 30 de marzo del 2007, ratificando su adhesión (así como del Protocolo Facultativo que deriva de ella) el 17 de diciembre de la misma anualidad.

Este documento y su relevancia, en cierta medida tiene relación con el hecho de ser un el primer instrumento internacional vinculante para los Estados parte, ya que ello obliga

<sup>12</sup> Iglesias Frecha, Juan Manuel, “Capacidad jurídica y acceso a la justicia de las personas con discapacidad en Argentina”, *Revista Española de Discapacidad*, 7 (II): 79-101, Doi: <https://doi.org/10.5569/2340-5104.07.02.05>.



a estos a atender lo establecido en ella en busca de alcanzar los propósitos consagrados en su artículo primero que son “[...] promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.”<sup>13</sup>

Más allá de pretender desarrollar todo el contenido de la Convención en este apartado nos permitimos destacar algunos de las distintas disposiciones que, sin demeritar a ninguna otra parte del documento, consideramos de gran relevancia en materia de derechos de las personas con discapacidad. Entre ellos, tenemos que la Convención en su artículo segundo tiene una especie de glosario que aborda conceptos básicos de ciertas acciones o aspectos relevantes, como la comunicación, el lenguaje, la discriminación por razones de discapacidad, ajustes razonables y diseño universal, figuras que requieren forzosamente su atención o implementación para lograr los propósitos de la convención. En armonía con ello, el artículo 3 contempla los principios que rigen la Convención, siendo estos el respeto a la dignidad y autonomía individual, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectiva en sociedad, el respeto por la diferencia y aceptación de las personas con discapacidad, la igualdad de oportunidades, la accesibilidad, la igualdad entre el hombre y la mujer y el respeto a la evolución de las facultades de niñas y niños con discapacidad y el derecho a preservar su identidad.

Ahora bien, es importante establecer que las personas con discapacidad tienen reconocidos sus derechos a la par de las personas que no tienen alguna discapacidad, es decir, los distintos instrumentos internacionales,

nacionales y locales los protegen por igual, sin embargo, en atención a las barreras existentes y al ser considerados como un grupo vulnerable, se han emitido disposiciones especiales, como la propia Convención que contempla algunos compromisos adquiridos por los Estados parte que refuerzan los derechos de las personas con discapacidad para que estos sean reconocidos, alcanzados y puedan gozar de ellos sus titulares.

En su artículo quinto, reconoce el derecho a la igualdad y la no discriminación estableciendo que todas las personas son iguales ante la ley y que los Estados prohibirán toda forma de discriminación por razón de discapacidad y garantizarán una protección legal y efectiva, así como a asegurar la realización de ajustes razonables que permitan promover la igualdad y eliminar la discriminación. Contempla también en su artículo sexto el derecho que en particular tienen las mujeres con discapacidad a no sufrir discriminación por razones de discapacidad y género, mientras que el artículo séptimo se centra en los derechos de niños y niñas con discapacidad teniendo en consideración el interés superior, así como su derecho a expresar su opinión en igualdad de condiciones que los demás niños y niñas.

Un elemento que implica un cambio social importante es el compromiso consagrado en el artículo octavo de la convención, en el que los Estados adquirieron la obligación de adoptar medidas para sensibilizar a la sociedad, fomentar el respeto a los derechos y dignidad de las personas con discapacidad, luchar contra estereotipos, prejuicios y prácticas nocivas, así como promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad.

Otro rubro sumamente relevante es el de la accesibilidad consagrado en el artículo 9

<sup>13</sup> Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, *op. cit.*



de la Convención y ampliamente desarrollado en la Observación General Número 2 del Comité emitida en el 2014, se concibe como “[...] una condición previa para que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en la sociedad en igualdad de condiciones”,<sup>14</sup> y genera la obligación de los estados de adoptar “[...] medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales”,<sup>15</sup> lo que implica identificar y eliminar obstáculos y barreras que impiden a las personas con discapacidad el acceso a instalaciones, servicios,

y agregaríamos, derechos, como el acceso a la justicia, educación, salud, entre muchos otros.

El instrumento que nos ocupa contempla también que los Estados deben tomar medidas de protección contra la tortura, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, contra la explotación, violencia y abuso, así como para la protección de la integridad personal de las personas con discapacidad. Aunado a que la Convención establece parámetros o pautas para un efectivo acceso al derecho a la educación, a la salud, al trabajo y empleo, a la habilitación y rehabilitación, la movilidad, la libertad de expresión, de opinión y acceso a la información, a la privacidad, así como la participación en la vida política y público, al igual que en la vida cultural, actividades recreativas, esparcimiento y deporte, lo que impacta en un nivel de vida adecuado, aspectos contemplados en diversos numerales del instrumento que nos ocupa.

## IV. El artículo 12 de la Convención y la Observación General Número 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad

El tema central de este trabajo gira en torno al contenido del artículo 12 de la Convención y la situación que guarda el derecho civil mexicano con él, sin embargo, en este apartado nos abocaremos a identificar el contenido de dicho numeral y a conocer la interpretación que el propio Comité a realizado al respecto.

Sobre el contenido textualmente el artículo 12 dispone:

Igual reconocimiento como persona ante la ley.

- Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
- Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

<sup>14</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General No. 2 (2014), Artículo 9: Accesibilidad, 22 de mayo del 2014, CRPD/C/GC/2.

<sup>15</sup> Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, *op. cit.* Artículo 9.



- Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
- Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

- Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.<sup>16</sup>

De dicho texto, y de forma general ya que abordaremos lo señalado por el Comité, podemos fácilmente identificar que las personas con discapacidad deben ser reconocidas en cuanto a su personalidad jurídica, y que dicho reconocimiento debe hacerse en igualdad de condiciones al resto de las personas y en todos los aspectos de su vida sin excepción. De igual manera y en atención a la existencia de diversas barreras en la sociedad, los párrafos tercero, cuarto y quinto reconocen la obligación de los Estados de dictar las medidas pertinentes que permitan el acceso a los apoyos pertinentes para el ejercicio de la capacidad jurídica, mismos que deberán contar con salvaguardias que deberán atender al caso particular, así como la posibilidad de tener un ejercicio de derechos en materia de propiedad, materia hereditaria, bancaria y económicas.

Más allá de las apreciaciones que podamos tener, o de lo que se desprende del texto transcrito, no podemos dejar pasar desapercibido un documento de análisis obligado como lo es la Observación General Número 1, emitida en el año 2014 por el Comité que se centra en el artículo 12 de la Convención, que consagra el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley. En dicho texto, el comité ha plasmado lo que podemos identificar como una interpretación de numeral referido, exponiendo sus implicaciones, así como las obligaciones o compromisos que los Estados partes deben cumplir de conformidad con la Convención.

La observación reconoce que “la igualdad ante la ley es un principio básico general de la protección de los derechos humanos y es indispensable para el ejercicio de otros derechos humanos”<sup>17</sup> y señala que en el artículo 12 de

<sup>16</sup> Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, *op. cit.*

<sup>17</sup> Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, Observación General N°1 (2014) Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, 19 de mayo de 2014, CRPD/C/GC/1, Párrafo 1.



la Convención “[...] no se establecen derechos adicionales para las personas con discapacidad; simplemente se describen elementos específicos que los Estados deben tener en cuenta para garantizar a la personas con discapacidad el derecho a la igualdad ante la ley, en igualdad de condiciones con las demás”.<sup>18</sup> De igual forma, señala que el modelo de discapacidad basado en derechos humanos tiene como implicación que debe pasarse de un modelo de decisiones sustitutiva a uno de apoyo para tomarlas, y que el numeral de análisis debe interpretarse a la luz de los principios generales de la convención consagrados en su artículo 3.

Un elemento fundamental en la postura del presente trabajo es lo establecido en el párrafo quinto de la observación, en el sentido de que los diversos instrumentos internacionales, como la propia convención, así como la declaración universal de los derechos humanos, entre otros, “[...] especifican que el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley es operativo ‘en todas partes’”,<sup>19</sup> lo que implica que de acuerdo al derecho internacional “[...] no hay ninguna circunstancia que permita privar a una persona del derecho al reconocimiento como tal ante la ley, o que permita limitar ese derecho”.<sup>20</sup>

Previo a adentrarse en el estudio en cuanto al contenido del artículo 12, y atendiendo a las afectaciones que pueden sufrir las personas con discapacidad de no reconocerse su capacidad jurídica y de sustituir su voluntad en la toma de decisiones, “el Comité reafirma que el hecho de que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia (incluidas las deficiencias físicas o sensoriales) no debe

ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica ni ninguno de los derechos establecidos en el artículo 12. Todas las prácticas cuyo propósito o efecto sea violar el artículo 12 deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás”.<sup>21</sup>

Sobre el contenido, la interpretación que realiza el Comité del numeral décimo segundo, parte del derecho que tienen las personas con discapacidad a que sea reconocida su personalidad jurídica, reconociendo “[...] tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”,<sup>22</sup> haciendo énfasis en que los Estados tienen la obligación plasmada en el párrafo 5 del artículo doce que fue anteriormente transcrito.

En materia de capacidad, si bien es cierto que se divide en la legal y legitimación para actuar, o bien, en capacidad de goce y de ejercicio, respectivamente, el contenido del artículo 12 no distingue entre ellas, por lo que debe entenderse que a las personas con discapacidad se les debe reconocer su capacidad en ambos extremos, sobre todo, en atención a lo estipulado por el Comité que deja claro que “[...] el ‘desequilibrio mental’ y otras denominaciones discriminatorias no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica (ni la capacidad legal ni la legitimación para actuar)”,<sup>23</sup> señalando categóricamente que “[...] los déficits de la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica”,<sup>24</sup> así como que el artículo 12 lo que implica es la exigencia

<sup>18</sup> *Idem*

<sup>19</sup> *Ibidem*, párrafo 5.

<sup>20</sup> *Idem*

<sup>21</sup> *Ibidem*, párrafo 11.

<sup>22</sup> *Ibidem*, párrafo 12.

<sup>23</sup> *Ibidem*, párrafo 13.

<sup>24</sup> *Idem*.



de que se proporcionen apoyos para el ejercicio de la capacidad.

En efecto, de acuerdo a la observación general, el párrafo tercero del numeral en cuestión “[...] reconoce que los Estados partes tienen la obligación de proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que sea preciso para el ejercicio de su capacidad jurídica. Los Estados partes no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, sino que debe proporcionarles el apoyo que necesiten para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos”,<sup>25</sup> y posteriormente precisa que no se especifica en qué consiste el apoyo, puesto que se trata de un término sumamente amplio y que su tipo e intensidad puede variar atendiendo a la diversidad que existe de las personas con discapacidad.

En este análisis o interpretación, el Comité explica que el sistema de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica al que nos referimos debe contar con salvaguardias que tengan como objetivo “[...] garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona”,<sup>26</sup> dentro de las cuales se “[...] deben incluir la protección contra la influencia indebida; sin embargo, la protección debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y cometer errores”<sup>27</sup> y plantea un razonamiento sumamente interesante en el sentido de que si ha pesar de haber realizado un esfuerzo considerable no fuera posible determinar la voluntad y preferencia de la persona con discapacidad debe atenderse a la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias” y no al interés superior. Finalmente se indica el compromiso existente

por parte de los Estados de adoptar medidas de índole legislativa, administrativa, judicial y medidas prácticas “[...] para garantizar los derechos de las personas con discapacidad en lo que respecta a las cuestiones financieras y económicas, en igualdad de condiciones que las demás”,<sup>28</sup> puesto que tradicionalmente las personas con discapacidad se han encontrado privadas de dichos rubros.

Como puede apreciarse, el contenido del artículo 12 y el reconocimiento que contempla, de alguna manera puede identificarse con esa posibilidad de tomar por cuenta propia decisiones y ejercer por sí mismos derechos a través de los ajustes razonables y apoyos que deben implementarse y proveerse por los Estados en apoyo y proporción a las personas con discapacidad que lo requieren, sin perder de vista a la accesibilidad que debe de garantizarse en todos los aspectos de la vida así como la atención a los principios consagrados en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Por otra parte, la observación general desarrolla tanto las obligaciones que tienen los estados partes para cumplir con lo dispuesto en la convención, como la relación que tiene el artículo 12 y sus implicaciones con otros artículos de la Convención. Sobre las obligaciones, entre otras destaca la de respetar, proteger y hacer realidad el derecho de todas las personas con discapacidad al igual reconocimiento como persona ante la ley, absteniéndose de cualquier situación que contravenga, limite o prive a los titulares de ese derecho.

Dentro de esas situaciones, el Comité ha sostenido que para alcanzar el igual

<sup>25</sup> *Ibidem*, párrafo 16.

<sup>26</sup> *Ibidem*, párrafo 20.

<sup>27</sup> *Ibidem*, párrafo 22.

<sup>28</sup> *Ibidem*, párrafo 23.



reconocimiento de las personas con discapacidad ante la ley los Estados parte “[...] deben ‘examinar las leyes que regulan la guarda y la tutela y tomar medidas para elaborar leyes y políticas por las que reemplacen los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por un apoyo para la adopción de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona’”.<sup>29</sup> Frente a ello, este organismo internacional ha expuesto esos regímenes de sustitución que deben ser sustituidos, explicando que:

Los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones pueden revestir muchas formas diferentes, entre ellas la tutela plena, la interdicción judicial y la tutela parcial. Sin embargo, todos esos regímenes tienen ciertas características en común: pueden describirse como sistemas en los que: I) se despoja a la persona de la capacidad jurídica, aunque sea con respecto a una única decisión; II) puede nombrar al sustituto que tomará las decisiones alguien que no sea la persona concernida y ese nombramiento puede hacerse en contra de su voluntad; y III) toda decisión adoptada por el sustituto en la adopción de decisiones se basa en lo que se considera el “interés superior” objetivo de la persona concernida, en lugar de basarse en su propia voluntad y sus preferencias.<sup>30</sup>

Frente a dicha reflexión, y no obstante a que históricamente el sistema jurídico mexicano descansa en la figura de la interdicción y designación de tutores y curadores, la realidad es que ello implica precisamente una discriminación y limitación de la capacidad y personalidad jurídica en el día a día de las personas con discapacidad y su toma de

decisiones, afectando incluso lo que se ha denominado el derecho a equivocarse en esa toma de decisiones.

Al igual que en otras observaciones generales, la que nos ocupa también contiene un análisis de la relación que tiene el artículo 12 y otros artículos de la Convención, destacando que el reconocimiento de la capacidad jurídica se vincula con el derecho a la igualdad y no discriminación que contemplan a su vez el derecho a obtener los ajustes razonables para el ejercicio de derechos. De igual manera, se relaciona con los artículos 6 y 7 de la convención que, como ya se dijo anteriormente, se centran en las mujeres y niños y niñas con discapacidad respectivamente. Aunado a ello, el Comité reconoce también que el derecho consagrado en el artículo 12 está estrechamente vinculado con la accesibilidad que el Estado tiene la obligación de generar, así como con los derechos de acceso a la justicia, libertad, seguridad y consentimiento, respeto a la integridad personal y protección contra la tortura, violencia explotación y abuso, derecho a la nacionalidad, a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad y el derecho a la privacidad y a la participación política, todos ellos consagrados en el ordenamiento internacional que se interpreta en este importante documento.

Por último, el Comité establece categóricamente que los Estados Parte para poder cumplir con todo lo que implica el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley de las personas con discapacidad deben adoptar medidas tales como:

- a) Reconocer a las personas con discapacidad como personas ante la ley, con personalidad jurídica y capacidad jurídica en todos

<sup>29</sup> *Ibidem*, párrafo 26.

<sup>30</sup> *Ibidem*, párrafo 27.



los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones con las demás. Ello exige que se supriman los regímenes y mecanismos basados en la adopción de decisiones sustitutiva, que niegan la capacidad jurídica y que tienen el propósito o el efecto de discriminar a las personas con discapacidad. Se recomienda a los Estados partes que establezcan disposiciones legislativas que protejan el derecho a la capacidad jurídica de todas las personas en condiciones de igualdad.

- b) Establecer, reconocer y proporcionar a las personas con discapacidad el acceso a una amplia gama de formas de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica. Las salvaguardias para ese apoyo deben estar fundadas en el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad. El apoyo debe satisfacer los criterios enunciados en el párrafo 29 supra, que se refiere a las obligaciones de los Estados partes de cumplir con lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 3, de la Convención.
- c) Celebrar consultas estrechas y colaborar activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las

niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, en la elaboración y aplicación de la legislación y las políticas y en otros procesos de adopción de decisiones para dar efecto al artículo 12.<sup>31</sup>

Así, queda de manifiesto el hecho de que el igual reconocimiento ante la ley de las personas con discapacidad y, con ello, el reconocimiento de su capacidad y personalidad jurídica en todos los aspectos de la vida, deben tener como consecuencia el abandono de los llamados sistemas de sustitución de la voluntad, dentro de los que se encuentra la tutela, por un sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, ya que como señala Nicolás Espejo, “reconocer el igual derecho a la capacidad jurídica a todas las personas es aceptar el valor intrínseco de toda vida humana, su igual capacidad de florecer, con independencia de las limitaciones generadas por las vulnerabilidades asociadas a la discapacidad”.<sup>32</sup> No obstante a lo anterior, como veremos más adelante, el derecho civil mexicano en general dista mucho de ese deber ser aunque existen algunas legislaciones que están más cercanas a dicho panorama.

## V. Visión general del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El presente apartado, sin ser un análisis a profundidad de los criterios que surgen y se siguen en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de forma general, y en atención a diversas resoluciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos

Humanos, permite de manera general destacar interpretaciones que deben ser tomadas en consideración para efectivamente alcanzar el reconocimiento e igualdad de las personas con discapacidad y sus derechos.

<sup>31</sup> Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, Observación General N° 1 (2014), *op. cit.*

<sup>32</sup> Espejo Yaksic, Nicolás, *op. cit.*



Para lograr lo anterior y tomando en consideración las limitantes de extensión que tiene el texto que nos ocupa, nos centraremos en tres determinaciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, concretamente los casos *Ximenes Lopes Vs. Brasil* (2006), *Furlan y Familiares Vs. Argentina* (2012), y *Gonzales Lluy y Otros Vs. Ecuador* (2015), en los cuales más allá de centrarnos en el fondo del asunto, acotaremos expresiones relacionadas con el trabajo que nos ocupa.

En el primero de los casos, la Corte ha reconocido que cualquier persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es sujeto de una protección especial, tal como sucede con las personas con discapacidad y, posteriormente, establece “[...] que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad”.<sup>33</sup>

En la misma resolución, la Corte ha reconocido que las personas con alguna discapacidad tienen capacidad para la toma de decisiones al considerar que:

130. [...] la discapacidad mental no debe ser entendida como una incapacidad para determinarse, y debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen de ese tipo de discapacidades son capaces de expresar su voluntad, la que debe ser respetada por el personal médico y las autoridades. Cuando sea comprobada la imposibilidad del enfermo

para consentir, corresponderá a sus familiares, representantes legales o a la autoridad competente, emitir el consentimiento en relación con el tratamiento a ser empleado.<sup>34</sup>

En el caso *Furlan contra Argentina*, la Corte reconoce al modelo social como el idóneo para abordar el tema de discapacidad relacionando la deficiencia física, mental, intelectual o social del individuo con las barreras o limitaciones existentes en sociedad que complican el ejercicio de sus derechos de manera efectiva. Aunado a ello, reitera lo señalado en el párrafo 130 de la resolución referida en el párrafo anterior, incorporando a ella que:

[...] es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras.<sup>35</sup>

A su vez, la Corte en el año 2015 reconoció los cambios que se han dado en relación a la concepción de la discapacidad, por lo que en la sentencia del caso *González Lluy contra Ecuador* textualmente se planteó lo siguiente:

237. Como parte de la evolución del concepto de discapacidad, el modelo social de discapacidad entiende la discapacidad como

<sup>33</sup> Corte IDH, Caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, Sentencia de 4 de Julio de 2006, párrafo 103, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_149\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf).

<sup>34</sup> *Ibidem*, párrafo 130.

<sup>35</sup> Corte IDH, Caso *Furlan Y Familiares Vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2012, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_246\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf).



el resultado de la interacción entre las características funcionales de una persona y las barreras en su entorno. Esta Corte ha establecido que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva.<sup>36</sup>

Estas breves referencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nos permiten reiterar que el sistema jurídico internacional se sitúa desde hace tiempo dentro del modelo social, lo que, entre otros aspectos, implica la necesidad de reconocer y proteger el pleno disfrute de derechos de las personas con discapacidad, pasar de un sistema asistencialista a uno de apoyos para la toma de decisiones y, con ello, a la posibilidad de que estas personas puedan ejercer por sí mismos sus derechos.

## VI. Particularidades del derecho civil mexicano

Para estar en aptitud de sostener que el derecho civil mexicano en lo general implica un sistema de sustitución en la toma de decisiones y, por ende, resulta contrario a los objetivos que persigue la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y en lo particular su artículo 12, realizamos una revisión de las legislaciones civiles y/o familiares de las entidades federativas, así como de la legislación civil federal, destacando de entre ellos aspectos regulados en la legislación de Coahuila, Colima y Jalisco que mencionaremos en breve.

Dentro de la revisión referida, los suscritos nos centramos básicamente en dos aspectos a considerar: por una parte, la existencia de restricciones, ya sea a la personalidad o capacidad jurídica reconocida en la norma, y por otra, los supuestos en los cuales las distintas legislaciones consideran que existe incapacidad legal y regula a la tutela como la institución

jurídica que permite “velar” por la protección de las personas y bienes que tienen incapacidad natural o legal.

El Código Civil Federal al regular lo inherente a la persona física, en su numeral 23 reconoce expresamente a la minoría de edad, al estado de interdicción y a las demás incapacidades que establezca la ley como “[...] restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atender contra la integridad de la familia;”<sup>37</sup> para posteriormente indicar que las personas incapaces pueden tanto ejercitar sus derechos como contraer obligaciones por conducto de sus representantes, lo que refleja precisamente la existencia de un sistema de sustitución de la voluntad. Por otra parte, se refuerza dicha postura al identificar que de conformidad con el artículo 450 reconoce en su fracción II que tienen incapacidad natural y legal:

<sup>36</sup> Corte IDH, Caso Gonzales Lluy Y Otros Vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_298\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf).

<sup>37</sup> Código Civil Federal, Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, Última reforma publicada DOF 11-01-2021, disponible en [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2\\_110121.pdf](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_110121.pdf).



Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por si mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.<sup>38</sup>

Esta apreciación es reforzada con las aportaciones de Alonso González Ramos quien, refiriéndose a la legislación del Distrito Federal y a la federal, respectivamente, señala que “El modelo adoptado por el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles es el modelo de sustitución en la toma de decisiones, también llamado modelo médico, que busca ser superado por el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”<sup>39</sup> y, posteriormente, expresa que precisamente que:

Mediante las instituciones de la incapacidad y la tutela, el derecho niega la capacidad —y la autonomía— de la persona con discapacidad y la sustituye mediante un tutor —que en el mejor de los casos actuará con base en el “mejor interés de la persona”— que será el encargado de adoptar todas o una parte de las decisiones relevantes en la vida de la persona con discapacidad, decisiones que tienen que ver tanto con la esfera patrimonial (por ejemplo, la celebración de contratos y la

situación financiera de la persona), como con cuestiones personales (tales como la adopción, el matrimonio, patria potestad, la institucionalización, etcétera).<sup>40</sup>

Por su parte, la mayoría de las legislaciones civiles y algunas en materia familiar resultan coincidentes con la normatividad federal, encontrando variaciones en cuanto a la redacción y, en algunos casos, al alcance. Dividiremos el análisis comparativo en los dos aspectos señalados en párrafos previos, por lo que primero nos centraremos en la consideración de la incapacidad como una restricción a la personalidad jurídica. Precisamente, un número importante de códigos civiles reconocen a la incapacidad como una restricción a la personalidad jurídica, entre ellos el de Aguascalientes (art. 20); Baja California (art. 23); Campeche (art. 27); Chihuahua (art. 23); Durango (art. 23); Hidalgo (art.23); Nayarit (art.23); Oaxaca (art. 22); Querétaro (art.23); Quintana Roo (art. 521); San Luis Potosí (art.17.2); Sinaloa (art. 23); Sonora (art.118); Tabasco (art. 32); Tamaulipas (art.19); Veracruz (art.30), y Zacatecas (art.44). Otras legislaciones la reconocen como una restricción a la capacidad, capacidad de ejercicio o capacidad jurídica, tal como sucede con los códigos de Baja California Sur (art. 23); Guanajuato (art. 22); Guerrero (art. 31-34); Michoacán (art. 22); y Yucatán (art. 18).

Siguiendo en este rubro encontramos algunos casos que hemos identificado como particulares, siendo el primero de ellos la legislación del Estado de Nuevo León, misma que en el artículo 23 Bis I del Código Civil, ya que reconoce la posibilidad de que las personas denominadas

<sup>38</sup> *Idem.*

<sup>39</sup> González Ramos, Alonso Karim, Capacidad jurídica de las personas con discapacidad, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2010, p.92, disponible en: [https://www.educacionespecial.sep.gob.mx/pdf/doctos/1Legislativos/8Capacidad\\_Jur%C3%ADdica\\_%20Personas\\_Discapacidad.pdf](https://www.educacionespecial.sep.gob.mx/pdf/doctos/1Legislativos/8Capacidad_Jur%C3%ADdica_%20Personas_Discapacidad.pdf).

<sup>40</sup> *Idem.*



en el texto incapaces puedan ejercer derechos, así como el hecho de considerar las condiciones particulares al señalar textualmente que: “La minoría de edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por sí mismos o por medio de sus representantes, atendiendo a las características y circunstancias particulares de cada caso.”<sup>41</sup> Lo anterior refleja que aún y cuando sigue estableciendo como una restricción a la personalidad jurídica, también abre la posibilidad de que no obstante a ella se permita el ejercicio de derechos por cuenta propia, así como en atención al caso particular, lo que tiene a nuestro juicio gran valor en atención a la diversidad existente entre las personas con discapacidad.

De igual forma otras normativas las denominamos especiales, ya que, según nuestro criterio, se encuentran más cercanas a las pretensiones de la convención y el artículo 12 que nos ocupa, nos referimos a lo regulado en los Códigos de Coahuila, Colima y Jalisco.

El Código Civil para el Estado de Colima reconoce explícitamente la necesidad de seguir el sistema de asistencia en lugar de sustitución de la voluntad, puesto que su artículo 23 en el segundo párrafo, adicionado en agosto del 2021, establece que: “A la persona mayor de edad mayor con algún tipo de discapacidad intelectual, deberá proporcionárseles acceso al sistema de apoyos que necesiten para ejercer su capacidad jurídica y para tomar

decisiones, con el fin de que puedan ejercer plenamente y por sí mismas su autonomía y todos sus derechos.”<sup>42</sup> Tal y como se estableció en apartados previos, en este caso tampoco se establece en qué consisten los apoyos que deben brindarse, frente a lo cual, estimamos que es así en atención a que precisamente los apoyos pueden ser sumamente variados y deben atender a las condiciones particulares y necesidades del caso concreto, sin embargo, lo que más destaca es el reconocimiento de esta situación en beneficio de las persona con discapacidad que los acerca en mayor medida a alcanzar lo consagrado en el artículo 12 de la Convención.

El Estado de Jalisco, en su Código Civil, si bien es cierto que en su artículo 22 reconoce a la minoría de edad y al estado de interdicción como restricciones a la capacidad de ejercicio, y que de conformidad con el artículo 49 la interdicción y demás incapacidades también son reconocidas como tal, posteriormente, en sus numerales 50 al 55 que regulan al estado de interdicción reconoce en el primero de ellos que: “La limitación a la capacidad de ejercicio impuesta por la interdicción será la que se señale en los términos que dicte la sentencia respectiva, en la que deberá establecerse en qué tipo de actos el incapaz goza de plena autonomía en el ejercicio de su capacidad jurídica y en qué otros deberá intervenir un tutor para otorgarle asistencia.”<sup>43</sup> De lo anterior, se desprenden dos elementos sumamente interesantes: el primero de ellos corresponde a que aún y con la declaración

<sup>41</sup> Código Civil para el Estado de Nuevo León. Última Reforma Publicada en *el Periódico Oficial* Número 80-III del 10 de junio De 2022, Ley publicada en el Periódico Oficial, el sábado 6 de Julio de 1935, disponible en [https://www.hcnl.gob.mx/trabajo\\_legislativo/leyes/pdf/CODIGO%20CIVIL%20PARA%20EL%20ESTADO%20DE%20NUEVO%20LEON.pdf?2022-06-10](https://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/pdf/CODIGO%20CIVIL%20PARA%20EL%20ESTADO%20DE%20NUEVO%20LEON.pdf?2022-06-10).

<sup>42</sup> Código Civil para el Estado de Colima, Código Publicado en el *Suplemento del Periódico Oficial* “El Estado de Colima”, el 25 de septiembre de 1954. (REFORMADO SU DENOMINACIÓN DECRETO 103, P.O. 28, SUP. 2, 11 JUNIO 2016), Última Reforma Decreto 485, P.O. 28 AGOSTO 2021.

<sup>43</sup> Código Civil del Estado de Jalisco. Aprobado el 8 de febrero de 1995, publicado el 25 de febrero de 1995 P.O., última modificación 09 de abril de 2022, Decreto 28770.



judicial de encontrarse en estado de interdicción una persona puede gozar de autonomía plena en el ejercicio de su capacidad jurídica en aquellos actos que sean determinados en la propia sentencia, y como segundo elemento encontramos que en relación a aquellos actos en los que se encuentre limitado puede ejercitarlos con intervención de un tutor, que a diferencia de lo que habitualmente entendemos de su rol (en un sistema de sustitución en la toma de decisiones), el hecho de que se establezca que el tutor le otorgará asistencia refleja un sistema asistencial.

La legislación de Coahuila en su artículo 37 reconoce quiénes tienen capacidad de ejercicio siendo estos, los mayores de edad no sujetos a tutela, los menores emancipados, los menores de 18 años pero mayores de 12, siempre que sean asistidos por quienes tengan la patria potestad o la tutela, y destacamos para los fines del presente trabajo, su fracción III que nos permitimos transcribir y que dicta: “Los mayores de edad con algún grado de deficiencia en sus funciones o estructuras corporales conforme al artículo 12 de la Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza, siempre que cuenten con la asistencia de un tercero para poder tomar sus decisiones y asumir las consecuencias de las mismas.”<sup>44</sup> Resulta evidente que esta importante disposición a diferencia de las referidas anteriormente considera un sistema de asistencia y no un sistema de sustitución de la voluntad, reconociendo explícitamente que las personas con discapacidad cuentan con capacidad de ejercicio y, por otra, parte estableciendo que la misma deberá

de ejercitarse mediante la asistencia correspondiente, remitiéndonos al artículo 12 de la Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza.

Dicho cuerpo normativo en el numeral referido dispone qué personas requieren asistencia, o en su caso, representación para el ejercicio de su capacidad jurídica, entre los cuales la fracción II señala: “Los mayores de edad con deficiencias en sus funciones o estructuras corporales, siempre que debido a la deficiencia presenten una disminución o desventaja significativa para el ejercicio de sus derechos, para obligarse por sí mismos o para manifestar su opinión”<sup>45</sup>, para después reconocer como funciones corporales las mentales, sensoriales, de la voz y habla, así como las neuromusculoesqueléticas y relacionadas con el movimiento. Ahora bien, dicho artículo impone la obligación a la autoridad judicial para determinar por una parte el grado de asistencia que se requiere y, por otro, determinar en qué actos se mantiene una plena autonomía de la voluntad. Para determinar el grado de asistencia que requiera una persona la autoridad lo hará “[...] conforme a los estudios, diagnósticos y opiniones especializadas que solicite y sean necesarios, formulados por médicos, psicólogos, psiquiatras, pedagogos, abogados u otros expertos de cualquier campo del conocimiento, así como la opinión de familiares, amigos y de la propia persona cuya asistencia es valorada.”<sup>46</sup> Mientras que para dictar sobre qué tipos de actos la persona mantendrá plena autonomía en el ejercicio de su capacidad de ejercicio, “[...] la delimitación de actos atenderá de forma

<sup>44</sup> Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza, última reforma publicada en el periódico oficial: 3 de agosto de 2021, Código publicado en el *Periódico Oficial*, el viernes 25 de junio de 1999, disponible en: [https://www.congresocoahuila.gob.mx/epub/faces/Vis/Vis10.xhtml;jsessionid=kkGPY9Y0wwjSjXZXFUI0Uuw3XxFamm7S81Os5\]8.s72-167-41-136](https://www.congresocoahuila.gob.mx/epub/faces/Vis/Vis10.xhtml;jsessionid=kkGPY9Y0wwjSjXZXFUI0Uuw3XxFamm7S81Os5]8.s72-167-41-136).

<sup>45</sup> Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza, Ley publicada en el *Periódico Oficial*, el martes 15 de diciembre de 2015, Última Reforma Publicada en el *Periódico Oficial*: 27 DE NOVIEMBRE DE 2020, disponible en: <https://www.congresocoahuila.gob.mx/epub/faces/Vis/Vis10.xhtml>.

<sup>46</sup> *Idem*.



mínima a los siguientes ámbitos: patrimonial, relativa a la administración y dominio de sus bienes; adaptativa e interpersonal, relativa a la capacidad de afrontar los problemas de la vida diaria; y personal, en torno a la posibilidad de mantener una existencia independiente en relación con las necesidades físicas más inmediatas.<sup>47</sup> Y por último dispone que en aquellos casos en que no hubiera sido posible que la persona externara su voluntad u opinión la autoridad judicial “[...] determinará que el tutor o tutriz tendrá la obligación de representarlo y proteger sus derechos, procurando el mayor beneficio de aquel”,<sup>48</sup> situación que encuentra similitud con lo señalado anteriormente de realizar una interpretación lo más favorable a su voluntad y preferencias, motivo por el cual en la legislación de esta entidad federativa encontramos una normatividad que va más acorde o en apego a lo que persigue la Convención y su artículo 12 en comparación a la mayoría de los Estados que dista mucho de ella.

Sobre el segundo de los elementos considerados en este análisis comparativo, es decir, los supuestos en los que se considera que existe incapacidad legal y se regula la tutela, prácticamente la mayoría de las legislaciones resultan coincidentes al estimar que tienen incapacidad natural y legal las personas que se encuentran en los términos de la fracción II del artículo 450 de la legislación federal que anteriormente fue transcrita. Algunas de las legislaciones contemplan además que se encuentran en esta hipótesis las personas sordomudas que no saben leer ni escribir, entre ellas encontramos la de Baja California (art. 447); Campeche (art.46); Chihuahua (art. 427); Guanajuato (art. 563); Nuevo León (art. 450); Tabasco (art. 460), Tlaxcala (art. 293); Veracruz

(art. 380); el Código familiar de Sonora (art. 347); de Oaxaca (art. 303); y la legislación familiar de Yucatán (art. 410). Incluso hay ciertos cuerpos normativos que aún refieren a la locura, tales como el de Tabasco, Tlaxcala y la legislación familiar de San Luis Potosí, este último además establece con incapacidad natural y legal a los mayores de edad con algún tipo de discapacidad mental de conformidad con su artículo 303. Llamando la atención el código civil de Tamaulipas en virtud a que la fracción II del artículo 420 establece que tienen incapacidad natural y legal los mayores de edad con discapacidad intelectual con un rango por debajo del 70 de coeficiente intelectual y en su fracción III considera como tal a las personas con discapacidad auditiva y del habla que no sepan leer ni escribir. Todo ello nos permite identificar, y reiterar, que de manera general el derecho civil mexicano contempla como personas con incapacidad natural y legal a muchas personas que por su condición de discapacidad pueden encuadrar en estos supuestos, negando con ellos su capacidad de ejercicio, pretendiendo que a través del tutor (en un sistema de sustitución de la voluntad) sean protegidos y se permita el ejercicio de sus derechos mediante representante legal.

Además del análisis legislativo realizado, hemos identificado una serie de tesis aisladas que abonan a entender las implicaciones del reconocimiento igualitario de como personas ante la ley de las personas con discapacidad, así como el sistema de apoyos que se requiere frente a la visión del modelo social que impera en nuestros días. Así, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se sustenta en dicho modelo social, lo que

<sup>47</sup> *Idem.*

<sup>48</sup> *Idem.*



trae como consecuencia que debe existir una variación al sistema o modelo de sustitución en la toma de decisiones por un modelo de asistencia en la toma de decisiones de las personas con discapacidad, al haber señalado textualmente:

A consideración de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las instituciones mediante las cuales se regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad —tales como el estado de interdicción— se han clasificado de forma histórica en dos modelos: el modelo de “sustitución en la toma de decisiones” y el modelo de “asistencia en la toma de decisiones”. Por lo que ve al modelo de “sustitución en la toma de decisiones”, mediante el mismo, y una vez que el juzgador ha constatado la existencia de la diversidad funcional del individuo respecto del cual versa el asunto, se decreta que la voluntad de este sea sustituida por la de alguien más, cuya labor consistirá en tomar las decisiones que representen el mejor interés de la persona cuya protección se le ha encomendado. Al respecto, dicho esquema ha sido identificado de forma tradicional con la institución jurídica del tutor, mismo que se encuentra encargado de adoptar decisiones en torno a la esfera personal y patrimonial de su pupilo. Por su parte, el modelo de “asistencia en la toma de decisiones” implica un cambio de paradigma en la forma en que los Estados suelen regular la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, pues mediante el mismo, la persona puede ser ayudada para adoptar decisiones, pero es esta quien en última instancia toma las mismas. Es decir, la libertad de elección se protege y se garantiza por el juzgador acorde al grado de diversidad

funcional que posee la persona en cada caso concreto, fomentando así su participación y la asunción de responsabilidades. En tal sentido, el esquema contenido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, precisamente consagra el modelo asistencial antes referido, en la medida en que indica que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, lo cual deberá ser llevado a cabo en igualdad de condiciones que los demás, debiéndose asegurar que se respeten los derechos, la voluntad y preferencias de quien posee la diversidad funcional.<sup>49</sup>

La misma Primera Sala en mayo del 2019 se pronunció en la tesis que lleva por rubro “PERSONAS CON DISCAPACIDAD. SISTEMA DE APOYOS PARA EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA”, en la cual se reconoce lo necesario de brindar apoyos para el correcto ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad atendiendo a la diversidad existente entre ellas, al establecer textualmente lo siguiente:

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad postula como principio universal la capacidad jurídica y exige que se proporcione el apoyo necesario para su ejercicio. Esto es, se parte de la premisa de que existen diversas maneras de ejercer esa capacidad, pues algunas personas requieren de cierto tipo de apoyos y otras de distinta clase, sin menoscabo de la capacidad misma, lo cual es acorde con la diversidad que existe entre todas las personas. En consecuencia, no debe negarse a las personas con discapacidad su capacidad

<sup>49</sup> Tesis: 1a. CCCXLI/2013 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 1, Tomo I, diciembre de 2013, p. 531, Registro digital: 2005136.



jurídica, sino que debe proporcionárseles acceso al sistema de apoyos que necesiten para ejercerla y para tomar decisiones, asumiendo que cada tipo de discapacidad requiere de unas medidas específicas en virtud de su condición particular y de sus requerimientos personales, con el fin de que puedan ejercer plenamente y por sí mismas su autonomía y todos sus derechos.<sup>50</sup>

A pesar de ser criterios aislados, ambos nos permiten tener en claro que la Primera Sala reconoce expresamente lo planteado por la Convención sobre el modelo que debe seguirse. Una circunstancia similar existe en relación a que una discapacidad no puede ser justificante para negar la capacidad jurídica de una persona, al reconocerse en la tesis que lleva por rubro PERSONAS CON DISCAPACIDAD. EL DÉFICIT DE LA CAPACIDAD MENTAL NO DEBE UTILIZARSE COMO JUSTIFICACIÓN PARA NEGAR SU CAPACIDAD JURÍDICA, en la que se ha señalado lo siguiente:

La capacidad jurídica consiste tanto en la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad de goce) como en la de ejercerlos (capacidad de ejercicio). En ese sentido, la capacidad jurídica y la toma de decisiones (autonomía de la voluntad) son conceptos estrechamente vinculados y constituyen herramientas fundamentales para que una persona pueda participar en la vida jurídica, pero también tiene su impacto en la vida cotidiana; ambos conceptos parten de una tradición civilista y se han proyectado como derechos humanos. Ahora bien, la capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona

para adoptar decisiones que, naturalmente, varían de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de distintos factores, como pueden ser ambientales y sociales. Así, el hecho de que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia no debe ser motivo para negarle la capacidad jurídica ni derecho alguno. En consecuencia, el déficit en la capacidad mental no debe utilizarse como justificación para negar su capacidad jurídica, pues con ello se contraviene el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que se reconoce expresa e indudablemente su derecho a la capacidad jurídica, sin excepción alguna, sin que se haga diferencia entre discapacidades. Así, el derecho a la capacidad jurídica no es una cuestión de inteligencia en las decisiones que se adoptan, ni debe estar ligada a las condiciones mentales, ya que se basa simplemente en el reconocimiento de la voluntad de todo ser humano como elemento central del sistema de derechos.<sup>51</sup>

Lo anterior válidamente se vincula con los razonamientos emitidos por Nicolás Espejo, para quien:

[...] la capacidad jurídica y la capacidad mental surgen como dos conceptos distintos. La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones —capacidad legal— y de ejercer esos derechos y obligaciones —legitimación para actuar—. Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. La capacidad mental, en cambio, se refiere a la aptitud de una persona para

<sup>50</sup> Tesis: 1a. XLIII/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 66, Tomo II, mayo de 2019, p. 1265, Registro digital: 2019965.

<sup>51</sup> Tesis: 1a. XLII/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 66, Tomo II, mayo de 2019, p. 1258, Registro digital: 2019957.



adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos, ambientales y sociales. Por tanto, y como ha señalado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —en adelante, Comité DPD—, en virtud del artículo 12 de la CDPD, los déficits en la capacidad mental ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica.<sup>52</sup>

Frente a todo lo expuesto por la Primera Sala en concordancia con la Convención y lo plasmado en el Comité, resulta incuestionable que las personas con discapacidad deben gozar del pleno reconocimiento a su capacidad y personalidad jurídica y que en lugar de basarnos en un sistema de sustitución

de la voluntad debemos garantizar sus derechos mediante uno de los sistemas de apoyo, lo que se ha reiterado de manera más reciente en la tesis que lleva por rubro “PERSONAS CON LA CONDICIÓN DEL ESPECTRO AUTISTA. TIENEN DERECHO A EJERCER SU CAPACIDAD JURÍDICA PARA TOMAR SUS PROPIAS DECISIONES, O DE SER NECESARIO, CON ASISTENCIA RESPETANDO SU VOLUNTAD (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 10, FRACCIÓN XIX, DE LA LEY GENERAL PARA LA ATENCIÓN Y PROTECCIÓN A PERSONAS CON ESA CONDICIÓN)”<sup>53</sup>, misma que por cuestión de su extensión no se transcribe, y que evidentemente va dirigida en lo particular a la situación de personas con la condición de dicho espectro autista, refrendando que dicha circunstancia no puede ser motivo para negarle la capacidad jurídica ni ninguno de los derechos establecidos en el artículo 12.

## VII. Otras latitudes latinoamericanas

Únicamente a manera de referencia y sin la profundidad que requeriría un estudio jurídico comparado a nivel internacional, este breve espacio será ocupado para dar a conocer la existencia de medidas dictadas en otras naciones que son reflejo de la posibilidad de mudar de un sistema de sustitución a un sistema de apoyos y, con ello, a la igualdad ante la ley de las personas con discapacidad y, por ende, a su personalidad y capacidad jurídica. Nos referimos a países, como Costa Rica, Argentina y Colombia, a quienes podemos denominar los pioneros de América

Latina en el reconocimiento normativo de la igualdad ante la ley de las personas con discapacidad y de adopción de un sistema de apoyos.

En efecto, en el caso de Costa Rica se expidió la Ley para la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad,<sup>54</sup> que de acuerdo a su artículo primero tiene como objetivo “[...] promover y asegurar, a las personas con discapacidad, el ejercicio pleno y en igualdad de condiciones con los demás del derecho a su autonomía personal”,<sup>55</sup> estableciendo figuras acordes a tal objetivo

<sup>52</sup> Espejo Yaksic, Nicolás, *op. cit.*

<sup>53</sup> Tesis: 1a. IX/2022 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, Libro 13, Tomo IV, mayo de 2022, p. 3512, Registro digital: 2024667.

<sup>54</sup> Disponible en: [http://www.asamblea.go.cr/Centro\\_de\\_informacion/Consultas\\_SIL/SitePages/ConsultaLeyes.aspx](http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/Consultas_SIL/SitePages/ConsultaLeyes.aspx).

<sup>55</sup> Ley para la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad, Ley 9379, Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, N° Gaceta:166 del: 30/08/2016.



que denomina garante para la igualdad jurídica de personas con discapacidad, así como la asistencia personal humana a través de la cual se pretende contribuir al ejercicio del derecho a la autonomía personal de las personas con discapacidad. Dicho cuerpo normativo a lo largo de su texto establece cuáles son las responsabilidades del Estado para alcanzar los objetivos de la norma, regula la igualdad jurídica de las personas con discapacidad y la salvaguardia que debe existir para tal efecto y en atención a las condiciones de cada persona. Contempla además la creación de un programa para la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad, para la promoción de dicha autonomía, el cual cuenta con financiamiento para llevarlo a cabo.

Otro ejemplo corresponde a Argentina, cuyo Código civil y comercial de la Nación<sup>56</sup> que regula en relación a las personas con capacidad restringida o con incapacidad, que el juez debe designar los apoyos necesarios, especificar los ajustes razonables en atención a las necesidades y circunstancias de la persona y que los apoyos deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida. Se impone además al legislador parámetros que debe contener la resolución judicial dictada, reconoce expresamente al sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad y contempla también que existe

un procedimiento para el cese de la incapacidad y las restricciones a la capacidad.

Por su parte el Congreso de Colombia expidió la Ley N° 1996, por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad,<sup>57</sup> cuyo objeto es “establecer medidas específicas para la garantía del derecho a la capacidad legal plena de las personas con discapacidad, mayores de edad y al acceso a los apoyos que puedan requerirse para el ejercicio de la misma”<sup>58</sup>, cuya interpretación debe hacerse a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y que contiene una serie de medidas tendientes a lograr su objetivo, entre otras contempla Mecanismos para el ejercicio de la capacidad legal y para la realización de actos jurídicos, contemplando apoyos, acuerdos de apoyos para la celebración de actos jurídicos, así como la figura de las directivas anticipadas para la toma de decisiones a futuro. Contempla también la adjudicación de apoyos en materia judicial, lo que resulta sumamente interesante, además de regular lo inherente al personal de apoyo, lo que refleja otro ejemplo de disposiciones tendientes a hacer efectivo el igual reconocimiento ante la ley de personas con discapacidad y establecen medios para ejercitar derechos en igualdad de condiciones que otras personas mediante el sistema de apoyos y sus características.

<sup>56</sup> Consultable en: [http://www.saij.gov.ar/docs-f/codigo/Codigo\\_Civil\\_y\\_Comercial\\_de\\_la\\_Nacion.pdf](http://www.saij.gov.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf).

<sup>57</sup> Consultable en: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201996%20DEL%2026%20DE%20AGOSTO%20DE%202019.pdf>.

<sup>58</sup> Ley N° 1996, por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad. 26 de agosto de 2019.



## VIII. Reflexiones finales

Ante lo anteriormente expuesto y conscientes de que el tema que nos ocupa requiere un análisis con mayor profundidad y que incluso pudiera ser materia de un estudio doctoral dada su trascendencia, podemos válidamente plasmar las siguientes reflexiones a manera de conclusión.

Actualmente, la discapacidad no puede concebirse más que bajo la óptica del modelo social, entendiendo que tiene su origen en las barreras existentes en una sociedad que ha inhabilitado a las personas con discapacidad en diversas aristas, por lo que la discapacidad deriva de las dichas barreras que complican o imposibilitan muchas veces el desarrollo de las personas con discapacidad y no tiene su origen en la condición de los individuos.

Dentro de las personas con discapacidad existe una amplia diversidad en atención a su situación física, mental, intelectual o sensorial, por lo que deben eliminarse las barreras tienen impacto en todas ellas, generando los apoyos correspondientes y pertinentes a los casos particulares, teniendo en consideración a la Convención, sus principios, derechos y obligaciones que consagra.

Es necesario señalar categóricamente que la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad impone una serie de obligaciones al Estado mexicano para que mute de un sistema de sustitución de la voluntad a uno de apoyos, que permita el ejercicio de derechos a las personas con discapacidad en su vida diaria, en la toma de decisiones y que incluso abarca el derecho a errar o equivocarse, que debe generarse una accesibilidad real en diversos rubros y que para ambos extremos señalados el Estado

mexicano deberá revisar, valorar y reinventar su derecho privado, particularmente en relación a las hipótesis que la norma considera para como limitantes de la capacidad o personalidad jurídica, la incapacidad natural y legal, por lo que pensamos que la tutela deberá suprimirse por otra institución jurídica de apoyo o asistencia o transformarse en una de ellas.

La Observación General Número 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad es un instrumento que permite identificar las implicaciones del artículo doce y debe ser utilizado como guía para la adecuación del sistema jurídico mexicano en dicho rubro, ya que parte de las obligaciones adquiridas corresponden precisamente a la supresión de regímenes y mecanismos basados en la sustitución en la toma de decisiones, para darle paso a un sistema de apoyos.

Ante ello, compartimos y hacemos propia la expresión del multicitado Nicolás Espejo, quien refiere que:

Para que una teoría de la justicia y los derechos sea pertinente para las personas con discapacidad intelectual, cognitiva y psicosocial, esta debe garantizar dos principios fundamentales y concurrentes: a) un trato igualitario —respeto—, que reconozca su inalienable capacidad para ejercer sus derechos y acceder a las mismas oportunidades que habilitan el diseño de una vida que pueda ser llamada “propia”, y b) el acceso a una red de apoyos permanentes —y cuidados— en aquellos casos en que sea necesario— que les permitan conseguir el nivel de vida que desean y sirvan de soporte para la toma de sus decisiones personales.<sup>59</sup>

<sup>59</sup> Espejo Yaksic, Nicolás, *op. cit.*



Dentro de las legislaciones de los Estados existen cuerpos normativos que se acercan a las disposiciones consagradas en la Convención y, particularmente, en el artículo 12 de la misma que han sido debidamente destacadas y que pueden servir como punto de partida para el resto de las entidades federativas para la adecuación respectiva en la materia.

De igual forma, existen ordenamientos jurídicos de otras latitudes, como Argentina, Costa Rica y Colombia que pueden resultar útiles para la creación de normas tendientes a alcanzar el igual reconocimiento como persona ante la ley de las personas con discapacidad en México.

Estimamos que, atendiendo a los compromisos adquiridos por México, y en armonía con los derechos de las personas con discapacidad del país, se requiere la modificación legislativa, administrativa, en materia presupuestal y de políticas públicas, además de la concientización y capacitación social y profesional para que se materialice efectivamente el igual reconocimiento ante la ley, pero sobre todo para que no permanezca como un texto normativo, sino que se convierta en una realidad en todos los aspectos de la vida y permita el ejercicio y disfrute de los derechos que como personas tienen quienes tienen alguna discapacidad.



## IX. Bibliografía

### a) Hemerográficas

- Espejo Yaksic, Nicolás, "Persona, vulnerabilidad y capacidad jurídica", en *Capacidad jurídica, Discapacidad y derechos humanos*, Michael Bach & Nicolás Espejo Yaksic (Editores), Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, agosto, 2022, p. 139, disponible en: [https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2022-08/CAPACIDAD%20JURI%CC%81DICA%20DIGITAL\\_3a%20vuelta%20y%20presentacio%CC%81n.pdf](https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2022-08/CAPACIDAD%20JURI%CC%81DICA%20DIGITAL_3a%20vuelta%20y%20presentacio%CC%81n.pdf).
- González Ramos, Alonso Karim, *Capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2010, p. 92, disponible en: [https://www.educacionespecial.sep.gob.mx/pdf/doctos/1Legislativos/8Capacidad\\_Jur%CC%ADdica\\_%20Personas\\_Discapacidad.pdf](https://www.educacionespecial.sep.gob.mx/pdf/doctos/1Legislativos/8Capacidad_Jur%CC%ADdica_%20Personas_Discapacidad.pdf).
- Iglesias Frecha, Juan Manuel, "Capacidad jurídica y acceso a la justicia de las personas con discapacidad en Argentina", *Revista Española de Discapacidad*, 7 (II): 79-101, Doi: <https://doi.org/10.5569/2340-5104.07.02.05>.
- Lara Espinosa, Diana. *La Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad* (Fascículo 10), Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2015, p.28, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4874/11.pdf>.
- Méndez López, Adalberto, et al., *Impartición de justicia en México, a la luz de las recomendaciones del comité de expertos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Comisión Nacional de Derecho Humanos, México, 2016, p. 16, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5043/5.pdf>.
- Sarmiento Contreras, Carlos A., "Modelo social de discapacidad, bajo las perspectivas de la Corte Interamericana. Desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006-2016) hacia la práctica del modelo social de discapacidad", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol. 69, No 274-1, 2019, 375-416, disponible en: <https://unidaddegenerosgg.edomex.gob.mx/sites/unidaddegenerosgg.edomex.gob.mx/files/files/Biblioteca%202022/Diversidad%20Funcional%2CCapacidades/DFC-13%20Modelo%20Social%20de%20Discapacidad%2C%20Bajo%20las%20Perspectivas%20de%20Corte%20Interamericana.pdf>.

Velarde Lizama, Valentina, "Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico" en *Revista Empresa y Humanismo*, Vol. XV, N°1, 2012, pp.115-136, disponible en: <https://revistas.unav.edu/index.php/empresa-y-humanismo/article/view/4179/3572>.

### b) Normativas

- Código Civil del Estado de Jalisco. Aprobado el 8 de febrero de 1995, publicado el 25 de febrero de 1995 P.O., última modificación 09 de abril de 2022, Decreto 28770.
- Código Civil Federal, Nuevo Código publicado en el *Diario Oficial de la Federación* en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, Última reforma publicada DOF 11-01-2021, disponible en [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2\\_110121.pdf](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_110121.pdf).
- Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza, última reforma publicada en el periódico oficial: 3 de agosto de 2021, Código publicado en el *Periódico Oficial*, el viernes 25 de junio de 1999, disponible en: <https://www.congresocoahuila.gob.mx/epub/faces/Vis/Vis10.xhtml;jsessionid=kkGPY9Y0wwjSjXZXNfUI0Uuw3XxFamm7S81Os5J8.s72-167-41-136>.
- Código Civil para el Estado de Colima, Código Publicado en el *Suplemento del Periódico Oficial* "El Estado de Colima", el 25 de septiembre de 1954. (REFORMADO SU DENOMINACIÓN DECRETO 103, P.O. 28, SUP. 2, 11 JUNIO 2016), Última Reforma Decreto 485, P.O. 28 AGOSTO 2021.
- Código Civil para el Estado de Nuevo León. Última Reforma Publicada En el *Periódico Oficial* Número 80-III del 10 de junio De 2022, Ley publicada en el Periódico Oficial, el sábado 6 de Julio de 1935, disponible en [https://www.hcnl.gob.mx/trabajo\\_legislativo/leyes/pdf/CODIGO%20CIVIL%20PARA%20EL%20ESTADO%20DE%20NUEVO%20LEON.pdf?2022-06-10](https://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/pdf/CODIGO%20CIVIL%20PARA%20EL%20ESTADO%20DE%20NUEVO%20LEON.pdf?2022-06-10).
- Código Civil y Comercial de la Nación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación de Argentina, Aprobado por ley 26.994, Promulgado según decreto 1795/2014, consultable en: [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo\\_Civil\\_y\\_Comercial\\_de\\_la\\_Nacion.pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf).



- Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, Observación General N°1 (2014) Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, 19 de mayo de 2014, CRPD/C/GC/1, Párrafo 1.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General No. 2 (2014), Artículo 9: Accesibilidad, 22 de mayo del 2014, CRPD/C/GC/2.
- Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, Guatemala, 7 de junio de 1999, disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D8.pdf>.
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Nueva York, 13 de diciembre de 2006, disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>.
- Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, Nueva Ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de mayo de 2011, última reforma publicada DOF 29-04-2022.
- Ley N° 1996, por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad, Congreso de Colombia, 26 de agosto de 2019, disponible en: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201996%20DEL%2026%20DE%20AGOSTO%20DE%202019.pdf>.
- Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza, Ley publicada en el *Periódico Oficial*, el martes 15 de diciembre de 2015, Última Reforma Publicada en el Periódico Oficial: 27 DE NOVIEMBRE DE 2020, disponible en: <https://www.congresocoahuila.gob.mx/epub/faces/Vis/Vis10.xhtml>.
- Ley para la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad, Ley 9379, Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, N° Gaceta: 166 del: 30/08/2016, consultable en: [http://www.asamblea.go.cr/Centro\\_de\\_informacion/Consultas\\_SIL/SitePages/ConsultaLeyes.aspx](http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/Consultas_SIL/SitePages/ConsultaLeyes.aspx).

## c) Jurisprudenciales y resoluciones

- Corte IDH, Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2012, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_246\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf).
- Corte IDH, Caso Gonzales Lluy Y Otros Vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_298\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf).
- Corte IDH, Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil, Sentencia De 4 De Julio De 2006, párrafo 103, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_149\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf).
- Tesis: 1a. CCCXLI/2013 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 1, Tomo I, diciembre de 2013, p. 531, Registro digital: 2005136.
- Tesis: 1a. IX/2022 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, Libro 13, Tomo IV, mayo de 2022, p. 3512, Registro digital: 2024667.
- Tesis: 1a. XLII/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 66, Tomo II, mayo de 2019, p. 1258, Registro digital: 2019957.
- Tesis: 1a. XLIII/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 66, Tomo II, mayo de 2019, p. 1265, Registro digital: 2019965.



# Justicia integral para adolescentes: implicaciones de la especialización

Omar Liévanos Ruiz\*

Marcela Verónica Chávez Hernández\*\*

**Resumen:** La Convención sobre los derechos del niño supuso un parteaguas en la protección de niñas, niños y adolescentes. Su adopción marcó el inicio y vigencia del garantismo como modelo de tratamiento, que parte del reconocimiento de la niñez y la adolescencia como titulares de derechos. A partir de entonces, tanto en el ámbito nacional como internacional, se han llevado a cabo múltiples acciones para lograr la mayor protección de estos sectores y, sobre todo, lograr su tratamiento efectivo en caso de entrar en conflicto con la ley penal. En el caso de México, la incorporación al garantismo en esta área ha llevado, entre otras cuestiones, al desarrollo de un sistema integral de justicia que a partir de principios, como el debido proceso, legalidad y mínima intervención, permitan brindar una atención adecuada en cada uno de los casos, desde un enfoque socioeducativo. No obstante, el análisis de la operatividad del sistema frente a los postulados del bloque de protección integral y la Constitución, evidencian que su consolidación es, hoy en día, un proceso inacabado. Conceptos como la especialización parecen no ser debidamente comprendidos o materializados, constituyéndose como obstáculos para lograr la plena protección de la infancia y la adolescencia, lo que suscita grandes retos para el Estado mexicano, tales como lograr la erradicación del enfoque adultocéntrico y la sensibilización adecuada de las personas operadoras del sistema.

**Palabras clave:** Adolescentes, garantismo, justicia penal, especialización, sistema integral y reforma constitucional.

**Sumario:** I. Introducción; II. Modelos de tratamiento en justicia para adolescentes; III. La reforma constitucional garantista de 2005; IV. Trascendencia de la especialización en la justicia para adolescentes; V. Conclusiones; VI. Bibliografía.

\* Magistrado del Primer Tribunal Colegiado en materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito.

\*\* Secretaria particular del Magistrado Omar Liévanos Ruiz, Magistrado integrante del Primer Tribunal Colegiado en materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito.



## I. Introducción

La protección de la niñez y la adolescencia ha sido una inquietud recurrente en la sociedad a través de la historia, sobre todo, cuando se trata de definir las formas en que habrán de atenderse los casos de niñas, niños y adolescentes a quienes se atribuye la comisión de un hecho calificado como delito. En un principio, la falta de una disciplina especializada tuvo como resultado que el tratamiento brindado a estos sectores fuese desde un enfoque adultocentrista, es decir, niñas, niños y adolescentes quedaban subsumidos en la justicia ordinaria, recibiendo sanciones equiparables a las destinadas para los adultos.

Esta situación, surgida en el contexto de lo que posteriormente sería llamado *modelo irregular*, propició que las personas integrantes de la niñez y la adolescencia fueran objeto de múltiples violaciones a sus derechos humanos y graves vejaciones alentadas, principalmente, por el hecho de que los espacios de internamiento eran compartidos con personas de edad adulta. La gravedad de los hechos acontecidos en este modelo impulsó la búsqueda de nuevas formas de tratamiento, dando lugar al surgimiento de un segundo modelo, llamado *tutelar*.

Para finales del siglo XIX, la preocupación del *movimiento de los salvadores del niño* representó una esperanza para mejorar las condiciones de estos grupos de la sociedad. A partir de un enfoque tutelarista, que se definía por el entendimiento de la persona menor de edad como objeto de protección, el Estado asumió la responsabilidad de velar por su correcto desarrollo y subsanar las deficiencias que habían tenido las familias en el cuidado de sus hijos y que, se consideraba, había sido determinante para las actitudes delictivas de estos.

Paulatinamente, la esencia de este modelo fue permeando en la conciencia colectiva hasta dar lugar al surgimiento de un sistema especializado con instancias propias, que extraían a las personas menores de edad del régimen indiferenciado que los colocaba a la par de los adultos; la principal muestra de consolidación de este nuevo estadio fue la instalación, en 1899, del Tribunal de Menores de Illinois, el cual fue replicado alrededor del mundo hasta llegar a México, a través del Tribunal especializado instalado en Yucatán, en 1923.

La justicia impartida a través de estas instancias distaba mucho de la justicia ordinaria. El paternalismo del Estado trató de construir un sistema de justicia que provocase el menor impacto en las personas menores de edad, aunque para ello se tuvieron que sacrificar los formalismos y solemnidades característicos de los tribunales para adultos. En términos generales, la vigencia del modelo tutelar significó la extracción de niñas, niños y adolescentes del derecho penal, colocándolos en un modelo en apariencia más “amigable” que trató de corregir las desviaciones con base en principios como la disciplina, el trabajo y la educación.

No obstante, el principal postulado que impulsó originalmente al movimiento de los salvadores del niño, es decir, la búsqueda de mejores condiciones de protección hacia la niñez fue quebrantado por el proteccionismo exacerbado que este mismo fue moldeando, reimpulsando la necesidad de buscar nuevas alternativas para el tratamiento de niñas, niños y adolescentes. Fue entonces cuando, a finales del siglo XX, surgió el tercer modelo de tratamiento que tiene como eje principal el reconocimiento de la niñez y la adolescencia como sujetos de derecho.



Este nuevo estadio, llamado *garantismo*, fue consolidándose a través de la emisión de diversos instrumentos internacionales que conformarían el bloque de protección integral de la infancia y la adolescencia, marcando la conclusión del régimen tutelar. Desde una nueva visión antropocentrista, el garantismo admitió la posibilidad de responsabilidad penal en personas menores de edad, superando las barreras del discernimiento y los elementos psicobiológicos que, en los modelos anteriores, definieron la forma de reacción del Estado.

Si bien este periodo supone la reincorporación de las niñas, niños y adolescentes al derecho penal, no comparte la visión del tratamiento indiferenciado que se rige por las reglas de la justicia ordinaria; pugna por la creación de un sistema especializado que, ajustado a las necesidades de un ser humano en desarrollo, permita el acceso a la justicia sin perder de vista las consecuencias legales propias de un hecho delictivo y la reparación del daño para las personas víctimas u ofendidas.

A dieciséis años de la reforma constitucional al artículo 18, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de diciembre de 2005, que marcó la adopción del garantismo en nuestro país y definió las bases del sistema integral de justicia penal para adolescentes, México ha mostrado grandes avances en la materia. No obstante, la operatividad del sistema parece evidenciar una falta de comprensión y profundización sobre conceptos elementales para el éxito del modelo, así como para el cumplimiento de sus objetivos, tal como sucede en el caso de la *especialización*.

Habitualmente, se considera que la especialización se logra a través de una profesionalización continua de las personas operadoras, sin embargo, estudios y reflexiones realizados, tanto desde una perspectiva jurisdiccional como doctrinaria, han llevado a demostrar que la presencia de esta máxima

supera el espectro académico, constituyéndose como una pieza fundamental para la consecución de los principales objetivos del sistema, como es el reemplazo del enfoque punitivo adultocentrista, por el de corte socioeducativo.

Desde esta óptica, el presente trabajo tiene por objeto analizar la importancia e implicaciones de este concepto, partiendo de un enfoque cualitativo que permitirá comprender los principales aspectos de la reforma constitucional de 2005; la importancia de la especialización en dicha modificación constitucional y la operatividad del sistema integral; así como su trascendencia en la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes.

Para el cumplimiento de ese objeto, en el primer apartado temático se analizarán los tres regímenes de tratamiento de niñas, niños y adolescentes formados a través de la historia; su surgimiento, desarrollo y, en caso del sistema indiferenciado y tutelar, las causas de su declive, haciendo referencia a casos paradigmáticos como *Kent v. United States* e *In re Gault*, y documentos trascendentales, como la Convención sobre los derechos del niño, las Directrices de Riad, las Reglas de Beijing y las observaciones del Comité de los Derechos del Niño.

El siguiente apartado temático se destinará al estudio de la reforma constitucional llevada a cabo en 2005, la cual marca el inicio del modelo garantista en México, con el objetivo de conocer sus principales características y principios, así como la definición de las autoridades y competencias, derivadas de ella. Siguiendo esta línea de estudio, en este apartado se encontrará una breve revisión de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, vigente en la actualidad.

En el cuarto apartado temático se analizará el concepto de especialización y sus alcances a la luz del modelo garantista y el planteamiento



del sistema integral de justicia para adolescentes en México, conduciendo a conclusiones donde se podrá verificar si el país ha cumplido con los objetivos que se ha trazado el Estado en esta

materia o si, por el contrario, quedan aspectos por detallar para poder hablar de una justicia verdaderamente especializada.

## II. Modelos de tratamiento en justicia para adolescentes

Niñez y adolescencia son etapas naturales en la vida humana, sin embargo, la forma en la que estos periodos han sido comprendidos a lo largo del tiempo ha dado como resultado el surgimiento de distintos modelos de tratamiento que han definido la postura de la sociedad, sobre todo, en cuestiones atinentes a la justicia penal. Si bien, para la ciudadanía ha sido complicado encontrar la forma adecuada de responder ante las conductas antisociales cometidas por niñas, niños y adolescentes, para los Estados el reto ha sido aún mayor.

Desde la perspectiva de la autoridad, no se trata únicamente de especificar la forma o formas idóneas de protección para este sector vulnerable de la población, sino, además, de precisar con toda claridad la postura que se debe asumir frente a aquellas personas menores de edad que han cometido hechos delictivos, atendiendo a las características y necesidades específicas de cada uno de los grupos etarios en que, a su vez, se segregan.

Esta búsqueda por proteger y, en su caso, corregir a las personas menores de edad, ha derivado en tres principales modelos de tratamiento, cada uno de ellos definido a partir del concepto de niña, niño o adolescente que impera en un lugar y tiempo determinado, es decir, del paradigma desde el cual se entiende a la persona como objeto o sujeto de derecho, así como la capacidad de reconocerle, o no, como responsable de una conducta delictiva.

En este sentido, la primera etapa que se identifica al realizar un recorrido por los modelos de tratamiento para personas menores de edad es la del *tratamiento penal indiferenciado*. Se trata de un periodo oscilante, previo al modelo tutelar, del cual algunos autores pasan de largo ante la paradigmática creación de los Tribunales de Menores de Illinois, en 1899. Como señala Platt, “en la literatura de la justicia para menores se ha creado la impresión general de que antes de las reformas del movimiento redentor del niño se trataba a los niños como si fueran adultos [por este motivo] la creación del tribunal para menores suele presentarse como una importante victoria de la ilustración sobre las fuerzas de la opresión y la ignorancia”.<sup>1</sup>

A pesar de la denominación que se ha dado a este periodo de la historia de las niñas, niños y adolescentes, la afirmación de un trato igualitario no es del todo acertada. Tal como sucede con muchas otras cuestiones a través del tiempo, el tratamiento de la niñez y adolescencia con conductas delictivas en los estadios previos a la institucionalización formal de una justicia especializada atendió a las características de cada Estado y a la aplicación de figuras como el discernimiento, a partir de la cual se lograba una diferencia entre las penas aplicadas a los adultos y las correspondientes a los infantes y adolescentes.

<sup>1</sup> Platt, Anthony M., *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*, 3ª ed., México, Siglo XXI, 1997, p. 201.



De manera general, esta etapa se caracterizó por la ausencia de una justicia especializada, es decir, no existía un andamiaje jurisdiccional exclusivo para los casos de niñas, niños o adolescentes con conductas delictivas, por lo que el conocimiento y determinación respecto de estos hechos correspondía a los jueces ordinarios, a la propia familia o, en general, a la comunidad. En México, el modelo de tratamiento indiferenciado se desarrolló con las mismas características.

Rodríguez Manzanera advierte que ya en el periodo precolombino la minoría de edad era considerada un parámetro para la atenuación de las penas, situación presente entre los mayas y aztecas donde, incluso en el caso de la última, la división etaria se hizo en dos grupos: el primero, de los cero a los diez años, integrado por los menores a quienes se les consideraba exentos de toda responsabilidad de tipo penal; y, el segundo, compuesto por los jóvenes de diez a quince años, a los cuales se aplicaban penas atenuadas.

En cuanto a las instituciones surgidas en el contexto de desarrollo del tratamiento indiferenciado son dignas de mención el Padre de Huérfanos, de 1337 y el Hospicio de Misericordia, fundado en 1734, ambos de raíces españolas, los cuales son considerados antecedentes de los Tribunales de Menores de Illinois.<sup>2</sup> Ambas instituciones, al igual que en su momento lo hizo el Hospicio de San Miguel, se destinaron a la atención y corrección de la niñez y la adolescencia.

No obstante, en el siglo XI, las condiciones de vulnerabilidad suscitadas por el tratamiento *indiferenciado* despertaron en los Estados Unidos

de Norteamérica, un profundo descontento que derivó en el surgimiento del movimiento *pro-salvación del niño* que, tras el análisis de las condiciones de las personas menores de edad en las cárceles, hospicios y casas de caridad, tuvo como mayor éxito la separación de niñas, niños y adolescentes de los espacios destinados a los adultos, así como la creación de tribunales especializados.

Señala Platt que, “con la ley de tribunales para menores de 1899 culminaban casi treinta años de esfuerzos reformistas por las organizaciones salvadoras del niño en Illinois —sin embargo, el catedrático de la Universidad de California aclara que— mucho antes de la puesta en vigor del tribunal para menores en 1899, había ya en Estados Unidos disposiciones especiales para la protección y custodia de los niños “delincuentes” apartados de los adultos”,<sup>3</sup> ejemplo de ello se encuentra en las reformas llevadas a cabo en 1827, consistentes en la ampliación de la edad exenta de responsabilidad penal.

La revisión del tratamiento indiferenciado que sufrían niñas, niños y adolescentes llevó a los reformadores a concluir que, más que castigo, la niñez y adolescencia necesitaba protección. Autores como García Méndez señalan que el precio que pagó la infancia por este credo fue alto, “pérdida total de la autonomía y origen de una cultura jurídico-social que vincula indisolublemente la oferta de protección a la declaración previa de algún tipo de incapacidad”.<sup>4</sup> De esta forma la ideología *pro-salvación del niño* terminó por cosificar a la niñez y la adolescencia.

El Estado asumió un rol paternal. A partir de una reinterpretación de la figura inglesa

<sup>2</sup> Fariña, Francisca *et al.*, “Psicología Jurídica del menor y el contexto familiar: una mirada al pasado, presente y futuro”, *Psicología jurídica del menor y de la familia*, Xunta de Galicia, 2005, Colección Psicología y Ley no. 2, pp. 9-27. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/288671239\\_Psicologia\\_juridica\\_del\\_menor\\_y\\_de\\_la\\_familia](https://www.researchgate.net/publication/288671239_Psicologia_juridica_del_menor_y_de_la_familia).

<sup>3</sup> Platt, Anthony M., *op. cit.* nota 2, p. 120 y ss.

<sup>4</sup> García Méndez, Emilio, *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Colombia, Forum Pacis, 1994, p. 78.



del *parens patriae*, la autoridad estatal se consideró responsable de aquellas personas menores de edad desprotegidas o vulnerables, lo que le dio un amplio margen de actuación que terminó por minar los derechos de la infancia y la adolescencia. Bajo esta óptica, el Estado no se preocupaba únicamente de las personas menores de edad con conductas delictivas, sino también de los considerados desviados y, en general, toda aquella niña, niños o adolescente en riesgo de perversión.

Conviene reconocer la lucha que el movimiento pro-salvación del niño llevó a cabo durante su época para superar las ideas del delincuente nato y de la criminalidad como medio de lucha para la supervivencia, propia del darwinismo. No obstante, estos cambios, más que asegurar una mayor protección, sometieron a la niñez y la adolescencia a un sistema de suma represión más grave que el vivido con el tratamiento indiferenciado. Como apunta Azaola, “habiéndose propuesto crear una justicia especial para los menores y habiendo colocado al Estado como el representante legítimo de sus intereses, el derecho tutelar creó una especie de régimen de excepción que en buena parte confiscó sus derechos”.<sup>5</sup>

Aunque en sus inicios este modelo pareció dar solución a muchos de los problemas provocados por el tratamiento indiferenciado, el sobre proteccionismo ejercido por el Estado fue endureciendo cada vez más el trato hacia la niñez y la adolescencia. El tutelarismo comenzó así a mostrar su cara oculta, intentando justificar su rigor con las buenas intenciones de proteger y asistir a los niños, niñas y adolescentes en desamparo o vulnerabilidad, brindándole al Estado un mayor margen de actuación para dominar a estos grupos.

Las constantes violaciones a los derechos y garantías que entrañó el tutelarismo, obligaron a repensar la posición de la persona menor de edad en la sociedad. La perspectiva del Estado comenzó a cambiar, o al menos eso se leía entre las líneas de las resoluciones emitidas por los tribunales en casos como *Kent v. United States* e *In re Gault*, donde se comenzó a consolidar la idea de reconocer a niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos. Comenzó entonces a rondar la idea de que el Estado no debía suplir voluntades, sino, por el contrario, generar mecanismos para el reconocimiento y protección efectiva de sus derechos.

Ambos casos, *Kent v. United States* e *In re Gault*, a los que se añaden los similares, *In re Winship* de 1970 o *In McKeiver v. Pennsylvania* de 1971, fueron paradigmáticos para la superación del modelo tutelar. Las decisiones judiciales parecían dar la razón a los detractores constitucionalistas del movimiento reformador que, en su momento según Platt, denunciaron que “el sistema de tribunal para menores viola las garantías constitucionales del procedimiento legal y pone a los adolescentes la marca infame de “delincuentes”.<sup>6</sup>

Desde esta perspectiva, se procuró que niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal, fuesen tratados como seres humanos, con los derechos y garantías inherentes a ello. La justicia, entonces, adoptó la postura de no castigar las conductas delictivas cometidas por integrantes de la niñez o la adolescencia, reemplazando el enfoque punitivo propio de la justicia ordinaria por un tratamiento orientado a la reinserción y educación, que acotaría la intervención del Estado únicamente en los casos que la ley le permite a la luz de principios, como la presunción de inocencia, legalidad y mínima intervención.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> Platt, Anthony M., *op. cit.* nota 2, p. 173.



Una consecuencia de este cambio de paradigma fue la adopción, el 20 de noviembre de 1989, de la Convención sobre los Derechos del Niño, por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Si bien no se trata del primer documento en la materia, ya que existen precedentes como la Declaración de Ginebra de 1924, la Convención constituye el punto de partida del *bloque de protección integral*, que refrendaría la postura humanista y garantista de los Estados, asumida a partir de los efectos nocivos producidos por la Segunda Guerra Mundial.

En el caso de México, la suscripción de los tratados internacionales derivados de la

Convención conllevó al redireccionamiento de las políticas públicas con miras a asegurar de manera efectiva los derechos de la niñez y la adolescencia. Esto dio lugar a una serie de reformas constitucionales que, posteriormente, incidirían en la expedición de un marco normativo especializado que integra normas, como la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, que, en su conjunto, definen acciones tendientes al aseguramiento, promoción, protección, respeto y garantía de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

### III. La reforma constitucional garantista de 2005

El 12 de diciembre de 2005, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se declara reformado el párrafo cuarto; se adicionan los párrafos quinto y sexto; y se recorren en su orden los últimos dos párrafos del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Si bien, en 1965, ya había tenido lugar una reforma sobre dicho numeral, que prescribió la obligación de la Federación y los Estados de establecer instituciones especiales, para el tratamiento de los entonces denominados menores infractores, no fue sino hasta la efectuada en 2005 que se detalló dicha obligación incluyendo las siguientes características:

I. A diferencia de la reforma constitucional de 1965 que hablaba de instituciones especiales, la de 2005 señalaba que el modelo a desarrollarse por parte de la Federación y los Estados sería un sistema integral de justicia conformado por

instituciones, tribunales y autoridades especializadas.

- II. Se detalló que dicho sistema sería aplicable a quienes se les atribuyera la realización de una conducta tipificada como delito, por las leyes penales.
- III. Se definió el rango de edad de los sujetos a su competencia, siendo de entre los doce años cumplidos y menos de dieciocho años.
- IV. El carácter garantista quedó manifiesto expresamente, a través de la obligación de garantizar a las personas bajo su competencia los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, así como los derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les corresponde.
- V. A través de la reforma se estableció, en rango constitucional, el tipo de medidas que podrían imponer las autoridades especializadas, siendo de orientación, protección y tratamiento, las cuales partirían de las particularidades de cada caso, la protección integral y el interés superior del adolescente.



- VI. Se contempló la aplicación de formas alternativas de justicia.
- VII. Se establecieron como pilares fundamentales del sistema el debido proceso y la independencia entre las autoridades.
- VIII. Se declaró la ausencia de responsabilidad de las personas menores de doce años que realizasen conductas previstas como delitos, disponiendo en su beneficio únicamente medidas de rehabilitación y asistencia social.
- IX. Finalmente, perfiló al internamiento como medida extrema y por el menor tiempo posible, restringiéndolo exclusivamente para adolescentes mayores de catorce años, por la comisión de conductas graves.

El análisis de los puntos anteriores evidencia la magnitud y complejidad del sistema de justicia para adolescentes, que no debe reducirse a la existencia de autoridades e instituciones académicamente especializadas. La vigencia de un sistema especializado envuelve el desarrollo profundo de aspectos sustantivos y adjetivos que se establecen como fin la atención integral del fenómeno de la delincuencia en niñas, niños y adolescentes, permitiendo un cuidado efectivo en cada caso y la prevención de la comisión de nuevas conductas delictivas. De ahí que la adopción del garantismo en nuestro país se advierta como un suceso de gran relevancia en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes.

La reforma constitucional en materia de adolescentes y justicia penal detalló lo que los legisladores de 1965 ya habían bosquejado<sup>7</sup>

y que se había mantenido incorrupto hasta entonces. La modificación planteada al párrafo cuarto del artículo 18 constitucional amplió la obligación de la Federación y los Estados en materia de justicia para adolescentes, exigiendo instituciones especiales a todo un sistema de justicia que, como se ha señalado en líneas anteriores, atendiera de manera integral los casos de niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal.

Es importante señalar que el reconocimiento de las personas adolescentes como titulares de derechos quedó manifiestamente reconocido en el texto constitucional, al decir que en el sistema de justicia integral para adolescentes se garantizarían los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, “así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos”,<sup>8</sup> lo cual implicaba obligarse, además, en términos de documentos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño, las Directrices de Riad o las Reglas de Beijing.

Con el fin de garantizar un tratamiento adecuado para los integrantes de la niñez y la adolescencia, se definió el límite de edad a partir del cual se excluía a la persona de la justicia ordinaria, generando a su vez dos bloques etarios: uno de ellos integrado por las personas menores de doce años, quienes no podrían ser responsables penalmente y, por tanto, no serían sujetas a la justicia penal especializada, sino únicamente a medidas de rehabilitación y asistencia social; y otro bloque

<sup>7</sup> El 23 de febrero de 1965 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* una reforma al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que adicionaba un cuarto párrafo en el que se estipulaba la obligación de establecer, tanto a nivel federal como local, instituciones especializadas para el tratamiento de menores infractores. Dicha reforma fue la primera a nivel constitucional que previó la existencia de un sistema destinado de manera exclusiva para el conocimiento de las causas de menores.

<sup>8</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 18. Fecha de publicación en el *Diario Oficial de la Federación* el 05/02/1917, última reforma publicada 28/05/2021.



compuesto por personas entre los doce años cumplidos y menores de dieciocho años, quienes son destinatarios del sistema integral.

Las disposiciones relativas al tratamiento de las personas menores de doce años relacionadas con la comisión de un hecho delictivo, quedaron establecidas en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes donde, entre otras cuestiones, se estableció que debe brindárseles la protección necesaria para salvaguardar su identidad; se ratificó la imposibilidad de sujetarlos a la justicia penal, incluida la de adolescentes; y, se establecieron los derechos y garantías de los que son titulares en materia de seguridad jurídica.

Las cuestiones relativas al sistema integral de justicia, inherente a las personas entre los doce años cumplidos y menores de dieciocho años, fueron desarrolladas en la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, aclarando que la creación del sistema especializado de justicia penal para adolescentes no implicó la creación de un catálogo delictivo específico para este grupo, por lo que se mantuvo la aplicación de los códigos existentes en el ámbito penal para la justicia ordinaria.

En cuanto a la operatividad del sistema, la reforma constitucional previno la existencia de instituciones, tribunales y autoridades cuyo funcionamiento se realizaría a partir del principio de especialización, que la naturaleza de la reforma exigía. De esta forma, se asegura que la justicia penal para adolescentes se imparta desde un enfoque diferenciado que garantice el reconocimiento y trato de los adolescentes como personas a las que, dado su proceso de desarrollo, hay que atender de manera desparejada de los adultos.

Azzolini aclara que el entendimiento de niñas, niños y adolescentes a partir de la reforma de 2005 no parte del hecho de que estos sean incapaces de entender el carácter negativo de la conducta que despliegan, como sucede en el caso de las personas incapaces o inimputables en la justicia ordinaria, sino a la decisión del Estado de reconocer que se trata de seres humanos en formación y, por tanto, de aplicar medidas distintas a las de los adultos, que permitan lograr su desarrollo adecuado a partir de la educación y la comprensión.

García Ramírez es afín a esta opinión pues reconoce que en el contexto de los modelos indiferenciado y tutelar, la idea predominante era que “la falta de desarrollo psíquico, característica de la infancia, impide discernir el carácter antijurídico de la conducta e inhibir el impulso delictivo”.<sup>9</sup> Sin embargo, apunta que el abandono de este pensamiento a partir del garantismo se debe a un redireccionamiento de la política criminal hacia la edad, que permite superar las complejidades propias de la vinculación de la responsabilidad con aspectos psicobiológicos.

Por consiguiente, en el modelo de garantías se reconoce que la persona adolescente puede ser responsable por la comisión de una conducta delictiva, ya que ello no depende de su desarrollo psíquico, lo que obliga al Estado a asumir una posición objetiva libre de “consideraciones acerca de la personalidad, vulnerabilidad biológica, temibilidad, peligrosidad, ni de cualquier otra que se funde en circunstancias personales de la persona adolescente imputada”,<sup>10</sup> tal como quedaría dispuesto en el artículo 20 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes.

<sup>9</sup> García Ramírez, Sergio, *La inimputabilidad en el derecho penal mexicano*, México, UNAM, 1981, pp. 25 y 26.

<sup>10</sup> Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, artículo 20. Fecha de publicación en el *Diario Oficial de la Federación* 16/06/2016, última reforma publicada 01/12/2020.



Respecto a los límites etarios, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostiene que el establecimiento de una edad mínima para la justicia especializada tiene dos efectos; por un lado, evita que se retome la práctica del modelo indiferenciado referente a juzgar de manera homóloga a personas menores de edad y adultos; y por otro, impide que las personas que aún no ingresan al grupo de la adolescencia sean sometidas al sistema de justicia. Implica pues, establecer tanto una edad mínima como una edad máxima, que en el caso de México doce años cumplidos y la minoría de dieciocho años.

En relación con ello, en el informe *Justicia juvenil y Derechos humanos en las Américas*, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que “no todos los niños menores de 18 años deben ser sometidos a un sistema de justicia juvenil en caso de infracción de una ley penal, sino solo aquellos que hayan alcanzado una edad mínima para infringir las leyes penales”,<sup>11</sup> lo cual lleva a comprender por qué una de las prioridades de la Convención fue instar a los Estados a establecer edades mínimas a partir de las cuales no se pudiese considerar a las niñas y niños responsables penalmente.

En consecuencia, a diferencia de las personas entre los doce años cumplidos y menos de dieciocho años, las niñas y los niños por debajo de la edad mínima no pueden ser considerados responsables de la comisión de una conducta delictiva y, por tanto, no pueden ser sujetos a las medidas de sanción previstas en el sistema especializado, de forma que la atención en esos casos será de carácter asistencial o de rehabilitación, evitando implementar medidas de carácter punitivo en su agravio.

A través de la Observación General número 7, el Comité de los Derechos del Niño reconoció que los niños por debajo de la edad mínima, a quienes denomina *niños pequeños*, se encuentran en una condición especial de vulnerabilidad ante cuestiones de inestabilidad o adversidad y, al no comprenderlas, tiene mayor dificultad de superarlas o librarse de cualquier efecto nocivo que estas produzcan.

Para el legislador mexicano fue evidente que la inercia internacional de protección a la infancia y la adolescencia tenía como fin aclarar que el tratamiento que debía brindarse a las niñas, niños y adolescentes era de carácter educativo y no punitivo, pues, aunque se vincularan nuevamente al ámbito penal, el sistema especializado se planteaba fines distintos a los de la justicia ordinaria para lograr su atención. Este criterio supuso, a su vez, la erradicación de cualquier tipo de violencia en contra de los integrantes de la niñez y la adolescencia.

A través de la tesis aislada con número de registro 2022436, derivada del amparo directo en revisión 8577/2019, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró que “los menores de edad deben gozar de una protección reforzada respecto de su integridad personal (psico-física) en orden a su sano desarrollo integral, que exige no justificar como método de corrección o disciplina, el uso deliberado y punitivo de la fuerza”,<sup>12</sup> reafirmando que la educación y disciplina deben estar basadas en la crianza positiva, sin violencia y participativa.

Este sentido protector-humanista del sistema de justicia para adolescentes y tratamiento para la niñez, iniciado en el ámbito internacional y

<sup>11</sup> Comisión IDH, *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, Costa Rica, CIDH, 2011, <http://www.cidh.org/countryrep/justiciajuvenil2011sp/jjindice.sp.htm>.

<sup>12</sup> Tesis: 1a. XLIX/2020 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 80, Tomo I, noviembre de 2020, p. 941. Registro digital 2022436.



adoptado por México, conllevó a la incorporación de principios como el de mínima intervención y subsidiariedad, a partir de los cuales el Estado queda obligado a reservar la aplicación del derecho penal únicamente para las conductas calificadas como delitos y, priorizar, la aplicación de otros medios para la resolución de los conflictos.

Goicochea Jiménez y Córdova Yauri indican que el principio de mínima intervención se vincula al principio de lesividad, para imponer límites efectivos al poder punitivo del Estado, de manera que solo se puede hacer uso de este cuando todos los demás medios con los que cuenta no han sido suficientes; ello resulta importante para la conservación de un Estado de garantías, pues asegura el respeto a los derechos y libertades de las personas, así como que la violencia del Estado se aplique de manera excepcional y no como regla general para todas las conductas consideradas como negativas.

En efecto, la interacción humana no permite prescindir del derecho penal, pues, en muchas ocasiones, este ha permitido la conservación del orden social y del propio Estado; sin embargo, deberá privilegiarse el uso de otros medios para la resolución de los conflictos interpersonales antes que este, pues los efectos que puede tener el derecho penal en la esfera del individuo pueden ser irremediables.

En materia de justicia penal para adolescentes, así como tratamiento de la niñez, estos principios han sido recogidos por documentos como la Convención sobre los Derechos del Niño y las Reglas de Beijing, donde se insta a los Estados a evitar el acercamiento de la niña, niño o adolescente con la justicia. Ello no implica mayor dificultad para el caso de las

personas menores de doce años, ya que bajo ningún motivo pueden ser sujetos al sistema especializado, como lo señala el párrafo cuarto del artículo 18 constitucional.

Sin embargo, a través de la jurisprudencia con número de registro 168779, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha aclarado que la aplicación del principio de mínima intervención en el sistema integral de justicia para adolescentes, tiene tres implicaciones distintas; por un lado, la alternatividad que conlleva a privilegiar los mecanismos distintos a la intervención judicial, sobre todo, en aquellos casos en los que la conducta delictiva sea una respuesta de la niña, niño o adolescente a la vulneración de sus derechos económicos, sociales y culturales, pues entiende que este solo estaría tratando de hacer frente a las circunstancias adversas de su entorno.<sup>13</sup>

Como segunda vertiente del principio de mínima intervención, se identifica el reconocimiento y uso del internamiento como medida más grave. El Pleno afirma que este criterio se encuentra en todos los instrumentos internacionales en materia de justicia para adolescentes, no obstante, debe considerarse que más allá de que México siga la línea trazada desde el ámbito internacional, la aplicación de la mínima intervención a través de esta vertiente simboliza el reconocimiento de la persona menor de edad como titular de derechos y confirma la existencia del modelo garantista.

Como tercer aspecto el Pleno hace referencia al breve término de la medida de internamiento, que explica "debe entenderse como el tiempo necesario, indispensable, para lograr el fin de rehabilitación del adolescente que se persigue",<sup>14</sup> sin embargo, advierte que es necesario que

<sup>13</sup> Véase, Tesis: P./J. 79/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, t. XXVIII, septiembre de 2008, p. 613. Registro digital 168779.

<sup>14</sup> *Idem*.



el legislador establezca parámetros para su duración mínima y máxima, pues ello es un aspecto fundamental para garantizar la seguridad y certeza jurídica del adolescente, así como coadyuvar a que el juzgador pueda aplicar de manera correcta la norma a los casos concretos.

Bajo esa tesitura, principios como el de mínima intervención y subsidiariedad fueron incorporados a la Constitución mexicana, quedando establecidos en el párrafo sexto en cuanto a que:

- I. Debe prevalecer la utilización de formas alternativas de justicia.
- II. Las medidas deben ser proporcionales a la conducta desplegada, teniendo como fin la reintegración social y familiar.
- III. El internamiento debe utilizarse como último recurso y por el tiempo más breve, empleándose únicamente en el caso de los adolescentes mayores de catorce años, por la comisión de conductas delictivas calificadas como graves.

Todos estos principios, inmersos en el texto constitucional, son importantes para perfilar el sistema de justicia para la niñez y la adolescencia, y salvaguardar su esencia. No obstante, es el principio de debido proceso el que representa la coronación del modelo garantista en nuestro país, pues entraña el reconocimiento a favor de los adolescentes de los derechos y garantías procesales que los regímenes, indiferenciado y tutelar, habían negado permitiéndoles un acceso a la justicia acorde a su calidad de seres humanos en desarrollo.

Este principio, que representa la culminación de un largo proceso evolutivo de la protección de los derechos humanos frente al Estado, es definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el derecho “que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”.<sup>15</sup> Dicha prerrogativa debe aplicarse en todos y cada uno de los momentos de los procesos y procedimientos penales, así como asumirse por las autoridades como una directriz para su actuación.

Para Azzolini, se trata de una de las características de mayor trascendencia del sistema de justicia para adolescentes; simboliza el rompimiento total con el pasado tutelar e indiferenciado y el replanteamiento de lo que habrá de ser el futuro. Sin embargo, la autora argentina aclara que más allá de la importancia que implica para la observancia de las formalidades de los procesos y procedimientos en términos del artículo 14 constitucional, el debido proceso debe celebrarse, ya que permite que los gobernados accedan “a un proceso justo”.<sup>16</sup>

Más aún, frente a la potestad punitiva del Estado, el principio de debido proceso interrelacionado con el de mínima intervención y subsidiariedad permiten garantizar en los casos de adolescentes responsables de la comisión de un hecho calificado como delito por las leyes penales, que el sistema de justicia actúe con la delimitación e impulso adecuados para asegurar que se cumplan los fines socioeducativos, evitando el impacto que un sistema de justicia indiferenciado podría

<sup>15</sup> Corte IDH, *Garantías judiciales en Estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987 solicitada por el Gobierno de la República Oriental de Uruguay, Serie A, n°. 9, par. 28. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_09\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf).

<sup>16</sup> Azzolini Bincaz, Alicia, “La reforma de la justicia para adolescentes en el Distrito Federal”, *Foros sobre justicia penal y justicia para adolescentes*, México, UNAM, 2009, p. 90.



producir en una persona menor de edad y obligando a que se observen los principios propios de un sistema especializado.

El debido proceso matiza al sistema especializado de justicia penal para adolescentes y condiciona su desarrollo de forma que la inercia de su aplicación y desenvolvimiento se dirija hacia el reconocimiento de la persona menor de dieciocho años como titular de derechos. Con independencia de si es justicia para adultos o personas menores de edad, dicho principio mantiene vivo el juramento de reconocer la dignidad humana y sus libertades a través de un proceso que atienda debidamente sus formalidades, con la diferencia de que en el sistema para adolescentes la obligación implica, además, preservar el carácter especializado que marca una diferencia entre los dos modelos de justicia.

Un último aspecto por considerar respecto a la paradigmática reforma de 2005 es la incorporación del principio de interés superior de la niñez y la adolescencia. Vila define esta máxima como “el criterio rector de toda la legislación sobre menores y vincula a todos los agentes familiares, sociales y jurídicos que tengan que tomar decisiones en procesos en los que estén involucrados menores, no solo en supuestos conflictivos, sino también en situaciones cotidianas”.<sup>17</sup>

El concepto anterior permite aclarar dos cuestiones; en primer lugar, que el interés superior de la niñez y la adolescencia no es de aplicación exclusiva para el sistema especializado de justicia penal, pues, como señala la vicedecana de la Universidad Francisco de Vitoria, el interés superior involucra la totalidad de los asuntos en los que se vean relacionados niñas, niños y adolescentes, incluidos aquellos de la vida cotidiana. En segundo lugar, que el concepto no se dirige exclusivamente a las autoridades, sino que obliga, de manera general, a todas las personas que tengan relación en los asuntos inherentes a estos sectores sociales.

Este principio se encuentra establecido en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño,<sup>18</sup> y ha sido interpretado en múltiples ocasiones por instancias, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a fin de lograr la protección efectiva de las niñas, niños y adolescentes. En el caso de la primera, a través de la Opinión Consultiva OC-17/2002, relativa a la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, el Tribunal Internacional sostuvo “que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de este y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como

<sup>17</sup> Vila, Beatriz, “Tratamiento constitucional del menor”, *España constitucional (1978-2018) Trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, pp. 2531- 2544.

<sup>18</sup> Artículo 3:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Parte se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada. *Convención sobre los Derechos del Niño*, Nueva York, 20 de noviembre de 1989, UNICEF, p. 10. Disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.



criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.<sup>19</sup>

Señaló, además, que este principio surgió con el fin de afianzar la concepción de las personas menores de edad como titulares de derechos, que deben ser protegidos de manera efectiva para lograr su desarrollo adecuado, por lo que es insoslayable en el ejercicio de cualquier autoridad. Con independencia de reconocer la importancia de contar con un marco jurídico armónico con este principio, la Corte añade que su observancia en general debe impulsar a los Estados a adoptar todas las medidas necesarias para que los esfuerzos tengan como origen y destino el interés superior de la niñez y la adolescencia.

Al igual que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las autoridades integrantes del Poder Judicial de la Federación en México han analizado en diversas ocasiones el contenido, alcances y efectos de la aplicación del principio de interés superior de la niñez y la adolescencia. Por ejemplo, mediante tesis jurisprudencial emitida en 2019, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación refrendó el carácter obligatorio de este principio y explicó su tridimensionalidad conceptual, como derecho, principio y norma procedimental.<sup>20</sup>

Adicionalmente, en tesis aislada de 2013, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró que el interés superior de la niñez, contenido en el artículo 4<sup>a</sup> de la Constitución Federal, “representa un punto de convergencia con los derechos de los menores de edad reconocidos en tratados internacionales y constituye un parámetro de regularidad especializado respecto de los derechos de la niñez”.<sup>21</sup> Este reconocimiento de trascendencia y su incorporación al texto constitucional es relevante para ratificar el compromiso del Estado mexicano con el modelo garantista.

Si bien, como señalan González y Rodríguez, el interés superior se ha caracterizado como “un concepto jurídico indeterminado marcado por dos notas características: a) la relatividad y b) la movilidad”,<sup>22</sup> a través de criterios como los anteriormente mencionados, el sistema jurídico mexicano ha pretendido establecer límites e implicaciones mínimas acerca del mismo, particularmente para su correcta aplicación en el ámbito jurisdiccional, siendo un ejemplo de ello la tesis de rubro INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. OBLIGACIONES QUE, PARA SU PROTECCIÓN, DERIVAN PARA EL ESTADO MEXICANO, TRATÁNDOSE DE PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES.<sup>23</sup>

Más aún, el interés superior exige que niñas, niños y adolescentes puedan tener una participación activa, en la que puedan expresar

<sup>19</sup> Corte IDH, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, Serie A, n.º. 17, p. 86. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf).

<sup>20</sup> Anteriormente, ya había sido analizado el carácter tridimensional del interés superior de la niñez, como derecho, principio y norma procedimental, surgiendo criterios como la tesis aislada de rubro interés superior del menor. Dimensiones en que se proyecta la aplicación de este principio. Tesis: 1a. CCCLXXIX/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 25, Tomo I, diciembre de 2015, p. 256. Registro digital 2010602.

<sup>21</sup> Tesis: 1a. LXXVI/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVIII, Tomo I, marzo de 2013, p. 887. Registro digital 2003068.

<sup>22</sup> González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia, *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto mexicano*, México, UNAM, 2011, p. 22.

<sup>23</sup> Tesis: P. XXV/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 22, Tomo I, septiembre de 2015, p. 236. Registro digital 2009999.



sus opiniones y estas puedan ser consideradas por las autoridades al momento de la toma de decisiones. Cabe precisar que a través de la jurisprudencia con número de registro 2009010, el Tribunal Colegiado del Trigésimo Primer Circuito ha aclarado que esto no tiene carácter irrestricto, pues la obligación de la juzgadora o juzgador es actuar con el criterio necesario para procurar la máxima protección de las personas menores de edad, por lo que en caso de que considere que sus opiniones pueden poner en riesgo su desarrollo, pueden ser exceptuadas de manera fundada y motivada.<sup>24</sup>

Todas estas perspectivas y argumentos fueron las que el legislador mexicano consideró para la construcción del texto constitucional del artículo 18, que derivaría en la reforma de diciembre de 2005. Su composición refleja el trabajo realizado por la legislatura para integrar de manera concreta los postulados y perspectivas predominantes tanto en el ámbito nacional como internacional, con el fin de moldear los cimientos de lo que habría de ser la nueva época en materia de tratamiento de la niñez justicia penal para adolescentes en nuestro país.

## IV. Trascendencia de la especialización en la justicia para adolescentes

Es indudable que la incorporación de nuestro país al modelo garantista supuso mejoras importantes al tratamiento de adolescentes en conflicto con la ley penal. La revisión normativa nacional permite afirmar que el sistema integral de justicia tiene el firme compromiso de desarrollarse de conformidad con los postulados del bloque de protección integral, sin embargo, como señala Azaola, “queda un largo camino por recorrer para llevar al terreno de la práctica el ejercicio pleno (de los derechos de los menores), para dotarlos de contenido, para no permitir que prevalezca una visión formal, estereotipada, empobrecedora, un esquema vacío. Para permitir, en otras palabras, que dicho esquema sea enriquecido, profundizado.”<sup>25</sup>

El garantismo ha representado la revitalización de los derechos de los adolescentes en conflicto con la ley penal, sin embargo, los casos que se despejan en los tribunales especializados aún dejan ver que existen vestigios de los modelos anteriores, que se aferran a impedir la consolidación del nuevo modelo. Un ejemplo de ello es la especialización.

En este sentido cabe recordar que una de las precisiones realizadas a través de la adición del párrafo quinto, al artículo 18 de la Constitución Federal, fue que “la operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados”.<sup>26</sup> Dicha especialización se ha identificado principalmente con el perfil de los

<sup>24</sup> Tesis: 1a./J. 12/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 18, Tomo I, mayo de 2015, p. 383. Registro digital 2009010.

<sup>25</sup> Azaola Garrido, Elena, “Posibilidades y límites de dos modelos de justicia para menores”, *Memoria del coloquio multidisciplinario sobre menores. Diagnóstico y propuestas*, México, UNAM, 1996 pp. 19-32.

<sup>26</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 18. Fecha de publicación en el *Diario Oficial de la Federación* el 05/02/1917, última reforma publicada 28/05/2021.



operadores encargados de conocer y resolver los asuntos relacionados con adolescentes en conflicto con la ley penal,<sup>27</sup> es decir, con los conocimientos sobre el tema.

No obstante, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha abonado que la especialización hace referencia, además, a dos aspectos adicionales relativos a la organización del trabajo y la asignación de competencias. Bajo esta óptica, el máximo tribunal de justicia de nuestro país ha manifestado que “la especialización también debe entenderse materializada en una atribución específica en la ley, de 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 conocer de él, sin que sea suficiente que se trate de autoridades competentes en la materia penal en lo general.”<sup>28</sup>

Esta concepción integral de la especialización constituye una necesidad y garantía para la seguridad de los adolescentes quienes, a partir de este enfoque, pueden recibir un tratamiento adecuado atendiendo a las necesidades especiales, propias de su calidad de seres humanos en desarrollo. Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos se reconocía la necesidad de la infancia de proveerles de una atención especial,<sup>29</sup> quedando considerada también en la Convención Americana sobre Derechos Humanos,<sup>30</sup> sin embargo, es la

<sup>27</sup> Artículo 23. Especialización

Todas las autoridades del Sistema deberán estar formadas, capacitadas y especializadas en materia de justicia para adolescentes en el ámbito de sus atribuciones.

Las instituciones u órganos que intervengan en la operación del Sistema deberán proveer la formación, capacitación y actualización específica a sus servidores públicos, de acuerdo a su grado de intervención en las diferentes fases o etapas de dicho Sistema, por lo que incluirán lo anterior en sus programas de capacitación, actualización y/o de formación correspondientes.

Asimismo, deberán conocer los fines del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, la importancia de sus fases, particularmente de las condiciones que motivan que las personas sujetas a esta ley cometan o participen en hechos señalados como delitos por las leyes penales y las circunstancias de la etapa correspondiente a la adolescencia. Desde el inicio del procedimiento, todas las actuaciones y diligencias estarán a cargo de órganos especializados en el Sistema, en los términos de esta ley.

Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, artículo 23. Fecha de publicación en el *Diario Oficial de la Federación* 16/06/2016, última reforma publicada 01/12/2020.

<sup>28</sup> Tesis: P./J. 63/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVIII, septiembre de 2008, p. 619. Registro digital 168773.

<sup>29</sup> Artículo 25

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

<sup>30</sup> Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados. *Convención sobre los Derechos del Niño*, Nueva York, 20 de noviembre de 1989, UNICEF, p. 20. Disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.



Convención sobre los Derechos del Niño la que recoge la especialización como un principio.

El establecimiento de esta máxima a nivel internacional tuvo como resultado en México su incorporación en el artículo 18 constitucional, fraguándose como uno de los pilares fundamentales del sistema de justicia para adolescentes, que, como afirma Rangel Romero, “requiere ser concebido en una forma tan amplia y a la vez estricta, que permita expresar a la autoridad el mejor derecho para el niño en conflicto con la justicia”.<sup>31</sup> No obstante, hasta día de hoy esa especialización no ha sido cristalizada del todo.

En la actualidad, en entidades federativas, como Michoacán, los jueces encargados del conocimiento y resolución de casos de adolescentes en conflicto con la ley penal son *habilitados*, es decir, no se encuentran exclusivamente dedicados al sistema de justicia penal para adolescentes, sino que su competencia ordinaria se desarrolla en el sistema de justicia para adultos.

Si bien, el artículo 38 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de Michoacán faculta al Consejo del Supremo Tribunal para habilitar a jueces de control y tribunales de enjuiciamiento atendiendo a las necesidades del servicio, lo cierto es que la especialización de las autoridades judiciales para adolescentes debiese entenderse como una dedicación exclusiva, a fin de evitar que el procedimiento

penal especializado pueda empañarse con paradigmas adultocéntricos de quien de manera cotidiana conoce y resuelve asuntos de la justicia para mayores de edad.

Para autores como Chang Espino, Henríquez Ojeda, Vásquez y Duarte Quapper, este adultocentrismo es resultado del proceso histórico de las sociedades e inherente a las relaciones humanas,<sup>32</sup> el cual se perpetua como un “saber adulto que determina y se reproduce en una amplia serie de prácticas sociales (desde la familia a la política, pasando por la escuela y los sistemas de salud)”<sup>33</sup> no obstante, constituye uno de los principales obstáculos para el ejercicio pleno de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Particularmente, O'Donnell considera que esta visión adultocéntrica ha sido un constante inconveniente para transitar con plenitud al modelo garantista, emanado de la Convención sobre los derechos del niño; en este sentido, el autor es coincidente con algunas opiniones que denuncian la presencia de lastres del modelo tutelar o adultocentristas, a través de los cuales se podría explicar “la lentitud en el proceso de reforma legislativa”,<sup>34</sup> sin embargo, esta dificultad también parece estar presente en la falta de especialización de las autoridades encargadas de administrar justicia a adolescentes.

De esta visión adultocéntrica embozada en la falta de especialización, real o efectiva,

<sup>31</sup> Rangel Romero, Xóchitl Guadalupe, El principio de especialización en la justicia penal juvenil mexicana: reflexiones, México, UNAM, 2017, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/11269/13232>.

<sup>32</sup> Incluso, Duarte añade a la naturaleza del adultocentrismo un carácter económico y político que busca la conservación del discurso de los adultos como “verdadero” en oposición a las “falacias” y deficiencias del discurrido por la juventud. En esencia se trata de un mecanismo que pretende el control, la subordinación y, en algunos casos, el sometimiento de los jóvenes por parte de los adultos. Véase, Duarte Quapper, Claudio, “Sociedades adultocéntricas: sobre sus orígenes y reproducción”, Última década, Chile, 2012, núm. 36, pp. 99-125.

<sup>33</sup> Vásquez, Jorge Daniel, “Adultocentrismo y juventud: Aproximaciones foucaulteanas”, *Sophia, Colección de Filosofía de la Educación*, Ecuador, 2013, núm. 15, pp. 217- 234.

<sup>34</sup> O'Donnell, Daniel, “La Doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia”, *Memorias del Seminario Internacional de los Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores-Comisión Europea, 2006, p. 156.



de las autoridades se advierten, al menos, tres consecuencias:

1. Falta de criterios especializados y debilitamiento del sistema garantista;
2. Homogenización de la juventud;
3. Deficiencia de las políticas públicas.

El primer efecto negativo que se percibe de la falta de especialización efectiva de los operadores del sistema especializado en justicia penal para adolescentes es que, como señala Couso, puede dificultar la construcción de parámetros de juzgamiento que garanticen la diferencia de trato y enfoque, indispensable en este modelo de justicia, así como la consecución de los objetivos establecidos en la normativa internacional. Desde el punto de vista de este autor, “puede constatarse que buena parte del desarrollo de los estándares de juzgamiento diferenciados, que configuran la especialidad del sistema penal de adolescentes en esos ordenamientos, no está dada por la existencia de reglas legales explícitas, diferentes de las que rigen a los mayores de edad, sino por decisiones judiciales que aplican estándares diferentes a los adolescentes”.<sup>35</sup>

Dicho de otro modo, el marco jurídico tanto nacional como internacional resultaría ocioso si las autoridades no abandonasen la perspectiva adultocéntrica del modelo tutelar, permitiendo la construcción de criterios enteramente apegados a la doctrina de la protección integral. Esta ausencia de criterios representaría un debilitamiento del sistema garantista al no protegerse de manera efectiva los derechos humanos de las minorías, como las califica

Ferrajoli, que en este caso es representando por las y los adolescentes.

Es menester recordar que el garantismo, desde la óptica de Ferrajoli, se construye por “los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos”,<sup>36</sup> en este sentido, la especialización configura un vínculo positivo a partir del cual las autoridades tienen la obligación de brindar un trato diferenciado a los adolescentes en conflicto con la ley penal, en comparación al otorgado a los adultos, por lo que su ausencia propiciaría la precipitación del sistema garantista o el retroceso al modelo tutelar.

El segundo resultado de la falta de especialización, entendida en *lato sensu*, tiene que ver con la percepción de la adolescencia. Desde el pensamiento de Vásquez, la construcción de discursos a partir del adultocentrismo tiene como consecuencia la homogenización de la juventud en una sola masa, carente de necesidades o características particulares. Advierte el autor que, “atribuir características universales a ‘una etapa de la vida’, da entrada a que todas las personas jóvenes sean concebidas como iguales”.<sup>37</sup>

En el tema que nos ocupa, la falta de especialización puede derivar en el riesgo de presentar las mismas soluciones a problemas que, en la mayoría de los casos, atienden a diferentes circunstancias en las que confluyen aspectos, como la educación, el contexto familiar y social, o la economía, por mencionar algunos. En este sentido, Vásquez propone que “la mirada que hace de los jóvenes un grupo homogéneo [...] se remplace por experiencias que permitan descubrir otras narraciones

<sup>35</sup> Couso, Jaime, “La especialidad del derecho penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencia para una aplicación diferenciada del derecho penal sustantivo”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, 2012, pp. 267- 322.

<sup>36</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4ª ed., Perfecto Andrés Ibáñez (traductor), Madrid, Trotta, 2004, colección estructuras y procesos, p. 24.

<sup>37</sup> Vásquez, Jorge Daniel, *op. cit.* nota 34, pp. 217- 234.



portadoras de saberes y sensibilidades emergentes".<sup>38</sup>

Bajo esta línea de pensamiento, se advierte que la observancia del principio de especialización coadyuva a la formación de un pensamiento sensibilizado en los operadores, el cual garantiza la aplicación de un enfoque especial y diferenciado a cada niña, niño y adolescente atendiendo a sus necesidades y contextos por lo que, su ausencia, no solamente puede tener efectos sobre la administración de justicia, sino, además, en la forma en que se construyen o proyectan las políticas públicas en la materia, lo que da lugar a la tercera consecuencia.

La trascendencia de este principio para la debida protección de derechos, como la seguridad jurídica y una defensa adecuada fue reconocida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Mediante tesis aislada con número de registro 2010349 y rubro DEFENSA ADECUADA EN EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. EXIGE QUE LA CALIDAD DE DEFENSOR DE OFICIO ESPECIALIZADO DE LA PERSONA QUE ASISTIÓ A UN ADOLESCENTE IMPUTADO EN SU DECLARACIÓN MINISTERIAL QUEDE PLENAMENTE ACREDITADA.<sup>39</sup>

En ella, el Pleno del máximo órgano de justicia en México, señaló que la máxima de la especialización exigida por la justicia para adolescentes, no se no se colma con la exhibición de la cédula profesional por parte de las personas intervinientes, defensores públicos en el caso concreto, pues es imprescindible que, además del conocimiento en derecho, la persona que asiste en la defensa al adolescente, posea un conocimiento

especializado, es decir, que conozca y comprenda los principios, características y exigencias de este sistema particularizado.

El criterio anterior confirma la postura que el mismo colegiado había tomado unos años antes. En septiembre de 2008, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante jurisprudencia con número de registro 168766, había aclarado que el concepto de especialización entrañaba dos vertientes que permiten constatar que la especialización no es únicamente un requisito atinente a la preparación académica o profesional de la persona operadora.

A través de dicha jurisprudencia se aclaró que, por un lado, la especialización hacía referencia a la "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".<sup>40</sup>

No obstante, la segunda vertiente tiene como fin asegurar la sensibilización y empatía por parte de las personas operadoras hacia los adolescentes en conflicto con la ley penal. Para el Pleno, si bien la especialización exigía preponderantemente la presencia de conocimiento jurídico especializado, no debía soslayarse que su presencia en el sistema también estaba proyectada para garantizar "un perfil especial en cuanto al trato y actitud humanitaria hacia el adolescente",<sup>41</sup> es decir, para garantizar la calidad humana de las personas operadoras y, en consecuencia,

<sup>38</sup> *Idem.*

<sup>39</sup> Tesis: 1a. CCCXXIX/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 24, Tomo I, noviembre de 2015, p. 965. Registro Digital 2010349.

<sup>40</sup> Tesis: P./J. 64/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVIII, septiembre de 2008, p. 625. Registro digital 168766.

<sup>41</sup> *Idem.*



asegurar que las niñas, niños y adolescentes recibieran un trato adecuado a su calidad de seres humanos en desarrollo.

De esta manera, la Suprema Corte de Justicia de la Nación acabó por demostrar que la especialización en el sistema de justicia para adolescentes tiene como fin no solo la aptitud de las personas operadoras, es decir, asegurar que cuenten con los conocimientos necesarios sobre las particularidades del sistema, sino también su aptitud, esto es, que tendrán la sensibilidad necesaria para tratar digna y apropiadamente a las personas menores de edad que entran en contacto con el sistema de justicia penal, tras la realización de una conducta señalada como delito.

De lo anterior se extrae que el cumplimiento de esta obligación exige un arduo ejercicio de análisis por parte de las autoridades, así como el compromiso de que la elaboración de las políticas públicas en cuestiones relativas a la niñez y la adolescencia se lleve a cabo con plena concordancia con los principios del modelo garantista instaurado a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño. No obstante, como advierte el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), actualmente la formulación de políticas públicas para la niñez y adolescencia enfrenta diversos desafíos, entre los que se encuentra la falta de especialización.

En su Informe sobre los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en México este organismo internacional reconoció los avances que se han llevado a cabo por los diferentes países para la consolidación de los sistemas de justicia penal para adolescentes, sin embargo, afirmó que “todavía existe una importante necesidad de consolidar los procesos de especialización

y capacitación permanente, que brinden a sus operadores habilidades para enfrentar los retos prácticos que implica la justicia especializada para adolescentes”.<sup>42</sup>

Para la UNICEF la falta de especialización de las autoridades ha incidido de manera negativa en la formulación de las políticas públicas pues “el diseño institucional establecido (en cada entidad) y su aplicación práctica han sido muy variados”,<sup>43</sup> dificultando la coordinación entre todas las autoridades para la elaboración, evaluación y seguimiento de estos programas de trabajo. Por tal motivo el organismo de las Naciones Unidas ha reconocido como uno de los principales desafíos en la materia:

Seguir trabajando en la especialización de los operadores y autoridades del sistema (policías, ministerios públicos, jueces, magistrados, defensores, autoridades de ejecución, equipos interdisciplinarios y todos aquellos que intervienen el proceso de justicia para adolescentes) y en el cambio cultural que se requiere, para dejar definitivamente atrás los modelos y prácticas anteriores a la reforma constitucional del 2005.<sup>44</sup>

Afirmaciones como la anterior resultan contundentes para comprender que la especialización, como principio, no sólo es fundamental para asegurar la coexistencia y consolidación del sistema garantista sino que, además, requiere que su comprensión por parte de los operadores se extienda más allá de los conocimientos normativos, a fin de que niñas, niños y adolescentes puedan ser reconocidos como sujetos de derecho

<sup>42</sup> Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF, *Los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en México*. México: UNICEF, 2018, p. 213. Disponible en: <https://www.unicef.org/mexico/media/1791/file/SITAN-UNICEF.pdf>.

<sup>43</sup> *Idem*.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 214.



y satisfechos en sus necesidades y contextos particulares, sin las limitaciones propias de un paradigma tutelar o adultocéntrico.

No obstante, con independencia del abordaje teórico que se ha realizado en relación con la especialización, instancias como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no han sido omisas frente a esta problemática, manifestando su inquietud respecto a la ausencia o deficiencia de este principio en el sistema de justicia penal para adolescentes. Al respecto, en su informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas, el órgano protector de derechos humanos a nivel internacional reconoce que varios de los Estados miembros no cumplen realmente con la especialización requerida en materia de adolescentes.

Con evidente preocupación la Comisión señala que “observa que varios de los Estados Miembros han establecido sistemas juveniles independientes para niños que infrinjan las leyes penales. Sin embargo, estos sistemas no necesariamente son realmente especializados”.<sup>45</sup> Esta situación resulta alarmante pues la especialización constituye uno de los esenciales para la protección efectiva de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Si bien reconoce que se han llevado a cabo acciones para cumplir

con el principio de especialización identifica que la falta de capacitación, personal e infraestructura han imposibilitado su cabal consecución.

Incluso, en 2007, el Comité de los Derechos del Niño se pronunció, de igual forma, sobre la importancia de la especialización en las instancias encargadas de la justicia para adolescentes; señaló que, a fin de garantizar principios y derechos como la rehabilitación y reinserción de las personas menores de edad, la salud, la educación y el respeto a su dignidad humana, “es necesario establecer una organización eficaz para la administración de la justicia de menores y un sistema amplio de justicia de menores”.<sup>46</sup>

Todo lo anterior permite concluir que el principio de especialización es uno de los pilares fundamentales del sistema de justicia integral para adolescentes mismo que, como señala Rangel Romero, “no debe ser interpretado en forma laxa”,<sup>47</sup> sino como la máxima expresión del reconocimiento de la niña, niño y adolescente como sujeto de derecho, así como la garantía para la protección de sus derechos, de ahí que la habilitación de jueces ordinarios como jueces de adolescentes no sea el recurso ideal para la realización de estos objetivos.

## V. Conclusiones

El estudio realizado a través de esta investigación ha permitido verificar que México no ha quedado al margen de la evolución de los

modelos de tratamiento para niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal. Históricamente, se ha tenido el interés legítimo

<sup>45</sup> Comisión IDH, *Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, Costa Rica, 2011, par. 89. Disponible en: [http://cidh.org/countryrep/JusticiaJuvenil2011sp/jjii.sp.htm#\\_ftnref76](http://cidh.org/countryrep/JusticiaJuvenil2011sp/jjii.sp.htm#_ftnref76).

<sup>46</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 10. Los derechos del niño en la justicia de menores, Ginebra, ONU, 2007, p. 26. Disponible en: [http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/crc.c.gc.10\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/crc.c.gc.10_sp.pdf).

<sup>47</sup> Rangel Romero, Xóchitl Guadalupe, *op. cit.* nota 32.



de atender y corregir aquellas conductas que se consideran contrarias a la sana convivencia, en este caso, aquellas llevadas a cabo por las personas consideradas menores de edad, con el fin de procurar y asegurar un desarrollo respetuoso y armónico entre todos los integrantes de la sociedad.

El sistema de justicia especializado vigente en México, impulsado por la Convención sobre los Derechos del Niño, ha permitido reposicionar a los niños, niñas y adolescentes como titulares de derechos y garantías, dejando atrás el proteccionismo paternal ejercido por el modelo tutelar y la violencia propia de un régimen indiferenciado. Al igual que en otros países, niñez y adolescencia se han ido formando como conceptos autónomos, merecedores de un estudio independiente del discurso adultocéntrico.

Sin embargo, debe reconocerse que se trata de un proceso inacabado que, como tal, presenta aspectos positivos y otros tantos irresueltos que bien valdría la pena afinar en los años venideros. Siendo la niñez y la adolescencia el futuro de la sociedad, deben dedicarse grandes esfuerzos a construir un contexto que les permita alcanzar su desarrollo integral y que, en el caso de la comisión o participación de un hecho delictivo, les brinde la posibilidad de comprender el aspecto negativo de la conducta y buscar, de manera voluntaria, su re-acogimiento e integración social, lo cual es posible a través de la sensibilización adecuada de las personas operadoras del sistema que se logra a través de la especialización.

Es importante que las acciones que emprendan los gobiernos para el tratamiento de niñas, niños y adolescentes, a quienes se atribuye la realización de un hecho delictivo, les permitan no perder el sentimiento de pertenencia social y la identidad que los une con el resto de los integrantes de la niñez y la adolescencia. Los procedimientos deben ser

realizados desde la comprensión y el apoyo. La educación debe ser el medio y el fin, pues ello les permitirá a las niñas, niños y adolescentes formar un criterio propio que valore la idoneidad de vivir en un medio social armónico.

A partir del replanteamiento de la niñez y la adolescencia, impulsado desde el ámbito internacional, debe entenderse que las niñas, niños y adolescentes que llevan a cabo una conducta delictiva o que participan en su comisión no son delincuentes, ni deben ser tratados como tal. El proceso de formación en el que se encuentran debe motivar su comprensión y tratamiento como víctimas de situaciones de vulnerabilidad, cuya gravedad los ha llevado a expresarse a través de estas acciones. Los Estados deben mantenerse expectantes para atender de forma oportuna los casos de violencia.

La prevención no debe concentrarse únicamente sobre el peligro que representan las adicciones o, incluso en fechas más recientes, los riesgos inherentes al uso de medios tecnológicos y de comunicación. La prevención, al igual que el sistema de justicia, debe desarrollarse desde una perspectiva integral que permita potencializar las capacidades de cada niña, niño o adolescente; identificar cualquier riesgo de vulnerabilidad que pudiera menguar su adecuado desarrollo; y mantener abiertos los canales de comunicación entre estos sectores, los diversos grupos de la sociedad y el gobierno.

En consecuencia, no pueden tratarse como aspectos aislados o independientes a la protección de niñas, niños, adolescentes y al sistema de justicia, pues la situación de conflicto de un integrante de la niñez o la adolescencia con la ley penal solo es la manifestación de carencias al seno de las instituciones como la familia, la escuela o la sociedad. Si es ineludible recurrir al discurso adultocéntrico para atender las problemáticas de estos seres humanos en desarrollo, debe hacerse desde la madurez y el



pensamiento objetivo que garantiza el enfoque especializado, sin hacer uso de la violencia para la imposición de criterios.

La existencia de un marco jurídico dedicado a la niñez y la adolescencia ha sido una pieza importante en la evolución hasta el reconocimiento de sus derechos. No obstante, circunscribir los esfuerzos a la expedición de leyes no será suficiente para atender de manera efectiva los distintos casos que se presenten en estos sectores vulnerables de la sociedad. En el caso de México, las bases constitucionales son sólidas, sin embargo, es necesario propugnar por la interiorización y naturalización de las niñas, niños y adolescentes como titulares de derecho, de igual manera que la comprensión adecuada de conceptos claves para el sistema como la especialización.

Las reflexiones en torno a la niñez y la adolescencia continúan, como muy seguramente lo harán en los tiempos siguientes. Como se ha señalado reiteradamente a lo largo de este trabajo, la novedad del garantismo es que niñas, niños y adolescentes han sido reconocidos como titulares de derechos. Sin embargo, es de anhelarse que este paradigma avance al grado tal que no se perciba este reconocimiento como una indulgencia de los adultos, sino como una cualidad inherente a su naturaleza humana en desarrollo.

Las personas adultas hemos llegado a hacer nuestros los derechos humanos. Somos capaces de exigirlos e identificarlos sin necesidad de conocer si se encuentran legalmente establecidos y en qué términos. En el caso de la niñez y la adolescencia, esta naturalización aún está en proceso. Todavía se requiere el apoyo de la ley y la voluntad de las personas operadoras del sistema para conocer cuáles son sus derechos y el alcance de estos. Por su edad y desarrollo, no se zanja la necesidad de tratarlos como objeto más que sujetos, obviando el hecho de que comparten la misma

dignidad que un adulto y que, por tanto, merecen respeto.

Los trabajos emprendidos por México para atender de manera adecuada, y sobre todo humana, a las niñas, niños y adolescentes son positivos. El objetivo sigue siendo forjar una sociedad comprensiva, protectora y respetuosa de estas personas en desarrollo. Sin embargo, no debe tenerse superado el tema de la justicia para adolescentes. Todavía es necesario cuestionarse si es el derecho penal la respuesta idónea al tema de delincuencia en esas edades, o si es momento de hablar de una justicia con una identidad propia, que pueda entender sin mayores formalismos las necesidades de estos sectores.

En materia de administración de justicia, el compromiso debe ser buscar el mayor grado de sensibilización posible en las personas juzgadoras; el conocimiento y aplicación adecuada de los protocolos de actuación; así como el desarrollo de la empatía necesaria con los principios y postulados del sistema. Es menester superar la creencia de que la especialización se logra única y exclusivamente a través de la formación académica pues, como ha quedado de manifiesto, este dogma impide el fortalecimiento del garantismo.

Los tribunales del país, incluidos aquellos dedicados a la justicia constitucional, deben mantenerse a la vanguardia en materia de protección de la niñez y la adolescencia, reforzando su deber como garantes, impulsando el desarrollo y adopción de criterios que permitan lograr la configuración de una identidad propia para el sistema integral de justicia. Es imperativo recordar que, tal como hablar de mujeres no garantiza la aplicación verídica de un enfoque de género, el tratamiento adecuado de niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal no se restringe a la invocación del principio de interés superior en las sentencias.



## VI. Bibliografía

### a) Libros

- Azaola Garrido, Elena, "Posibilidades y límites de dos modelos de justicia para menores", *Memoria del coloquio multidisciplinario sobre menores. Diagnóstico y propuestas*, México, UNAM, 1996.
- Azzolini Bincaz, Alicia, "La reforma de la justicia para adolescentes en el Distrito Federal", *Foros sobre justicia penal y justicia para adolescentes*, México, UNAM, 2009.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4ª ed., Perfecto Andrés Ibáñez (traductor), Madrid, Trotta, 2004.
- García Méndez, Emilio, *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Colombia, Forum Pacis, 1994.
- García Ramírez, Sergio, *La inimputabilidad en el derecho penal mexicano*, México, UNAM, 1981.
- González Martín, Nuria y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto mexicano*, México, UNAM, 2011.
- Platt, Anthony M., *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*, 3ª ed., México, Siglo XXI, 1997.

### b) Revistas

- Couso, Jaime, "La especialidad del derecho penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencia para una aplicación diferenciada del derecho penal sustantivo", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, 2012, pp. 267- 322.
- Duarte Quapper, Claudio, "Sociedades adultocéntricas: sobre sus orígenes y reproducción", *Última década*, Chile, 2012, núm. 36, pp. 99-125.
- Vásquez, Jorge Daniel, "Adultocentrismo y juventud: Aproximaciones foucaulteanas", *Sophia*, Colección de Filosofía de la Educación, Ecuador, 2013, núm. 15, pp. 217- 234.

### c) Capítulos de libros

- Vila, Beatriz, "Tratamiento constitucional del menor", *España constitucional (1978-2018) Trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.

- O'Donnell, Daniel, "La Doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia", *Memorias del Seminario Internacional de los Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores-Comisión Europea, 2006.

### d) Libros electrónicos

- Comisión IDH, *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, Costa Rica, CIDH, 2011, <http://www.cidh.org/countryrep/justiciajuvenil2011sp/jjindice.sp.htm>.
- Comisión IDH, *Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, Costa Rica, 2011, parr. 89. Disponible en: [http://cidh.org/countryrep/JusticiaJuvenil2011sp/jjii.sp.htm#\\_ftnref76](http://cidh.org/countryrep/JusticiaJuvenil2011sp/jjii.sp.htm#_ftnref76).

### e) Revistas electrónicas

- Fariña, Francisca *et al.*, "Psicología Jurídica del menor y el contexto familiar: una mirada al pasado, presente y futuro", *Psicología jurídica del menor y de la familia*, Xunta de Galicia, 2005, Colección Psicología y Ley no. 2, pp. 9-27. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/288671239\\_Psicologia\\_juridica\\_del\\_menor\\_y\\_de\\_la\\_familia](https://www.researchgate.net/publication/288671239_Psicologia_juridica_del_menor_y_de_la_familia).
- Rangel Romero, Xóchitl Guadalupe, El principio de especialización en la justicia penal juvenil mexicana: reflexiones, México, UNAM, 2017, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/11269/13232>.

### f) Tesis y sentencias del Poder Judicial de la Federación

- Tesis: P./J. 64/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXVIII, septiembre de 2008, p. 625. Registro digital 168766.
- Tesis: P./J. 63/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXVIII, septiembre de 2008, p. 619. Registro digital 168773.



- Tesis: P./J. 79/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXVIII, septiembre de 2008, p. 613. Registro digital 168779.
- Tesis: 1a. LXXVI/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVIII, Tomo 1, marzo de 2013, p. 887. Registro digital 2003068.
- Tesis: 1a./J. 12/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 18, Tomo I, mayo de 2015, p. 383. Registro digital 2009010.
- Tesis: P. XXV/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 22, Tomo I, septiembre de 2015, p. 236. Registro digital 2009999.
- Tesis: 1a. CCCXXIX/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 24, Tomo I, noviembre de 2015, p. 965. Registro Digital 2010349.
- Tesis: 1a. CCCLXXIX/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 25, Tomo I, diciembre de 2015, p. 256. Registro digital 2010602.
- Tesis: 1a. XLIX/2020, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 80, Tomo I, noviembre de 2020, p. 941. Registro digital 2022436.

## g) Sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

### Opiniones consultivas

- Corte IDH, *Garantías judiciales en Estados de emergencia (Arts. 27.2,25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, Serie A, n°. 9. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_09\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf).
- Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, Serie A, n°. 17, p. 86. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf).

## Ordenamientos legales

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Fecha de publicación en el *Diario Oficial de la Federación* el 05/02/1917, última reforma publicada 28/05/2021.
- Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes. Fecha de publicación en el *Diario Oficial de la Federación* 16/06/2016, última reforma publicada 01/12/2020.

## h) Documentos de la Organización de las Naciones Unidas

### Tratados

- Convención sobre los Derechos del Niño*, Nueva York, 20 de noviembre de 1989, UNICEF. Disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.

### Publicaciones

- Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 10. Los derechos del niño en la justicia de menores*, Ginebra, ONU, 2007. Disponible en: [httphttps://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/crc.c.gc.10\\_sp.pdf](httphttps://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/crc.c.gc.10_sp.pdf).
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF, *Los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en México* (México: UNICEF, 2018). Disponible en: <https://www.unicef.org/mexico/media/1791/file/SITAN-UNICEF.pdf>.



# Inteligencia artificial aplicada al portal de servicios en línea del Poder Judicial de la Federación

Juan Marcos Dávila Rangel

---

**Resumen:** La inteligencia artificial es una herramienta que funciona como apoyo para que cualquier persona tenga a su alcance el acceso a la justicia; su implementación en los órganos jurisdiccionales del Consejo de la Judicatura Federal generaría un ejercicio efectivo de los derechos humanos, lo que además, contribuiría a la innovación del sistema de justicia tradicional al implementar un sistema de justicia en línea, potencializando los principios constitucionales y disminuyendo la brecha existente entre los gobernados y los juzgadores.

**Palabras claves:** Inteligencia artificial, derechos humanos, acceso a la justicia, Internet, kioscos digitales, Portal de Servicios en Línea del Poder Judicial de la Federación.

**Sumario:** I. Introducción; II. Generalidades; III. Experiencias comparadas; IV. Marco normativo; V. Propuesta; VI. Conclusiones; VII. Bibliografía.



## I. Introducción

El avance continuo y acelerado de los diversos medios tecnológicos es considerado un factor de cambios en la dinámica social alrededor de los Estados actuales, este fenómeno no solo incide en la forma en la que nos relacionamos en un aspecto personal, sino que implica un cambio de paradigma en los servicios que prestan los poderes públicos del Estado, entre ellos, la impartición y acceso a la justicia.

A raíz de lo anterior —así como de la globalización, internacionalización y del contenido del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos—,

los órganos públicos, a fin de garantizar los derechos humanos, se han visto en la necesidad de evolucionar respecto a la prestación de servicios a los gobernados, entre ellos la función jurisdiccional.

La inteligencia artificial (en lo sucesivo “IA”), se ha presentado como una herramienta innovadora, que resulta imposible no realizar un análisis de ella, a fin de establecer su viabilidad, a través del ordenamiento jurídico y los criterios emitidos por los Tribunales, en la aplicación de los procesos judiciales.

## II. Generalidades

### 1. Inteligencia artificial

Resulta necesario precisar, que a la fecha no existe un consenso entre los autores del tema, sobre la definición de inteligencia artificial, sin embargo, se puede tomar como punto de referencia lo manifestado por diversos exponentes, los cuales la conciben como la rama de la informática jurídica que busca llevar a cabo mediante el empleo de las máquinas, la ejecución de razonamientos y actividades relativas a la función jurisdiccional, que generalmente son atribuidas al pensamiento humano.<sup>1</sup>

John McCarthy —quien acuñó el término en la conferencia de Darmouth en 1956—, expresa que esta herramienta engloba en su totalidad, las tecnologías que permiten a las máquinas

inteligentes realizar labores que histórica y socialmente correspondían a los seres humanos.

La IA se considera un término general que se refiere a una amplia gama de disciplinas, como por ejemplo el aprendizaje automático, la automatización, la robótica y muchos otros fenómenos de aplicación de IA.

En el ámbito del derecho, según Morrel Ramos, podemos ver inmersa a la IA en la *legal tech*, definiéndose como la utilización de tecnologías avanzadas en servicios legales para crear:

- a. Software o servicios *online* que reducen o eliminan la necesidad de consultar con un abogado.

<sup>1</sup> Martínez Bahena, Goretty Carolina, *La inteligencia artificial y su aplicación al campo del Derecho*, p. 2. Nieva Fenoll, Jordi, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, p. 20.



- b. Software o servicios *online* que aceleran las tareas de un abogado, reduciendo la mano de obra y/o número de horas necesarias.
- c. Software o servicios *online* que simplifican y modifican la forma de contactar entre abogados y clientes.<sup>2</sup>

Por su parte, Miguel Solano Gadea denomina a la IA como el conjunto de tecnologías muy avanzadas que permite a las máquinas, robots y sistemas informáticos realizar funciones atribuidas en exclusiva a los humanos.<sup>3</sup>

Denotando que ambos autores coinciden en determinar que a través de este sistema se puede sustituir al ser humano —aunque no en su totalidad—, para un beneficio de este y por lo que hace en el mundo del derecho acortar tiempos y brindar eficiencia.

A partir de este concepto surgen otros como *machine learning* (aprendizaje automático) y *deep learning* (aprendizaje profundo), empleados para identificar a las máquinas que capturan los datos que hay en su entorno a través de sensores, estableciendo patrones para realizar predicciones, así como para las máquinas que utilizan redes neuronales y simulan pensamientos para la toma de decisiones, respectivamente.

Dicho avance tecnológico alcanza su auge en la academia jurídica, según Krausová,<sup>4</sup> derivada de la utilización de inteligencias artificiales en la década de los 80's, misma que fue desarrollándose en años posteriores.

De las definiciones y especificaciones anteriormente mencionadas, se llega a la conclusión que la IA aplicada a los servicios básicos prestados por los órganos públicos es

una herramienta, cuyo objetivo esencial radica en finalizar la burocracia impresa e iniciar el camino hacia un Estado inteligente, en el que los servicios que han de prestarse a los ciudadanos sean de fácil acceso, de menor costo, rápidos y efectivos.

Como hemos puntualizado, el enfoque de este trabajo es reconocer la importancia y utilidad de la IA; en ese contexto, es menester reconocer que al interior de los órganos jurisdiccionales de nuestro país, algunas de estas herramientas tecnológicas son utilizadas cotidianamente; no obstante, con toda certeza se puede afirmar que la mayoría de las ocasiones su uso es meramente básico y rudimentario.

Entre algunas de las actividades para las que comúnmente son utilizadas y abordaremos aquí, es la prosecución de los juicios, la valoración de pruebas y el desarrollo de argumentación, siendo el primero de ellos, el que principalmente abordaremos.

Cuando hablamos de procesos llevados ante algún órgano jurisdiccional, indistintamente tenemos que hablar de labores administrativas y mecánicas. Es ahí donde encontramos el primer ámbito actual de aplicación de tecnologías en la función de tribunales y juzgados.

Comúnmente, en los procedimientos sencillos y previsibles, se cuentan con formatos preestablecidos que únicamente son editados mediante procesadores de texto, dando como resultado el gasto innecesario de recursos humanos y económicos<sup>5</sup> en funciones que pueden ser sustituidas por inteligencias artificiales, que permitirían una mejor distribución en las cargas de trabajo

<sup>2</sup> Vega Iracelay, Jorge J., "Inteligencia Artificial ¿Señores o esclavos de nuestra propia creación?", en *Revista Nexos*, 01 de junio de 2018.

<sup>3</sup> Cognitive Computing & Watson. Disponible en: <https://www.ibm.com/blogs/think/es-es/category/desarrollo>.

<sup>4</sup> Intersections Between Law and Artificial Intelligence, p. 55.

<sup>5</sup> Nieva Fenoll, "La desburocratización de los procedimientos judiciales (reflexiones a propósito del Código Procesal Modelo para Iberoamérica), *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, p. 31.



o los tiempos de espera que generalmente se llevan en procedimientos sencillos y previsibles.<sup>6</sup>

Asimismo, es necesario contemplar que recientemente los sistemas judiciales en el mundo se vieron impactados por un reto en común: la contingencia causada por la pandemia del SARS-CoV-2. Esta situación reavivó la corriente que se ha ido desarrollando a lo largo de la última década, la cual nos invita a implementar nuevos procesos en la forma en que se imparte la justicia en los diferentes países.

### A. Contexto nacional

Ahora bien, enfocados en nuestro ámbito territorial, observamos que algunas leyes dentro de nuestro ordenamiento ya contemplan el concepto de justicia digital, ejemplo de lo anterior, lo podemos encontrar en el artículo 122, apartado A, Fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,<sup>7</sup> en el que se abre la puerta a la implementación de las herramientas necesarias para garantizar el acceso a los derechos reconocidos dentro de la Constitución y, de forma general, respecto de los derechos humanos.

Ejemplos de los avances derivados de las disposiciones constitucionales y convencionales mencionadas, encontramos la Plataforma Informática de la Fiscalía General de Justicia de la Ciudad de México, mediante la cual se ponen a disposición de la ciudadanía diversos servicios, como la presentación de denuncias.

Otro ejemplo mayormente reconocido es la implementación del Portal de Servicios en Línea del Poder Judicial de la Federación,

el cual es denominado como “sistema tecnológico que permite el acceso en línea a los Juzgados de Distrito y Tribunales de Circuito en toda la República Mexicana, así como a las áreas administrativas del Poder Judicial de la Federación, con el objetivo institucional en dos directrices, la primera dar vida al juicio en línea previsto en la Ley de Amparo, además de las necesidades tecnológicas requeridas en materia de juicios orales mercantiles y penales, y la segunda, total acceso a toda petición que se formule ante el Poder Judicial de la Federación, para beneficio de la sociedad mexicana”.<sup>8</sup>

Asimismo, dicha plataforma permite realizar los procesos de presentación de demandas, solicitudes o escritos iniciales y promociones, consultar notificaciones electrónicas, expediente electrónico y documentos de los acuerdos judiciales e impresión de acusos, así como el uso obligatorio de la FIREL, en todos los servicios en línea que presta el Consejo de la Judicatura Federal (en lo sucesivo CJF); cabe destacar que el uso de dichas herramientas fue reglamentada en el Acuerdo General 12/2020, emitido por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal.

No obstante de los casos mencionados, dichas herramientas aun se encuentran en fases de desarrollo, por lo que son utilizadas de forma básica e, incluso, rudimentaria, como para considerar que dentro de nuestro sistema judicial existe una justicia digital plena.

Robustece lo anterior lo expuesto por el relator especial en la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y Expresión de la Organización de las Naciones Unidas, Frank La Rue, al considerar que el acceso

<sup>6</sup> J. Zeleznikow “Can Artificial Intelligence and Online Dispute Resolution Enhance Efficiency and Effectiveness in Courts?”, *International Journal for Court Administration*, p. 34.

<sup>7</sup> **Artículo 122.** (...) La Constitución Política de la Ciudad de México establecerá las normas y las garantías para el goce y la protección de los derechos humanos en los ámbitos de su competencia, conforme a lo dispuesto por el artículo 1º de esta Constitución.

<sup>8</sup> Portal de Servicios en Línea del Poder Judicial de la Federación - Consejo de la Judicatura Federal ([pjf.gob.mx](http://pjf.gob.mx)).



a Internet en nuestro país, es un derecho humano insatisfecho.

## 2. Derechos humanos

Las autoridades gubernamentales deben de actuar con estricto apego a los derechos humanos, máxime, que la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su numeral 1, establece que todas las autoridades tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, esto en el ámbito de sus competencias, observando los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Ahora bien, cabe destacar que al instituirse el Estado, se crean diversas funciones básicas que ha de prestar, la cual, una de ellas es la función jurisdiccional, que se traduce en la aplicación de la ley en los casos concretos en que se plantea una controversia, por lo que según la doctrina, dicha función es caracterizada como un poder y un deber del Estado.

Precisado lo anterior, podemos decir que el Estado, tiene el propósito, poder y obligación de aplicar el derecho con el fin de resolver situaciones conflictivas en el seno de una comunidad, que debe de estar conferida, primordialmente, en el Poder Judicial, apegando sus actuaciones y resoluciones a los derechos humanos que cada persona tiene por el simple hecho de serlo.

Ante ello, nuestra Constitución establece en el artículo 17, párrafo segundo, el derecho de administración de justicia, con diversas características que son relevantes, como expedita, pronta, completa, imparcial, gratuita e impartida por los tribunales competentes.

Así también, en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone que la Ley Suprema de

toda la Unión está compuesta por la propia Constitución, las leyes emitidas por el Congreso de la Unión emanadas de ella, así como todos los tratados de los cuales el Estado Mexicano sea parte, siempre y cuando estén de acuerdo con la misma.

Por consiguiente, se hace relación de ello, que la Convención Americana de Derechos Humanos, en sus artículos 8.1 y 25, fundamentan el citado derecho —acceso a la justicia— como una garantía y protección judicial, resaltando elementos importantes para ello y estableciendo obligaciones a los Estados, como no interponer trabas a las personas que acudan ante los órganos jurisdiccionales en busca de que sus derechos sean protegidos o determinados, así como de conceder a todas las personas, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales.

Por otro lado, el derecho de acceso a la justicia es aquel que garantiza, con determinados requisitos, que toda persona pueda acceder a tribunales independientes e imparciales, a fin de que se respeten y hagan valer sus derechos y para que los propios órganos encargados de impartir justicia resuelvan sin obstáculos las controversias sometidas a su consideración, de manera pronta, eficaz y en los plazos establecidos por la ley.

En ese mismo sentido, Manuel E. Ventura Robles, Exjuez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, expresa que este término ha sido últimamente visto como un equivalente al mejoramiento de la administración de justicia, siendo este una forma de ejecución de dicho principio.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido jurisprudencias relacionadas al acceso de la justicia, por ejemplo, el caso Velásquez Rodríguez y Godínez



Cruz,<sup>9</sup> en el que determinó que para dar cumplimiento con lo establecido en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, no basta con la existencia formal de los recursos, sino que estos deben ser adecuados y efectivos para remediar la situación jurídica infringida. Es decir, cualquier disposición legal que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trate, constituye una violación del derecho de acceso a la justicia.

En esa misma línea y a fin de robustecer lo mencionado en párrafos que anteceden, el derecho en comento —acceso a la justicia—, se encuentra también establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos en los artículos 8 y 10.

Ahora bien, también en el sistema jurídico nacional e internacional, se reconoce como derecho humano básico el acceso al Internet, esto derivado de la resolución A/HRC/32/L.20, relativa a la “Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet” del Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas, emitida el veintisiete de junio de dos mil dieciséis, así como lo establecido en el artículo 6 de la Constitución.

Ante ello, se emitió la Carta de Derechos Humanos y Principios para Internet, en la cual se establece que toda persona tiene derecho a acceder a Internet, por lo cual deberá de garantizarse para todos y no podrá ser objeto de restricciones.

De todo lo anterior, podemos deducir que existe un derecho de acceso a la justicia, que debe de ser, entre otras características, pronta, expedita y eficaz; asimismo, contamos con el derecho de acceso a Internet y a sus herramientas, las cuales se encuentran en continuo desarrollo; por otro lado, las autoridades gubernamentales deberán de respetar estos derechos humanos y garantizarlos observando los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Es por ello, que no existe limitación alguna para implementar las herramientas proporcionadas por Internet, tales como la inteligencia artificial para acceder a la justicia y así eliminar las barreras existentes empleando las nuevas tecnologías.

### III. Experiencias comparadas

#### 1. Unión Europea

Tal y como se ha precisado con anterioridad, la inteligencia artificial es una herramienta de creación —relativamente— reciente, sin embargo, no existe incertidumbre que distintos países y organizaciones internacionales tienen un avance considerable —en comparación a

nuestro país— respecto a la implementación de dicha herramienta para los servicios que deben de prestarse a los gobernados; ante ello, un referente en la aplicación de la IA, así como de estructura normativa y organizacional, es la Unión Europea.

<sup>9</sup> Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4; y Corte I.D.H., Caso Godínez Cruz. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5.



El Parlamento Europeo, en su trabajo legislativo, ha emitido diversas resoluciones relativas al uso e implementación de la IA en diversas áreas, verbigracia, la resolución sobre la inteligencia artificial en la era digital (2020/2266(INI)), aprobada el tres de mayo de dos mil veintidós, que versa sobre dicha herramienta en la salud, Pacto Verde, política exterior y la dimensión de seguridad, competitividad, mercado laboral y democracia.<sup>10</sup>

Sin embargo, la resolución que ha de interesarnos a fin de abordar el tema que nos constriñe, aprobó la resolución sobre la inteligencia artificial en el Derecho penal y su utilización por las autoridades policiales y judiciales en asuntos penales (2020/2016(INI)),<sup>11</sup> en la que se estipulan obligaciones y recomendaciones dirigidas a las autoridades judiciales y policíacas de los Estados Miembro que utilicen la IA en sus procesos.

De las encomiendas establecidas en la citada recomendación, se destacan las relacionadas a la máxima protección de la vida privada y el derecho a la protección de los datos personales, así como el respeto a los principios de dignidad humana, no discriminación, libertad de circulación presunción de inocencia y derecho de defensa, incluido el derecho a guardar silencio, libertad de expresión e información, libertad de reunión y asociación, igualdad ante la ley, igualdad de armas y el derecho a una tutela judicial efectiva y a un juicio justo.<sup>12</sup>

De igual manera, el Parlamento Europeo hace hincapié que los algoritmos utilizados para la toma de decisiones sean explicables, transparentes, trazables y comprobables como

parte necesaria de supervisión, con la intención de lo siguiente:

- I) garantizar que el desarrollo, despliegue y el uso de los sistemas de IA por las autoridades judiciales y policiales respeten los derechos fundamentales y sean dignos de confianza para los ciudadanos,
- II) asegurar que los resultados generados por los algoritmos de la IA sean inteligibles para los usuarios y las personas a las que se aplican esos sistemas,
- III) que haya transparencia sobre los datos de origen y sobre la forma en que el sistema llega a una determinada conclusión.

Una vez expuestas las normativas aplicables al uso de la IA y sus derivados, es necesario atender el caso que nos ocupa —inteligencia artificial aplicada al sistema judicial—; al respecto, esta organización continental, a través de la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ), adoptó la “Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno”, esto con la finalidad de mejorar la calidad y eficiencia de la justicia, derivado de los desarrollos continuos de la justicia digital, y en vía de consecuencia, los desafíos para respetar los principios fundamentales del juicio, garantías esenciales de los sistemas judiciales.

Con el objetivo de promover lo expuesto en el párrafo anterior, la CEPEJ decidió establecer un nuevo grupo de trabajo, llamado “Grupo de Trabajo sobre Ciberjusticia e Inteligencia Artificial” (CEPEJ-GT-CYBERJUST), cuya principal

<sup>10</sup> [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0140\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0140_ES.html).

<sup>11</sup> [https://www.eruoparl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0405\\_ES.html](https://www.eruoparl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0405_ES.html).

<sup>12</sup> *Ibidem*, párrafos 1 y 2.



obligación radica en “desarrollar herramientas con el fin de ofrecer un marco y garantías a los Estados Miembros y a los profesionales de la justicia que deseen crear o utilizar tecnologías de la información y la comunicación y/o mecanismos de inteligencia artificial en los sistemas judiciales con miras a mejorar la eficacia y calidad de la justicia”.<sup>13</sup>

Retomando lo establecido en la “Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno”,<sup>14</sup> de la misma se advierte, en manera enunciativa más no limitativa, algunos servicios que pueden ofrecerse con la participación de la IA:

- a. Buscadores avanzados de jurisprudencia.
- b. Resolución de disputas en línea.
- c. Asistencia en redacción de escrituras.
- d. Análisis (predictivo, escalas).
- e. Categorización de contratos según diferentes criterios y detección de cláusulas divergentes o incompatibles.
- f. “Chatbots” para informar a los litigantes o apoyarlos en sus procedimientos legales.

Asimismo, la CEPEJ detalla una lista de diversos sistemas legales que utilizan inteligencia artificial en sus operaciones, así como el tipo y los países en los que se aplican, verbigracia, Francia emplea los software denominados “*Doctrine.fr*” (buscador), “*Prédicte*” (análisis, excepto en casos penales), “Análisis de jurisprudencia” (análisis, excepto en casos penales) y “*JurisData Analítica (LexisNexis)*” (motor de búsqueda, análisis, excepto en casos penales).

Para emitir la disposición normativa anterior, la CEPEJ emplea el término de justicia predictiva,

con la finalidad de describir la aplicación o software que ha de utilizarse para la tramitación de los procesos judiciales. Este término es considerado como software que anticipa una decisión judicial basada en el análisis de una gran cantidad de jurisprudencia.<sup>15</sup>

De lo anteriormente mencionado, llegamos a la conclusión que la Unión Europea —así como sus Estados Miembros— no ha implementado en sus tribunales herramientas relacionadas con la IA para la resolución de conflictos, sino que se han avocado primeramente a regular de manera minuciosa el uso de las citadas aplicaciones, a fin de evitar lagunas y dejar en estado de vulnerabilidad a las personas usuarias.

## 2. Norteamérica

### A. Canadá

Por lo que hace a Canadá, el uso de la IA se ve materializada en el Tribunal de Resolución Civil (por sus siglas en inglés CRT), implementado en el 2012, considerado como el primer tribunal en línea de dicho país, que tiene carácter de independiente y cuasi judicial, operado bajo la autoridad de la Ley del Tribunal de Resolución Civil (CRTA).

Este emplea un sistema de Resolución de Disputas en Línea (ODR),<sup>16</sup> con la finalidad de utilizar la tecnología y diversos mecanismos de resolución de controversias para incrementar el acceso a la justicia respecto a algunos procedimientos.

La competencia de dicho Tribunal, en el año 2015, se centraba únicamente en resolver las disputas respecto a propiedad

<sup>13</sup> <https://www.coe.int/en/web/cepej/meetings>.

<sup>14</sup> <https://campusialab.com.ar/wp-content/uploads/2020/07/Carta-e%CC%81tica-europea-sobre-el-uso-de-la-IA-en-los-sistemas-judiciales-.pdf>.

<sup>15</sup> <https://rm.coe.int/presentation-ia-charter-jan19-most-comprehensive/168092d5df>.

<sup>16</sup> Salter, Shannon. (2017): “Online Dispute Resolution And Justice System Integration: British Columbia’s Civil Resolution Tribunal”. Windsor Yearbook Of Access To Justice. Windsor, Canadá. Páginas 112 a 129.



de condominios (*condominium property*) y reclamos menores (*small claims*); sin embargo, a raíz de su eficiencia y resultados favorables, se realizaron diversas reformas para ampliar su competencia.<sup>17</sup>

Asimismo, el citado Tribunal fomenta un enfoque de colaboración para la resolución de conflictos, dejando atrás el modelo tradicional de acceso a la justicia a través de los Tribunales, es decir, de manera presencial, proporcionando de manera oportuna información jurídica, herramientas de autoayuda y servicios de resolución de conflictos para llegar a una solución colaborativa y de la manera más rápida posible.

Cabe destacar que el mencionado órgano persigue los principios de: a tiempo, flexible, accesible, inclusión, asequible y eficiente. Es decir, el procedimiento seguido ante el CRT, da solución de manera más rápida al conflicto, pone a disposición herramientas de fácil acceso las veinticuatro horas del día, los siete días de la semana, a través de los medios electrónicos más comunes o, bien, en alguna de las sedes de dicho tribunal, asimismo, los costos originados por los procedimientos llevados de esta manera bajan de manera considerable, puesto que no se requiere la participación de abogados.

Ahora bien, el procedimiento ante el CRT consta de varias etapas, en las cuales, obligatoriamente, han de utilizarse herramientas de la IA para cada paso procedimental ejecutado por las partes.

La primera etapa, denominada *explore and apply* (explorar y aplicar), los aplicantes podrán acceder a una herramienta denominada *solutions explorer* (explorador de soluciones), que entregará, a partir de cuestionarios predeterminados, un reporte con consejos y guías elaborados, en lenguaje simple,

por expertos para la solución de la disputa, con el objetivo de crear oportunidades de resolución temprana, esta aplicación ayuda a las personas a entender mejor sus derechos legales y sus opciones de resolución, antes de que gasten tiempo y dinero en iniciar una reclamación formal; empero, en caso de que las soluciones alternativas presentadas por el sistema no resulten favorables, las personas podrán instaurar un proceso formal dentro del CRT.

De ocurrir lo anterior —inicio de procedimiento formal ante CRT—, la parte demandada tendrá la oportunidad de responder la solicitud del demandante, aun cuando si no lo hace el proceso siga su curso.

Una vez recibida la contestación, comienza la etapa de **negociación y acuerdo**, donde las partes tendrán la posibilidad de comunicarse asincrónicamente en una plataforma de mensajes en sus cuentas en el Tribunal; sin embargo, si las partes no lograron alcanzar un acuerdo, el CRT, a través de un representante ayudará a realizarlo, esto dentro de la fase denominada *facilitation* (facilitación), para esto, se requerirán antecedentes a través de diversos canales de comunicación.

Si agotadas las instancias mencionadas con antelación, no se logra una solución al conflicto, se da inicio a la fase denominada *submit evidence* (presentar evidencia), consistente en allegar al Tribunal, la evidencia que respalde su postura en el conflicto; posteriormente, se da lugar a la etapa llamada *get a decision* (obtener una decisión), donde un Juez del CRT tomará una decisión con respecto al caso.

Por último, tenemos la fase *after a decision* (después de la decisión), que dependerá exclusivamente del tipo de disputa y deberá ser presentada ante el tribunal correspondiente

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 118 y 122.



(Corte Suprema o *Province Court* pertinente), para que se proceda de igual forma que lo haría respecto a un fallo del propio tribunal.

La implementación de este tribunal en British Columbia ha sido un éxito, lo que se robustece con las estadísticas establecidas en el reporte anual de los años 2018 y 2019,<sup>18</sup> el CRT terminó un total de 5,930 disputas, un 143% más que el año anterior. De estas, un 33% fue mediante consentimiento o retiro, es decir, las partes no necesitaron que el CRT emitiera una decisión u orden al respecto.

También, un 35% de estas concluyó sin que el respondiente se pronunciara, permitiendo al aplicante solicitar una decisión al tribunal sin la participación de la otra parte. En definitiva, en 2019 solo un 20% de las disputas fueron resueltas mediante una decisión del CRT, luego de que las partes no pudieran llegar a un acuerdo entre ellas.<sup>19</sup>

Por su parte, en el 2020,<sup>20</sup> se dio solución a 6,079 conflictos, y en 2021,<sup>21</sup> 5,502 controversias; como se puede observar, en el año 2021 hubo una disminución relativamente considerable en la resolución de casos, ello debido a diversos factores importantes, entre ellos la pandemia ocasionada por el COVID-19.

Resulta de suma importancia precisar, que de acuerdo al reporte anual del periodo 2020-2021 del CRT, los medios utilizados a fin de acceder al CRT y dar solución a las disputas, fueron 56% de computadora de escritorio, 42% de laptop, 12% de tablet o iPad, 24% de smartphone, 1% de servicio BC o estación informática de biblioteca pública, y 2% de otros medios, con ello se llega a la conclusión, que no es necesario acudir de manera presencial a los

tribunales a fin de iniciar y concluir un proceso de naturaleza judicial.

## B. Estados Unidos de América

Uno de los países que destaca por el interés en la aplicación de la IA, es notoriamente Estados Unidos, que desde 1956, ha estudiado esta rama de la informática, como en la reunión realizada en ese año en Dartmouth College en New Hampshire, donde diversos estudiosos del tema, sentaron la bases para la investigación de la IA en las áreas de gobierno e industria, misma que ha seguido hasta el día de hoy.

Estados Unidos, considera la IA como una inversión que contribuye directamente a la vida cotidiana, así como a diversas áreas como, la medicina, medio ambiente, seguridad nacional, educación, entre otras; por ello, en el año 2020, promulgó la Ley de Iniciativa Nacional de la Inteligencia Artificial de 2020 (NAIIA, por sus siglas en inglés), de la cual deriva la Iniciativa Nacional de Inteligencia Artificial (NAII, por sus siglas en inglés), la cual tiene como propósito que sea Estados Unidos un País líder en I+D (Investigación y desarrollo) de IA.

Puesto que la visión que tiene el gobierno americano es clara al respecto, ya que busca liderar el mundo en desarrollo y uso de Sistemas de IA, para que se incorpore en él sectores económicos y sociales, por lo que la Iniciativa trabaja para coordinar el adecuado uso de la IA en todas las agencias federales y se pueda monitorear el trabajo mediante informes. Cuenta con seis pilares estratégicos: Innovación, avance de la IA confiable, educación y capacitación, infraestructura, aplicaciones y cooperación internacional.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> Periodo comprendido de 1° de abril de 2018 al 31 de marzo de 2019.

<sup>19</sup> Annual Report 2018-2019, Civil Resolution Tribunal, British Columbia, 2019, pp. 7-10.

<sup>20</sup> Periodo comprendido de 1 de abril de 2019 a 31 de marzo de 2020.

<sup>21</sup> Periodo comprendido de 1 de abril de 2020 a 31 de marzo de 2021.

<sup>22</sup> <https://www.ai.gov/>.



Un ejemplo del trabajo que realiza el país norteamericano se encuentra en el Servicio de Impuestos Internos, que este año comenzó a usar *bots* de voz y chat en dos de sus líneas telefónicas especializadas de asistencia gratuitas y en la página web ISR.gov, permitiendo así que los contribuyentes puedan adquirir de manera rápida la información que necesitan, sin tener que responder preguntas sobre pagos o los avisos de cobros, siendo opcional el tener que hablar con un ejecutivo en la vía telefónica.<sup>23</sup>

### 3. Asia

Otro referente en el avance y utilización de la IA es China, considerándose como uno de los principales países en la utilización de la IA en el mundo y en esta temática de su uso en los procesos legales también se destaca con la implementación de los Tribunales de Internet.

China actualmente cuenta con tres Tribunales de Internet, ubicados en Hangzhou, Beijing y Guangzhou; los cuales juzgarán en línea mediante un software que utiliza tecnología de IA para la realización de los procedimientos legales como la propiedad intelectual, comercio electrónico (*e-commerce*) y asuntos relativos a operaciones en la red.

Además, en marzo de dos mil veintidós, entraron en vigor las Reglas de Operación en Línea de los Tribunales Populares, las cuales se adoptaron por el Comité de Adjudicación del Tribunal Popular Supremo de China, entre las que se destaca, que los Tribunales Populares aprovecharán las tecnologías de la Información, como Internet, big data, computación en la nube, Internet móvil, la IA y cadena de bloques, con el objetivo de mejorar el sistema

de información de los tribunales inteligentes, estandarizar sus métodos de aplicación, así como fortalecer la eficacia judicial y en ellos, se construirán sistemas de información judiciales inteligentes.

El Sistema de Servicios inteligentes incluye servicios en línea de los Tribunales Populares, Plataforma de litigio Electrónico, Plataforma de mediación de los Tribunales Populares, Red de servicios de Litigios, entre otros; además, el Centro de Datos Judicial y el cerebro de la Corte Inteligente incluye un motor de IA, así como una plataforma *blockchain* judicial, etcétera.<sup>24</sup>

### 4. Sudamérica

#### A. Colombia

Asimismo, Colombia es considerado otro de los países que se encuentran a la vanguardia respecto a la aplicación de la inteligencia artificial, ello al utilizar la “Siarelis” (sistema con bases de inteligencia artificial para la resolución de litigios societarios), basado en inteligencia artificial que puede ayudar al juez a escribir los borradores de sus resoluciones y puede absolver consultas de las partes en disputa, creado por la Superintendencia de Sociedades (organismo técnico, adscrito al Ministerio de Comercio, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, mediante el cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles).

Su función principal es dar su opinión al juez acerca de si debe aceptar o no las pretensiones del demandante, mostrando, en su defensa, los antecedentes judiciales más relevantes para el caso, y preparando borradores de autos

<sup>23</sup> <https://www.irs.gov/irs-unveils-voice-and-chat-bots-to-assist-taxpayers-with-simple-collection-questions-and-tasks-provides-faster-service-reduced-wait-times/>.

<sup>24</sup> <https://english.court.gov.cn/internetjustice.html>.



y sentencias con el consiguiente ahorro de horas de trabajo, favoreciendo una justicia más ágil.<sup>25</sup>

La creación de este sistema no radica en pretender sustituir las decisiones del juez, ni tampoco indicar el sentido en el que habrá de emitir sus decisiones, simplemente es tomado como un referente jurisprudencial.

Además, es conveniente resaltar que en ese país también cuentan, en su Corte Constitucional, con Pretoria, el cual es basado en Prometea creación de Buenos Aires, un sistema que puede leer expedientes, buscar información de interés y clasificarla, categorizar y analizar casos, predecir decisiones y preparar digitalmente resúmenes de sentencias, todo en minutos o hasta en segundos.

## B. Argentina

Por su parte, Argentina, en agosto de 2017, gracias a la IA, crea la aplicación Prometea, que es un sistema desarrollado por el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires en mancuerna con la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, a través de su Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial, el cual consiste en un mecanismo de inteligencia artificial multicapa que tiene un amplio porcentaje de efectividad en su aplicación, según sus promotores.

Esta herramienta se crea por la necesidad de innovar y hacer más eficiente el trabajo; lo anterior, toda vez que en la Fiscalía General adjunta al Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario, reciben numerosos asuntos en los que se presentan situaciones complejas, en donde se debaten cuestiones constitucionales, asuntos que han pasado por otras instancias y aún no han podido ser resueltas, es decir, su tarea consiste

en observar la discusión de las instancias anteriores.

En julio de 2019, la Fiscalía contaba con 60 fiscales que procesaban aproximadamente 1,100 causas por año, con la llegada de Prometea, se obtuvo una importante reducción de los tiempos de elaboración de los dictámenes en los casos estereotipados. Dada la magnitud de la cantidad de estos casos, esto implica una mejora significativa en la eficiencia global de la institución.

A grandes rasgos, el sistema sugiere soluciones teniendo en cuenta casos análogos, siguiendo una inferencia probabilística, y revisado constantemente para evitar cualquier sesgo algorítmico. Si anteriormente la conclusión de un dictamen le tomaba tres meses a la fiscalía, Prometea solo tarda cinco días como máximo.

Prometea permite desarrollar de manera íntegra un dictamen jurídico, en dos instancias del proceso: por una parte, como un asistente virtual, mediante la aplicación de IA en la interfaz, y por otra parte, de una manera más compleja, como un asistente predictivo para proponer una recomendación para el caso en cuestión. En ambos casos, ofrece la opción de trabajar con un asistente de voz.

Esto es, para cada caso y con base en sentencias previas de casos similares, Prometea permite predecir la recomendación que el fiscal debe hacer sobre el caso para que el juez dicte sentencia; además, prepara y le propone al fiscal el modelo de dictamen jurídico que corresponde en casos de amparos habitacionales similares, por ejemplo.

Otra de las multitareas que realiza este sistema de IA, es predecir la solución a un caso judicial en menos de 20 segundos, con una tasa de acierto igual o superior

<sup>25</sup> Guauque, Claudia, 2018, "El robot que entró al equipo de la supersociedades para asistir en pleitos mercantiles", Semana. [bit.ly/3vd2aiZ](https://bit.ly/3vd2aiZ).



del 90% y permite realizar un pliego de bases y condiciones particulares e incorpora una herramienta de control de precios públicos y privados sobre los bienes a adquirir, reduciendo los tiempos en la confección de un pliego de 2 horas a tan solo 1 minuto, entre otros.<sup>26</sup>

Prometea ha resultado ser una herramienta extraordinaria, lo que ha permitido que traspase las puertas del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires, y se encuentra en pleno funcionamiento en otras instituciones, tanto en la Ciudad de Buenos Aires como en

otras provincias del país (Mendoza, Chaco, Corrientes y Santa Fe).

Inclusive, ha sido presentada en numerosas instituciones nacionales e internacionales (Organización de las Naciones Unidas, Organización de los Estados Americanos, Universidad de Oxford, Universidad Sorbona, Universidad de Milano, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Administrativo de Lombardía, Organización Mundial del Comercio, Banco Interamericano de Desarrollo, Cumbre Mundial de IA para el bien, Consejo de Estado Francés, entre muchas otras).

## IV. Marco normativo

El marco normativo que rige la inteligencia artificial, estrechamente ligada con el acceso al Internet, fue reconocido por la Organización de las Naciones Unidas, como un derecho fundamental de todos los seres humanos, creado para superar la brecha digital, lograr la expansión de las tecnologías de la información, las comunicaciones y la interconexión para acelerar el progreso humano.

Si bien es cierto, la resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas para la promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet no es de carácter vinculante para los Estados, también es cierto que de cierta forma fomenta la regulación de ese derecho y condena a las naciones que alteran esta libertad reconocida. Sin embargo, a pesar de lo anterior muchos países reconocieron en sus legislaciones el acceso al Internet como un derecho humano básico.

En México el 11 de junio de 2013, el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos de ese periodo presentó una reforma constitucional en el tema de las telecomunicaciones, siendo aprobada por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión el 22 de mayo de ese mismo año, consecuentemente esa reforma modificó diversos numerales de la Constitución Mexicana de los Estados Unidos Mexicanos, plasmándose el acceso del Internet como un derecho básico contenido en el artículo 6<sup>27</sup> constitucional en el que se reconoce el derecho de los ciudadanos a tener acceso a las tecnologías de información incluyendo a la banda ancha e Internet.

Por otra parte, las entidades federativas en observancia al derecho humano contenido en el artículo 17<sup>28</sup> de nuestra Carta Magna, han reformado diversas legislaciones procesales dando la posibilidad de crear plataformas digitales, a través de las cuales se tiene el

<sup>26</sup> Estévez, Elsa, Linares Lejarraga, Sebastián y Filottrani, Pablo, 2020, *PROMETEA: Transformando la administración de justicia con herramientas de inteligencia artificial*, Banco Interamericano de Desarrollo.

<sup>27</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, última reforma publicada 28/05/2021, artículo 6.

<sup>28</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos artículo 17, última reforma publicada 28/05/2021.



acceso a una justicia completa, transparente e imparcial.

Hoy en día el acceso a la tecnología ya no es un lujo sino una necesidad y un derecho humano; ahora bien, en el sistema de justicia la tecnología y, en lo particular, la inteligencia artificial están haciendo un papel extraordinariamente importante, ya que por su implementación como una herramienta que sirve como aliada para agilizar los diversos procedimientos, se puede decir que esa ciencia se encuentra inmersa en las labores diarias de los organismos responsables de la administración de la justicia, lo anterior ya que las leyes sustantivas de las diversas materias, en la actualidad contemplan los juicios en línea.

Estas grandes transformaciones tecnológicas, en el mundo legal han dado como resultado que los gobernados obtengan enormes ventajas reduciendo los gastos que generarían al trasladarse a un Juzgado o Tribunal que se encuentra fuera de su residencia para presentar un escrito inicial de demanda, así como el tiempo prolongado que podría extenderse un juicio.

Sin embargo, muchos de los opositores a este nuevo sistema de justicia digital lo resienten como una amenaza para los operadores de la justicia, pues su criterio subyace en que los seres humanos serían evacuados de los aparatos jurisdiccionales, para ser remplazados por la tecnología hasta deshumanizarlo.

Ahora bien, en observancia a lo establecido en nuestra Carta Magna, en los numerales anteriormente citados 17 y 6, se han logrado grandes cambios en el ámbito legal, en lo particular en los órganos de justicia que integran el Poder Judicial de la Federación.

Aunado a lo anterior, existen disposiciones de talle internacional recogidos en la Convención Americana de los Derechos Humanos, que dan la pauta para que los estados parte establezcan en sus ordenamientos normativos la implementación de diversos mecanismos para el acceso a la justicia de manera efectiva, una de ellos es el numeral 8.1. que a la letra dice: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter", en relación con el diverso numeral 25.1 que señala "toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".<sup>29</sup>

De lo que se colige que, a efecto de lograr que la substanciación de un procedimiento se lleve a cabo dentro de un plazo razonable a fin de que el gobernado obtenga una justicia pronta y expedita, y el derecho a que toda persona tenga acceso a un recurso sencillo y rápido, únicamente se podrá lograr a través de las tecnologías o medios electrónicos que permitan que las etapas de un procedimiento se lleven a cabo en un menor plazo.

Por ello, en observancia a lo anterior y con fundamento en lo previsto en los artículos 94,

<sup>29</sup> Convención Americana de los Derechos Humanos Pacto de San José artículo 8.1 y artículo 25.1 adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 , entrada en vigor 18 de julio de 1978.



párrafo segundo,<sup>30</sup> y 100, párrafos primero, cuarto y octavo,<sup>31</sup> de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Transitorios Noveno y Décimo Primero de la Ley de Amparo; y 81, fracciones XVIII y XXXV,<sup>32</sup> de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, se emite el acuerdo general 12/2020 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que regula la integración y trámite de expediente electrónico y el uso de videoconferencias en todos los asuntos competencia de los órganos jurisdiccionales a cargo del propio consejo, a fin de tener la posibilidad de que los gobernados puedan actuar mediante la utilización de medios electrónicos.

Por lo que dicho acuerdo contiene los lineamientos para regular la actuación desde el expediente electrónico, permitiendo la promoción, trámite, consulta, resolución y notificación por vía electrónica, de igual manera la celebración de audiencias y otras diligencias que puedan desahogarse a distancia, mediante el uso de videoconferencias, facilitando el acceso a la justicia y acercando al Poder Judicial Federal a la ciudadanía.

Por otra parte, dentro del marco normativo del Poder Judicial de la Federación, podemos traer a colación las políticas de transformación digital, gobernanza digital de e-justicia y de gobierno de datos, las cuales han sido aprobadas muy recientemente por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, en aras de establecer las directrices para la aplicación de la tecnología en los órganos del Poder Judicial

de la Federación, emitidas con fundamento en el artículo 158 fracción I del Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que reglamenta la organización y funcionamiento del propio Consejo.<sup>33</sup>

En ese contexto, es relevante desentrañar cada una de las políticas referidas anteriormente, las cuales tienen como función primordial sentar las bases para lograr implementar la tecnología digital en el campo de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación.

Por lo que hace al modelo de e-justicia del Consejo, de su contenido se advierte que debe buscar facilitar el acceso a la justicia de la ciudadanía, esto a través de la digitalización y automatización de procesos judiciales eficaces, así como brindar mayor transparencia, involucramiento y certeza durante cada etapa de los procesos.

La Dirección General de Estrategia de Transformación Digital, en adelante DGETD, en coordinación con las diversas áreas administrativas facultadas para tales efectos, debe promover de manera continua la digitalización y automatización de servicios, procesos y sistemas de justicia, ello a fin de encontrar las áreas de oportunidad para proponer iniciativas e innovación de e-justicia a nivel institucional.

En relación a la tramitación electrónica, el modelo de e-justicia del Consejo debe velar por la seguridad de la tramitación electrónica en el que los gobernados cuenten

<sup>30</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos artículo 94, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* 11/06/1999, Última reforma publicada 28/05/2021.

<sup>31</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos artículo 100, párrafos reformados en el *Diario Oficial de la Federación* 11/06/1999, Última reforma publicada 28/05/2021.

<sup>32</sup> Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación artículo 81, fracción XVIII y XXV, Fecha de publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, 26 /05/1995, última reforma publicada 07/06/2021.

<sup>33</sup> Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, por el que se expide el similar que reglamenta la organización y funcionamiento del propio Consejo; y reforma y deroga diversas disposiciones de otros acuerdos generales artículo 158, Fecha de publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, 29 /06/2021.



con las mismas garantías y servicios que la tramitación presencial, ello para disminuir las barreras de acceso a la justicia y aumentar la eficiencia, eficacia, certeza y seguridad en los procedimientos judiciales, siempre privilegiando el desarrollo de sistemas de gestión y de consulta de información, bajo las mejores prácticas.

Entre otras cosas, este modelo debe garantizar que el expediente electrónico represente en forma idéntica del expediente en su versión física, la cual contenga la información del expediente y su metadata en formato utilizable para consulta, explotación y análisis, con el fin de que las partes, la persona funcionaria pública o la persona usuaria que lo consulte, visualice la información y los registros administrativos del asunto.

Ello con la finalidad que la impartición de justicia se encuentre al alcance de ser consultado por cualquiera de los intervinientes en él.

Ahora conforme a la política de e-justicia es obligación del Consejo diseñar, desarrollar, instrumentar e incorporar, a los procesos institucionales de impartición de justicia y de quehacer institucional, herramientas tecnológicas. Por lo que deberá atender a las necesidades institucionales y tomar en consideración la optimización de procesos, la disponibilidad, progresividad y eficiencia tecnológica.

Ahora bien, otras de las políticas que es relevante señalar y que da el impulso a la implementación de las tecnologías en el sistema de justicia, es la política de gobernanza digital la cual establece que tanto la Dirección General de Tecnologías de la Información y la Dirección General de Estrategia y Transformación Digital tienen la responsabilidad de contribuir al desarrollo de mecanismos de evaluación de los productos y servicios de tecnología en un marco de políticas públicas, que considere los valores judiciales, los principios desarrollados en la política de e-justicia, transformación digital y gobierno de datos, así como el enfoque de proveer beneficio a la ciudadanía y la mejora del quehacer institucional para la provisión de productos y servicios más eficientes. Las áreas o personal técnico o de tecnologías de órganos jurisdiccionales y áreas administrativas deben tomar en cuenta la optimización de, al menos, uno de los valores judiciales en la evaluación de los productos y servicios de tecnología del Consejo.

Por lo que, es evidente que estos modelos forman parte de un marco normativo creado para lograr que con base en la progresividad de las tecnologías se vaya implementando la transformación de un sistema tradicional a un sistema digital en los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación.

## V. Propuesta

Ahora bien, revisados los avances que resultan del estudio de las experiencias comparadas, consideramos que es posible diseñar estrategias y directrices que permitan dentro del Poder Judicial de la Federación, avanzar en la consolidación de la justicia

digital y el acceso que las personas tienen a los derechos inherentes a la misma, ello, con el objetivo de brindar a los justiciables un acceso sencillo, rápido y, sobre todo, a su alcance.



En ese sentido, se expone una propuesta basada en la posibilidad de la implementación de kioscos digitales, siendo estratégicamente ubicados dentro de establecimientos públicos: como lo pueden ser centros comerciales, plazas o lugares públicos o, bien, en una aplicación que pueda obtenerse a través de las diversas plataformas de descarga de aplicaciones móviles, pudiendo a través de ellos acceder al Portal de Servicios en Línea del Poder Judicial de la Federación y promover demandas o exhibir promociones que tradicionalmente son presentadas ante las Oficialías de Partes, en los diversos órganos jurisdiccionales.

Esto, mediante una interfaz y un software sencillo en los que se digitalicen los documentos anexos a los mismos y sea la propia herramienta la que proporcione un resultado derivado del uso de algoritmos y precedentes judiciales que sirvan de base, para que en el momento pueda indicar si se admite, previene o se desecha la demanda o, en su caso, el medio de impugnación que proceda conforme a la ley.

Lo anterior, en aras de automatizar el proceso judicial, abriendo el abanico de posibilidades para acceder a una justicia pronta y buscando la optimización del trabajo al interior de los órganos judiciales, pertenecientes al Poder Judicial de la Federación, incrementando la eficacia y eficiencia del trabajo realizado.

Cabe puntualizar que, para la realización de la propuesta que se plantea no se necesita, como se advierte en puntos anteriores, para su implementación de alguna reforma a la Constitución Política de nuestro país, sino que esta podría ser promovida mediante Acuerdos del Consejo de la Judicatura Federal, sin que esto contravenga de alguna forma a la Constitución.

El objetivo que se busca con esta propuesta es hacer llegar a la sociedad la justicia desde otra alternativa, que sea de fácil acceso, haciéndola más cercana al Poder Judicial

de la Federación, por lo que se proponen, establecer puntos de ubicación de los kioscos digitales estratégicos, así como el desarrollo de aplicaciones confiables y seguras, en los que se permita un libre acceso y además que la aplicación de la IA pueda presentarse en el Portal de Servicios en Línea del Poder Judicial, considerando que, en la actualidad, la mayoría de la población cuenta con Internet y dispositivos móviles, lo que contribuiría además a una menor concentración de personas en los órganos jurisdiccionales y reducir el tiempo de espera en los tramites.

En la presente proposición, la valoración de las pruebas documentales que se pudieran allegar conjuntamente con la demanda, podría consistir en el análisis de errores o detalles precisos y preestablecidos, como pueden ser los requisitos de forma, sirviendo como ejemplo los contenidos en el artículo 114 de la Ley de Amparo.

Para lo anterior, es necesario que los algoritmos instalados puedan interpretar dichos documentos mediante la semiótica textual, área que puede ser fácilmente desempeñada por la IA.

Ejemplo de lo anterior, puede ser la utilización de un software parecido al utilizado por la empresa israelí AI21 Labs, que creó el programa denominado Jurassic-1 mediante el cual fueron recopiladas más de 600,000 palabras contenidas en las entrevistas y sentencias emitidas por Ruth Bader Ginsburg, jueza de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Dicha herramienta, funciona mediante la introducción de texto y preguntas en inglés de las cuales puede elegir a partir de tres opciones dando como resultado, un argumento como lo pudiera haber emitido la jueza estadounidense.

En particular, la complejidad de la propuesta radica en la pretensión de utilizar la inteligencia artificial para codificar el derecho, es decir,



convertirlo en un código informático y automatizar su aplicación, no obstante, los recientes avances en el ámbito de la llamada *big data*, así como de las inteligencias artificiales, han permitido crear nuevos paradigmas en la aplicación de tecnologías inteligentes a la hora de desempeñar tareas jurídicas.

Este cambio ha sido principalmente propiciado por el desarrollo de aprendizajes automáticos, también conocidos como *machine learning*, que fundamenta su funcionamiento en algoritmos capaces de reconocer patrones de comportamiento a partir bases de datos —tanto estructurados como no estructurados o en grandes y pocas cantidades—, permitiendo convertirlos en un modelo que mediante alguna forma estadística o lógica arroje predicciones o tome decisiones identificando patrones similares.

Es necesario también mencionar que estas capacidades de aprendizaje adquiridas por las nuevas tecnologías se han dado principalmente por el desarrollo de redes neuronales, que han permitido que los softwares empleados no solo en el derecho, aprendan por sí mismos conforme son utilizados, mejorando constantemente a medida de que se les proporcionan más datos.

Las citadas herramientas han permitido la construcción de los sistemas de “búsqueda de respuestas jurídicas” (*legal question answering*), capaces, luego de un proceso de entrenamiento de sus algoritmos, resolver cuestiones en materia legal que sean formuladas analizando la información procedente de todo tipo de fuentes (potencialmente, todo Internet), extrayendo los principales argumentos

y, finalmente, elaborando una respuesta jurídicamente fundada.

Un caso de éxito que puede ser replicado en nuestro país es el sistema de búsqueda de respuestas jurídicas ROSS, desarrollado por *ROSS Intelligence* en 2015, dentro de la plataforma de aplicaciones IBM Watson, en el cual se incluyeron bases de datos que contienen diversos documentos, como leyes, criterios jurisprudenciales, artículos, informes y doctrina, procedentes de diversas fuentes del derecho concursal y de propiedad intelectual, para posteriormente crear un grupo de expertos que “entrenaran” a los algoritmos incorporados.

Dicho grupo seleccionó un conjunto inicial de documentos (*training set*), descompusieron esos documentos en pasajes relacionándolos con una serie de preguntas para las cuales sería una respuesta correcta. Partiendo de esta configuración inicial el programa aprendió a relacionar las cuestiones con sus correspondientes respuestas y, por tanto, a detectar automáticamente esas mismas relaciones en el resto de la documentación, dando por iniciado un proceso interactivo en el cual el grupo formulaba al sistema otras interrogantes similares a las inicialmente planteadas a fin de que el algoritmo aprendiera a responder a las nuevas cuestiones; por último, se verificaron las respuestas y se calibraron los parámetros de la red neuronal hasta que se estimara correctamente configurado.

Esta metodología de aplicación ha sido reiterada en otros casos, lo cual supone que podría ser aplicable dentro de nuestras labores jurisdiccionales.



## VI. Conclusión

Aunque para algunos sectores, parezca apresurada —y discutible— la imagen de un “juez-robot”, esta opción ha tenido una creciente atención a raíz de las medidas y estrategias empleadas a fin de poner en marcha diversos proyectos consistentes en tribunales digitales, cuyas resoluciones sobre determinadas materias serán adoptadas por un sistema inteligente.

Asimismo, no obstante de que existen diversas dificultades en la aplicación de las inteligencias artificiales en el campo del derecho, los sistemas predictivos pueden llegar a constituir al día de hoy, una herramienta que asista a las personas juzgadoras en la toma de decisiones relativamente sencillas, bajo determinadas condiciones técnicas e institucionales.

En definitiva, el desarrollo de los sistemas de análisis predictivo, inteligencias artificiales y otras tecnologías han permitido la creación

de un sistema de herramientas metodológicas a disposición de los y las operadoras jurídicas, brindando enfoques alternativos o complementarios a la solución de controversias jurídicas facilitando el desempeño de algunas de sus tareas profesionales, por ahora sencillas.

Sin duda, estas herramientas se encuentran asociadas a posibles problemáticas en su uso, como sesgos, fallas en la transparencia de datos e información, entre otros. No obstante, así como resulta irracional obviar esos problemas, también lo es ignorar las enormes potencialidades de éxito que pueden significar para la labor jurisdiccional, por ello, es necesario un debate profundo que esclarezca las posibilidades, limitaciones, amenazas y oportunidades que puede comportar su empleo en el marco de un adecuado contexto institucional.



## VII. Bibliografía

### a) Libros

- Martínez Bahena, Goretty Carolina. *La inteligencia artificial y su aplicación al campo del Derecho*. Alegatos, número 82, página 2, México, septiembre/diciembre 2012.
- Nieva Fenoll, Jordi, *Inteligencia artificial y proceso judicial*.
- Zelevnikov, J. "Can Artificial Intelligence and Online Dispute Resolution Enhance Efficiency and Effectiveness in Courts?". *International Journal for Court Administration*, volume 8, número 2, p. 34, mayo 2017.
- Salter, Shannon. "Online Dispute Resolution And Justice System Integration: British Columbia's Civil Resolution Tribunal". *Windsor Yearbook Of Access To Justice*. Windsor, Canadá, pp. 112-129, mayo 2017.

### b) Revistas

- Vega Iracelay, Jorge J., "Inteligencia Artificial ¿Señores o esclavos de nuestra propia creación?", en *Revista Nexos*, 01 de junio de 2018.
- Fenoll, Nieva, "La desburocratización de los procedimientos judiciales (reflexiones a propósito del Código Procesal Modelo para Iberoamérica)", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*.
- Sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4; y Corte I.D.H., Caso Godínez Cruz. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5.

### c) Publicaciones electrónicas

- Cognitive Computing & Watson. Intersections Between Law and Artificial Intelligence. Disponible en: <https://www.ibm.com/blogs/think/es-es/category/desarrollo>.
- Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, sobre la inteligencia artificial en la era digital. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0140\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0140_ES.html).

- Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, sobre la inteligencia artificial en el Derecho penal y su utilización por las autoridades policiales y judiciales en asuntos penales. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0405\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0405_ES.html).
- European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ). Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/cepej/meetings>.
- Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno adoptado por el CEPEJ durante su 31st Reunión Plenaria. Disponible en: <https://campusialab.com.ar/wp-content/uploads/2020/07/Carta-e%CC%81tica-europea-sobre-el-uso-de-la-IA-en-los-sistemas-judiciales-.pdf>.
- The European Ethical Charter on the use of AI in judicial systems and their environment. Disponible en: <https://rm.coe.int/presentation-ia-charter-jan19-most-comprehensive/168092d5df>.
- National Artificial Intelligence Initiative. Disponible en: <https://www.ai.gov/>.
- IRS unveils voice and chat bots to assist taxpayers with simple collection questions and tasks; provides faster service, reduced wait times. Disponible en: <https://www.ai.gov/irs-unveils-voice-and-chat-bots-to-assist-taxpayers-with-simple-collection-questions-and-tasks-provides-faster-service-reduced-wait-times/>.
- The Supreme People's Court of The People's Republic of China. Disponible en: <https://english.court.gov.cn/Internetjustice.html>.
- Políticas de e-Justicia, Gobernanza Digital, Gobierno de Datos y Transformación Digital del Consejo de la Judicatura Federal. Disponibles en: <http://cjfwebapp01.cjf.gob.mx/adna/Modules/index.aspx>.

### d) Ordenamientos legales

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos artículos 6 y 122. Publicada el *Diario Oficial de la Federación*, última reforma publicada 28/05/2021.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos artículo 17. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, última reforma publicada 28/05/2021.



Convención Americana de los Derechos Humanos  
Pacto de San José, artículos 8.1 y 25.1. San José,  
Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, entrada  
en vigor 18 de julio de 1978.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos  
artículo 94. Publicado en el *Diario Oficial de la  
Federación* 11/06/1999, última reforma publicada  
28/05/2021.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,  
artículo 100, párrafos reformados en el *Diario  
Oficial de la Federación* 11/06/1999, última reforma  
publicada 28/05/2021.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación  
artículo 81, fracción XVIII y XXV, fecha de publicación  
en el *Diario Oficial de la Federación* 26 /05/1995,  
última reforma publicada 07/06/2021.

Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura  
Federal, por el que se expide el similar que  
reglamenta la organización y funcionamiento  
del propio Consejo; y reforma y deroga diversas  
disposiciones de otros acuerdos generales  
artículo 158, fecha de publicación en el *Diario  
Oficial de la Federación*, 29 /06/2021.



# Principio de realidad constitucional en México y el acceso a la justicia

Juan Carlos Zamora Tejeda\*

---

**Resumen:** En la materia laboral, como en cualquier otra, se deberá atender al principio de primacía de realidad constitucional sobre los elementos formales que lo contradigan, principio por virtud del cual, en el caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que se sustenta en los documentos, debe darse preferencia a lo primero; además, se privilegiará la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales, sin afectar el debido proceso y los fines de la justicia.

**Palabras clave:** Acceso a la Justicia, Principio de primacía de la realidad, Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y formulismos.

**Sumario:** **I.** Introducción; **II.** Acceso a la justicia y formulismos que lo evitan; **III.** Marco teórico y naturaleza jurídica del principio de primacía de la realidad; **IV.** Su aplicación a casos concretos y consecuente evolución jurisprudencial en México (acercamientos y avances en dicho principio); **V.** Conclusiones; **VI.** Bibliografía.

---

\* Maestro en Justicia Adversarial por la Escuela Federal de Formación Judicial, Maestro en Derecho Penal por la Universidad Autónoma de Chihuahua. Magistrado Tercer Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Decimoséptimo Circuito, con sede en Chihuahua.



## I. Introducción

Existe una problemática observada en la administración de justicia dentro del derecho mexicano.

En estos momentos la historia de la justicia, se encuentra en etapa de reflexión y repunte; por lo que este estudio se centrará en reconocer la existencia de los formulismos que impiden el efectivo acceso a la justicia, así como su solución, contenida en la Constitución Mexicana, siendo esta el principio de primacía de la realidad.

Este tema cobra especial relevancia, ya que la primacía de la realidad constituye uno de los principios rectores en derecho laboral, inclusive, dada la trascendencia para alcanzar un verdadero acceso a la justicia, debe predominar no solo en esta materia, sino en cualquier otra.

El tipo de estudio que se utilizará en este análisis pertenece al paradigma cualitativo, desde el diseño de investigación participativa, desde sus antecedentes, los formulismos que impiden el acceso a la justicia, y la propia herramienta de este principio

constitucional; todo esto con el propósito de transformar la realidad a través de dos procesos, conocer y actuar ante un problema.

El estudio se llevará a cabo en el Poder Judicial de la Federación, a través de las diversas sentencias que se han emitido, que permiten, progresivamente, generar precedentes que vayan permitiendo consolidar el principio de primacía de la realidad, con igualdad y/o equidad de género, en la administración de justicia.

Los instrumentos que se utilizarán será la revisión de textos y documentos (sentencias y tesis) que permitan generar un precedente para el tema antes mencionado.

Los alcances que se pretenden generar con este estudio son aportar precedentes al contexto mexicano y motivar a los juzgadores para tomar en cuenta el principio de primacía de la realidad, en relación con los diversos de igualdad y/o de equidad de género, al momento de emitir sus sentencias.

## II. Acceso a la justicia y formulismos que lo evitan

La desigualdad es uno de los problemas que aquejan a la sociedad mundial, ha tenido un gran aumento en todos los países, teniendo una repercusión entre otros rubros, al acceso de servicios básicos sociales, incluyendo desde luego, el acceso a la justicia.

Siendo esta una de las principales razones por las que se permanece en un estado de pobreza, el acceso a la justicia no es solo un derecho humano, sino un vínculo para combatir la pobreza y desigualdad, así como sus causas y consecuencias.

Cualquiera manifestación de la pobreza constituye una violación a la dignidad humana y una amenaza contra la propia vida; esta reflexión nos muestra un universo de pobres y ricos, que conlleva injusticias en todos los ámbitos, al dejar a los pobres en posición de desventaja, lo que a su vez marca un desequilibrio en la sociedad que impide el bien común.

Ignacio Ellacuría, teólogo, filósofo, jesuita, precursor de la teoría de la liberación en Latinoamérica, consideraba que como personas



pertenecientes a la sociedad, nos corresponde “hacernos cargo de la realidad”, esto “no para evadirse de los compromisos reales, sino para cargar sobre sí con lo que son realmente las cosas y con lo que realmente exigen”. Entonces, bajo esa concepción de Ellacuría, combatir la pobreza es hacerse cargo de una vergonzosa situación o realidad; cuestión que ni la propia sociedad, ni las instituciones, entre ellas las encargadas de impartir justicia pueden inadvertir.

De ahí que, no toda la población tiene las condiciones para gozar de los derechos humanos de forma plena. Esto es, sin un acceso a la justicia, la población no puede defender sus derechos, abusos de las autoridades y violaciones cometidas en contra de ella, por lo que la relación entre la pobreza y la falta de acceso a la justicia es un círculo que se repite.

Así, en un proceso judicial, es posible que quienes intervienen no tengan acceso a la

justicia por motivo del formalismo exagerado que rige los procedimientos judiciales; esto es, rigidez de ciertos formulismos pueden obstaculizar el acceso a la justicia.

Sin soslayarse que existen formalidades esenciales del procedimiento a las que alude el artículo 14 constitucional, que nada tienen que ver con los formulismos que hacen negatorio el derecho al acceso a la justicia.

Partiendo de esas premisas es evidente que la población en general está expuesta a que cuando se dirimen sus diferencias en una controversia judicial, y ante el desconocimiento de las “formas” en las que se debe de realizar la instauración del juicio, como es la presentación de una demanda y su contestación, el ofrecimiento de pruebas, interposición de recursos, ello no debe ser un impedimento para que exista un real acceso a la justicia.

### III. Marco teórico y naturaleza jurídica del principio de primacía de la realidad

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 17, reconoce el derecho que tiene toda persona “a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial.” Sin embargo, en México predomina la percepción de que la justicia funciona mal, y dos de los mayores problemas que se perciben son la injusticia y la desigualdad.

Hoy se confunde la aplicación de normas con la impartición de justicia, lo cual causa insatisfacción y frustración en las personas y, además, convierte al sistema de impartición de justicia en un sistema de desconfianza.

Es así que, en noviembre de 2015, el Gobierno de la República, en conjunto con el Centro de Investigación y Docencia Económicas y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, convocó a representantes de todos los sectores a los “Diálogos por la Justicia Cotidiana”.

En este ejercicio de diálogo amplio y plural, se diagnosticaron los principales problemas de acceso a la justicia y se construyeron soluciones. Una de las conclusiones fue que en la impartición de justicia en todas las materias y en el ejercicio de la abogacía y defensa legal en nuestro país prevalece una cultura procesalista. Esto genera que en el desahogo de una parte importante de asuntos se atiendan cuestiones



formales y se deje de lado y, por lo tanto, sin resolver, la controversia efectivamente planteada.

En cuanto al aspecto interpretativo y de aplicación de la norma, se encontró que, en la impartición de justicia en todos los niveles y materias, las leyes se aplican de forma tajante o irreflexiva, y no se valora si en la situación particular cabe una ponderación que permita favorecer la aplicación del derecho sustantivo por encima del derecho adjetivo para resolver la controversia desde luego sin dejar de aplicar este último arbitrariamente.

Sobre este tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que las y los jueces, como rectores, del proceso tienen el deber de dirigir y encauzar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia en pro del formalismo. También la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que los tribunales deben resolver los conflictos que se les plantean evitando formalismos o interpretaciones no razonables que impidan o dificulten el enjuiciamiento de fondo. Las y los juzgadores, al interpretar los requisitos y formalidades procesales que prevén las leyes, deben tener presente *la ratio* de la norma y los principios *pro homine* e *in dubio pro actione* para evitar que aquellos impidan un enjuiciamiento de fondo.

Para hacer frente a este aspecto de la problemática, en los “Diálogos por la Justicia Cotidiana”, se recomendó llevar a cabo una reforma que elevara a rango constitucional, el deber de las autoridades de privilegiar, por encima de aspectos formales, la resolución de fondo del asunto.

Este deber exige también un cambio en la mentalidad de las autoridades para que en el despacho de los asuntos no se opte por la resolución más sencilla o rápida, sino por el estudio que clausure efectivamente

la controversia y la aplicación del derecho sustancial.

La incorporación explícita de este principio en el tercer párrafo del artículo 17 de la Constitución Federal, busca que permee el sistema de justicia a nivel nacional, es decir, que todas las autoridades judiciales y con atribuciones materialmente jurisdiccionales del país, se vean sometidas a su imperio, pero más allá de su obligatoriedad, reconozcan la razón y principio moral que subyacen a dicho dispositivo constitucional.

Lo anterior, lleva a considerar que, al privilegiarse la solución de fondo de un conflicto, en algunos casos de materia laboral resultará útil que las autoridades jurisdiccionales prioricen la aplicación del principio de primacía de la realidad.

El principio de primacía de la realidad indica que la existencia de una relación de trabajo no depende de los pactos realizados por las partes, ni de la apariencia contractual, ni de las relaciones jurídicas subjetivas, sino, por el contrario, de la situación real en que se halla el trabajador respecto del patrón.

Este alcance del principio rescata la existencia de la relación laboral aun sobre la voluntad evidenciada por las partes, lo cual es compatible con el carácter irrenunciable de los derechos laborales y con la índole protectora del derecho del trabajo.

Su razón de ser es inseparable de la vindicación de la realidad, lo que trae aparejado —por vía negativa— la misión de desenmascarar las apariencias o máscaras que pretendan camuflar los hechos; no se trata de despreciar el valor de las convenciones formales, lo cual sería inapropiado puesto que constituyen una fuente incuestionable de derecho, sino de conferir preeminencia a la realidad.

Respecto a la protección de la primacía de la realidad, la Declaración Universal de Derechos



Humanos de las Naciones Unidas, establece: “Artículo 23. 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 7, dispone: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias...”.

Así también, la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, precisó:

Artículo 6. El desarrollo social exige que se garantice a toda persona el derecho a trabajar y a elegir empleo libremente. El progreso y el desarrollo en lo social exigen la participación de todos los miembros de la sociedad en un trabajo productivo y socialmente útil, y el establecimiento, de conformidad con los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como con los principios de justicia y de función social de la propiedad, de modos de propiedad de la tierra y de los medios de producción que excluyan cualesquiera formas de explotación del hombre, garanticen igual derecho a la propiedad para todos, y creen entre los hombres condiciones que lleven a una auténtica igualdad.

De igual forma, la Organización Internacional del Trabajo ha protegido el principio de primacía que nos ocupa.

Es así, que en la Conferencia N° 86, relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, refirió:

1. Recuerda: a) que al incorporarse libremente a la OIT, todos los Miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración

de Filadelfia, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas; b) que esos principios y derechos han sido expresados y desarrollados en forma de derechos y obligaciones específicos en convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la Organización. 2. Declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Asimismo, en la Recomendación N° 198 sobre la Relación de Trabajo, estableció:

II. Determinación de la Existencia de una Relación de Trabajo: 9. A los fines de la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las



partes. 10. Los Miembros deberían promover métodos claros para ofrecer orientación a los trabajadores y los empleadores sobre la manera de determinar la existencia de una relación de trabajo. 11. A fin de facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo, los Miembros deberían considerar, en el marco de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, la posibilidad de: a) admitir una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo; b) consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios, y c) determinar, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes. 12. A los fines de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, los Miembros pueden considerar la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia. 13. Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes: a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario

determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

Un análisis superficial pudiera llevarnos a considerar al principio de primacía de la realidad como una creación original del derecho laboral, o sea un producto jurídico que pertenece solo a esta rama del derecho; en contra de esa impresión, debe decirse que tal principio no es exclusivo del derecho del trabajo, en razón de que no tiene como finalidad esencial caracterizar situaciones propias de esa relación, distintas de las que se dan en otras ramas del derecho. Hay que investigar la verdad material por encima de la forma y, esa es una tarea fundamental que involucra a toda la administración de justicia, no siendo patrimonio exclusivo del fuero laboral.

No obstante, es de precisar que el derecho del trabajo exige una intensificación del principio de primacía de la realidad en cuanto a sus alcances y eficacia, en vistas del escenario sociológico sobre el que actúa.

De ese modo, es de imperiosa necesidad que las y los operadores jurisdiccionales se esfuercen por adquirir una particular



sensibilidad social para detectar las capas más profundas de la realidad, rompiendo la cubierta superficial de las formas, a fin de descubrir la verdad real y evitar que se cometan fraudes y simulaciones contrarias al principio protectorio del trabajo, que de esa manera quedaría totalmente desvirtuado.

Debe indicarse que el principio de primacía de la realidad está estrechamente conectado con el principio protectorio, jugando como un complemento auxiliar a fin de que este no pueda ser disimulado en los hechos mediante la adopción de algunas figuras que disimulan la realidad; de manera más precisa, el principio de primacía de la realidad opera como una garantía de eficacia del principio protectorio en el plano de los hechos reales.

Es por ello que se ha definido la primacía de la realidad como principio fundamental del derecho laboral por diferentes autores. Así, el profesor Américo Pla Rodríguez, señala:

El principio de primacía de la realidad es aquel por el cual en caso de divergencia entre lo que ocurre en la realidad y lo que se ha plasmado en los documentos, debe darse prevalencia a lo que surge en la práctica, con este principio se establece la existencia o no de una relación laboral y con ello se procede a la protección que corresponde como tal. Este principio es de mucha ayuda para establecer o determinar cuándo nos encontramos frente a una relación laboral, la misma que como tal, tiene elementos que van a servir para identificarla, que son: la prestación personal, el pago de una remuneración y la subordinación. Cabe destacar pues que en los casos en los que estemos frente a estos tres elementos, la relación contractual existente no puede ser otra que una de naturaleza laboral (no obstante que se pretenda hacer creer que es una relación contractual de naturaleza civil o de otro tipo) y para ello resulta

muy útil el principio de la primacía de la realidad.

Francisco Javier Romero Montes, refiere:

El principio de primacía de la realidad es un instrumento procesal que debe utilizar el magistrado al momento de resolver un conflicto dentro de un proceso laboral; por ello para aplicar este principio no se tiene como base subjetividades, sino cuestiones objetivas, por ello una vez que los hechos son demostrados, estos no pueden ser neutralizados por documentos o formalidad alguna.

Juan Raso Delgue ha puesto de manifiesto este principio, de la siguiente manera:

La proliferación de contratos de arrendamiento de servicios obedece en parte a la existencia de nuevas modalidades de trabajo en el sector de los servicios que pueden legitimar este tipo de contrato y en parte a acuerdos simulados tras los cuales se esconden verdaderos contratos de trabajo. Intuitivamente creemos que esta última cuota es la más importante en términos porcentuales, pero la ausencia de datos estadísticos nos impide confirmar la convicción... De todos modos debemos ser categóricos al afirmar que en esta materia como en otras del campo laboral, se impone el principio de la realidad... La verdad prima sobre las formas, por lo que en definitiva todo pronunciamiento sobre la legitimidad de un contrato de arrendamiento de servicios se difiere a la comprobación de la presencia o ausencia del elemento subordinación en la prestación laboral.

Jairo Villegas Arbeláez, al efecto, considera: "... la realidad es prevalente y determinante frente las formas o el papel, y no a la inversa como es la creencia generalizada y deformada por el procedimentalismo".



Francisco Escobar Henríquez, respecto a la primacía de la realidad, expresa: "...en materia laboral, deben preferirse los datos que ofrece la realidad por sobre aquellos que figuren formalmente en acuerdos o documentos. Se trata de un postulado que mira más el aspecto fáctico o probatorio que el puramente legal".

Por último, en cuanto al principio en comento, Francisco Lafont, establece: "...al presentarse un conflicto entre la realidad y la forma jurídica prevalecen los hechos, la práctica."

Por otro lado, Mario de la Cueva, laboralista mexicano, para definir la importancia del principio de mérito, dice que el contrato de trabajo es un contrato realidad.

En parte de Latinoamérica no tiene importancia el contrato realidad, mientras que en México el contrato es consensual y después se documenta solo para efectos de prueba.

En materia de contratos consensuales, siempre se ha entendido que la modificación que en la práctica va operando en la forma de cumplimiento, revela una forma de expresión del consentimiento tácito de las partes para modificar el contenido primitivo.

En Latinoamérica, se ha desarrollado mucho la doctrina de las cláusulas tácitas, lo cual es una proyección de la primacía de la realidad. La jurisprudencia administrativa en forma reiterada ha sostenido la posibilidad de que el contrato de trabajo sea modificado por cláusulas tácitas. Su fundamento es el carácter consensual del contrato de trabajo, lo que significa que este puede ser modificado por el consentimiento de ambas partes, que puede ser explícito o tácito, siempre que se trate de una modificación favorable al trabajador, pues en caso contrario, debe ser expreso para evitar abusos en esta materia.

La primacía de la realidad limita con la buena fe contractual; por ende, si se ha celebrado un contrato de fachada con fines

ilícitos, el trabajador difícilmente va a poder invocar el contrato celebrado con fines espurios.

Como se ha expuesto, el principio de primacía de la realidad determina que, en caso de existir discrepancia entre los hechos y lo declarado en los documentos o en las formalidades, se preferirá siempre lo que haya ocurrido en la realidad; de esta manera, este principio opera en cualquier situación en la que se produzca una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, para preferir esto sobre aquello. No significa que la declaración efectuada por las partes no tenga importancia; el ordenamiento presume su conformidad con la voluntad real de ellas, pero permite desvirtuar dicha presunción si constata la oposición entre una y otra.

Así, por ejemplo, este principio es utilizado con frecuencia por la jurisprudencia para descartar la apariencia de un contrato civil de prestación de servicios, ante la realidad de una relación laboral; también opera para determinar la duración indefinida del vínculo, cuando la declaración de temporalidad del mismo no corresponde con la naturaleza de las labores desempeñadas.

En la mayoría de las veces se llega a concluir que las verdaderas condiciones en que los trabajadores realizan sus servicios, son muy distintas a las establecidas en el contrato o en otros documentos aparentes.

Asimismo, debe decirse que hay una diversidad de autores en la doctrina internacional que han señalado que dicho principio de primacía de la realidad ha permitido administrar una verdadera justicia, al tomar como elementos, la realidad de la cotidianidad de las partes; es decir, señalan que la ley será verdaderamente justa e igualitaria cuando se tomen en cuenta los extremos de la realidad, a través de verdaderos ejercicios de raciocinio en donde las y los juzgadores amplíen más allá, los horizontes de su criterio judicial.



## IV. Su aplicación a casos concretos y consecuente evolución jurisprudencial en México (acercamientos y avances en dicho principio)

Enseguida se resaltan algunos casos en los que se puede advertir la aproximación a la aplicación del principio de primacía de la realidad.

El Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Cuarto Circuito, en sesión celebrada el 1° de diciembre de 2008, resolvió el juicio de amparo directo 799/2008, donde en lo conducente consideró, en esencia, que en caso de que la trabajadora alegue haber sido despedida con motivo de su embarazo y el patrón se excepciona presentando su renuncia, la junta debe analizar en conciencia la verosimilitud de ese documento, pues carecería de lógica que una mujer embarazada renunciara a su trabajo y a los beneficios que por su estado le concede la ley en materia de seguridad y asistencia social, teniendo en cuenta que el hecho de que estuviera embarazada a la fecha de la renuncia, constituye una presunción humana que la junta debe sopesar, con independencia del resultado que las pruebas técnicas arrojen sobre la renuncia allegada por la demandada; de lo contrario infringe los principios previstos en los artículos 841 y 843 de la Ley Federal del Trabajo, la garantía de no discriminación, así como diversos instrumentos internacionales de los que el Estado Mexicano es parte.

Criterio el anterior, del que derivó la tesis de rubro: "RENUNCIA. SI PARA DETERMINAR SOBRE SU VEROSIMILITUD LA JUNTA NO TOMÓ EN CUENTA EL ESTADO DE EMBARAZO DE LA TRABAJADORA, INFRINGE LOS PRINCIPIOS PREVISTOS EN EL NUMERAL 841 DE LA LEY

FEDERAL DEL TRABAJO, LA GARANTÍA DE NO DISCRIMINACIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1° DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y LA CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER."<sup>1</sup>

El Segundo Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Vigésimo Primer Circuito, en sesión celebrada el 21 de junio de 2012, resolvió el juicio de amparo directo 846/2011, a través del cual sustancialmente estimó que en caso de que se alegue un despido injustificado por motivo de embarazo y el patrón se excepciona presentando la renuncia de la trabajadora, a él le corresponde probar tal extremo y la junta debe analizar la verosimilitud de ese documento desde una perspectiva de género, a verdad sabida y buena fe guardada, atendiendo a si es creíble que una trabajadora embarazada renuncie a su empleo con las consecuencias que ello implica, pues lo estaría haciendo también a los derechos de asistencia y seguridad social que pudiera necesitar derivados de la maternidad prenatal y postnatal, en términos del artículo 123, apartado A, fracción V, constitucional.

De ese criterio surgió la tesis de rubro: "DESPIDO INJUSTIFICADO POR MOTIVO DE EMBARAZO. SI EL PATRÓN SE EXCEPCIONA Y PRESENTA LA RENUNCIA DE LA TRABAJADORA, A ÉL CORRESPONDE DEMOSTRAR TAL EXTREMO Y A LA JUNTA RESOLVER DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO, Y NO SOLO CONSIDERAR LO QUE A ELLA LE PERJUDICA."<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Tesis IV.3º.T.272 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIX, febrero de 2009, p. 2035. Registro digital 167850.

<sup>2</sup> Tesis XXI.2º.C.T.1 L (10ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVII, febrero de 2013, Tomo 2, p. 1353, Registro digital 2002752.



El Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Cuarto Circuito, en sesión celebrada el 12 de abril de 2018, resolvió el juicio de amparo directo 1563/2017, donde en lo conducente determinó que en los casos en que la trabajadora alegue que fue despedida a causa de su embarazo, la junta debe considerar las circunstancias particulares del caso, que la obligan a resolver con perspectiva de género y realizar un escrutinio estricto de los autos, para determinar si la renuncia de la trabajadora se debió a una discriminación de su patrón, atendiendo a si resulta o no inverosímil que una mujer en ese estado firmara voluntariamente ese documento, pues ello claramente la deja sin los medios económicos para sufragar los gastos del embarazo y alumbramiento; aunado a que si la quejosa promovió dentro del término legal la demanda laboral, alegando que no deseaba terminar la relación de trabajo, pero que se vio presionada y obligada a aceptar la renuncia, ello confirma la presunción humana de que su voluntad al firmar y aceptar la renuncia, estaba viciada y coaccionada por los motivos que indica.

Los tres criterios anteriormente precisados, participaron en la contradicción de tesis 318/2018 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, misma que fue resuelta en sesión celebrada el 8 de mayo de 2019, en la cual dicha sala consideró esencialmente que ante el alegato de una trabajadora en el sentido de haber sido despedida con motivo de su embarazo, ello conlleva a la obligación de la junta de examinar escrupulosamente si existen indicios o pruebas circunstanciales que pudieran llevar a la conclusión de que resulta inverosímil que la trabajadora haya renunciado a su empleo, haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 841 de la Ley Federal del Trabajo, y tomar en cuenta las características particulares del caso, así como las condiciones

personales de la trabajadora, tales como su preparación, estado de salud, solvencia económica y cualquier otro elemento de juicio que le permita determinar si es verosímil o no que la trabajadora haya renunciado a su empleo estando embarazada; esto, atendiendo al principio de primacía de la realidad consagrado en el tercer párrafo del artículo 17 constitucional, pues en la práctica es más probable la existencia de un despido con motivo del embarazo de la trabajadora, que su renuncia voluntaria al encontrarse en estado de gravidez, por tanto, aún en el caso de que la trabajadora no haya objetado el contenido de su renuncia exhibida en juicio, por su estado de vulnerabilidad con motivo de su embarazo, existe duda razonable acerca de la voluntad de la mujer de prescindir del empleo, por los gastos que implica el alumbramiento y la necesidad de acceder a la seguridad social que podría sufragar la atención médica que se requiera.

De la precisada contradicción de tesis, derivó la jurisprudencia 2ª./J. 96/2019 (10ª.), de rubro "TRABAJADORA EMBARAZADA. SI EL PATRÓN SE EXCEPCIONA ADUCIENDO QUE LA ACTORA RENunció Y ESTA DEMUESTRA QUE AL MOMENTO DE CONCLUIR EL VÍNCULO LABORAL ESTABA EMBARAZADA, EL SOLO ESCRITO DE RENUNCIA ES INSUFICIENTE PARA DEMOSTRAR QUE FUE LIBRE Y ESPONTÁNEA"; en dicha jurisprudencia se determinó que cuando la parte patronal opone la excepción de renuncia y la trabajadora demuestra que la terminación de la relación laboral ocurrió encontrándose embarazada, aquella deberá acreditar que la renuncia fue libre y espontánea, sin que en ningún caso el solo escrito que la contenga sea suficiente para demostrar su excepción, aun en caso de no haberse objetado o habiéndose perfeccionado, sino que se requieren elementos de convicción adicionales; lo anterior, se precisó, obedece al principio de primacía de la realidad consagrado en el tercer



párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque no es verosímil que la mujer prescinda de su empleo por los gastos que implica el alumbramiento y la necesidad de acceder a la atención médica, aunado a que existe una práctica común de ejercer actos de coacción con motivo del embarazo.<sup>3</sup>

El criterio y las razones que informan la jurisprudencia antes destacada de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha dado lugar a que diversos Tribunales Colegiados de Circuito, al fallar asuntos sometidos a su consideración, estén aplicando con mayor frecuencia el principio de primacía de la realidad que se viene comentando; como ejemplo, se citan los siguientes:

El Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Séptimo Circuito, en sesión celebrada el 8 de agosto de 2019, resolvió el juicio de amparo directo 378/2018 promovido por un trabajador, en el que determinó básicamente que la patronal demandada afirmó que fue al término de la jornada laboral que el trabajador expresó su deseo de renunciar al trabajo, ante diversas personas que ahí se encontraban, de tal suerte que ello debió ser demostrado, sobre todo, cuando como en el caso se controversió la jornada laboral, pues no debe obviarse que el trabajador adujo trabajar de lunes a sábado y con descanso el día domingo, por ende, resultaba necesario que la patronal demostrara que ese domingo diecisiete de febrero de dos mil trece, el trabajador había desempeñado sus labores en forma cotidiana, y dotar a tal expresión de la verosimilitud necesaria para generar certeza en el órgano laboral.

En esos términos, ante la forma en que la patronal adujo se dio la renuncia del

trabajador, ello obligaba a la junta a examinar escrupulosamente si existen indicios o pruebas circunstanciales que pudieran llevar a la conclusión de que en un día de descanso, como lo es el domingo, el trabajador renunció a su empleo, sin embargo; no se advierte que la patronal haya demostrado su afirmación en cuanto a que el trabajador renunció en un día domingo, más aún cuando la propia junta determinó como jornada laboral la aducida por el trabajador, esto es, de lunes a sábado con descanso el día domingo, en otras palabras, dadas las particularidades del caso, el solo escrito que contiene la renuncia, aun perfeccionado en cuanto a su autenticidad de contenido y firma es insuficiente, por sí mismo, para demostrar ese extremo.

De lo anterior, derivó la tesis de rubro y contenido siguientes:

**RENUNCIA POR ESCRITO. PARA OTORGARLE VALOR PROBATORIO CUANDO EL PATRÓN AFIRMA QUE FUE PRESENTADA EN UN DÍA DE DESCANSO OBLIGATORIO, ES NECESARIO ADMINICULARLA CON OTRA PRUEBA.** Aun cuando prima facie, el escrito de renuncia, al ser un acto unilateral del trabajador puede presentarse en cualquier día, incluso no laborable, cobra particular relevancia la forma en que el patrón señale cómo se le presentó, pues aun en caso de no haberse objetado o, habiéndose perfeccionado en cuanto a su autenticidad de contenido y firma, es insuficiente, por sí mismo, para demostrar ese extremo, siendo necesario que se adminicule con algún elemento de convicción adicional para dotarlo de certidumbre y veracidad, cuando el patrón, por la conducta procesal desplegada al controvertir los hechos expuestos por el actor

<sup>3</sup> Jurisprudencia 2ª./J. 96/2019 (10ª.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 68, julio de 2019, Tomo II, p. 998. Registro digital 2020317.



asumió esa carga, al afirmar categóricamente que el trabajador renunció en un día que acorde con lo probado en autos, no está comprendido dentro de la jornada laboral, sino más bien es coincidente con el día semanal de descanso obligatorio. Diferente hubiese sido si solo se limitara a invocar su presentación sin más detalles, caso en el cual tal ocurrencia, *per se*, gozaría de eficacia probatoria mientras no logre desvirtuarse.<sup>4</sup>

2. El Segundo Tribunal Colegiado del Trigésimo Circuito, en sesión celebrada el 15 de julio de 2021, resolvió el juicio de amparo directo 42/2021 promovido por un trabajador, donde en lo conducente consideró, en esencia, que las pruebas no solo deben ser analizadas en lo individual, sino también el estudio debe ser sistemático con el fin de resolver la controversia bajo el principio de objetividad que impera en la función jurisdiccional, pues a ello se refiere el artículo 841 de la Ley Federal del Trabajo, el cual está relacionado con el principio de primacía de la realidad, mismo que la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha acogido al resolver la contradicción de tesis 318/2018, y dicho principio ya fue elevado a rango constitucional al encontrarse consagrado en el párrafo tercero del artículo 17 de nuestra Constitución, principio que significa que en caso de divergencia entre lo que ocurre en la realidad y lo que se ha plasmado en los documentos, debe darse prevalencia a lo que surge en la práctica; en otras palabras, con dicho postulado se busca privilegiar lo que sucede en el terreno de los hechos; luego, con base en tal principio, el análisis de la prueba confesional, específicamente lo arrojado de la posición número diecinueve, no puede realizarse de forma aislada, sino que dada la trascendencia

que trajo la aclaración realizada por el actor al desahogar dicha posición se debió ponderar si su resultado era acorde a las actuaciones del juicio, esto es, afín a la realidad de los hechos, resultando que la junta responsable se limitó a realizar una apreciación de la confesional en forma aislada, porque con la aclaración que realizó el trabajador al dar respuesta a esa posición, en el sentido de que no conocía a la persona a quien le atribuyó el despido injustificado, para la autoridad fue suficiente para concluir que dicho reconocimiento, por sí solo, trajo como consecuencia la inexistencia del despido, empero, de las constancias de autos se desprende que existen diversos elementos convictivos que permiten llegar a la conclusión que esa aclaración se puede traducir en un error por parte del trabajador al responder a dicha posición, bastando con imponerse de las constancias de autos para advertir que fue desacertada esa aclaración en el sentido de que no conoce a la persona a quien le atribuyó el despido, por lo cual, en el caso para efecto de resolver debe buscarse la realidad de los hechos y no decidir una controversia con base en formalismos, advirtiéndose elementos suficientes que llevan a la convicción que la aclaración realizada por el actor constituye un error, pues tanto el trabajador como la persona a quien atribuyó el despido coincidieron en diversas diligencias y este último actuó como representante de la parte demandada dentro de un diverso juicio, de ahí que resultara inverosímil el que el actor haya referido que no lo conoce.

De lo anterior, derivó la tesis siguiente:

**“PRUEBA CONFESIONAL EN EL JUICIO LABORAL. PROCEDE SU VALORACIÓN BAJO**

<sup>4</sup> Tesis VII.2º.T.244 L (10ª.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época. Libro 73, diciembre de 2019, Tomo II. P. 1169. Registro digital 2021256.



EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD, PARA DETERMINAR SU VEROSIMILITUD Y EMITIR UNA RESOLUCIÓN DE ACUERDO CON LOS HECHOS Y NO CON BASE EN FORMALISMOS PROCEDIMENTALES.

Hechos: En un juicio laboral la parte actora, al absolver una de las posiciones formuladas al desahogar la prueba confesional a su cargo, expresó que no conocía a la persona a quien le atribuyó el despido injustificado. Por su parte, al valorar esa probanza en forma aislada la Junta consideró que dicho reconocimiento, por sí solo, trajo como consecuencia la inexistencia del despido. Contra esa determinación el actor promovió juicio de amparo directo.

Criterio jurídico: Este Tribunal Colegiado de Circuito determina que procede la valoración de la prueba confesional bajo el principio de primacía de la realidad, para determinar su verosimilitud y emitir una resolución de acuerdo con los hechos y no con base en formalismos procedimentales.

Justificación: Lo anterior es así, pues el artículo 841 de la Ley Federal del Trabajo, al establecer que en materia laboral los laudos deben dictarse a verdad sabida y buena fe guardada, en concordancia con el párrafo tercero del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dispone privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales, da cabida a lo que se conoce en la doctrina como el principio de primacía de la realidad, que significa que en caso de divergencia entre lo que ocurre en la realidad y lo que se ha plasmado en los documentos, debe darse prevalencia a lo que surge en la práctica. En ese sentido, con base en el análisis que se realice bajo el aludido principio<sup>5</sup> respecto de la prueba confesional, atendiendo conjuntamente a todas las

actuaciones del expediente, se concluye que lo expresado por el absolvente constituye un error (con independencia de las razones por las cuales pudo derivar), que lleva a emitir una determinación privilegiando la realidad de los hechos y no los formalismos procedimentales.

3. Como integrante del Tercer Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Decimoséptimo Circuito, en sesión celebrada el 22 de abril de 2021, resolvimos el juicio de amparo directo 126/2021, promovido por un trabajador, de cuya ejecutoria se destaca:

- A. Ante el alegato del trabajador quejoso al objetar las documentales aportadas por la patronal, consistentes en carta renuncia y carta-constancia, vinculado con lo que argumentó en su concepto de violación, se examinó si existían indicios o pruebas circunstanciales que pudieran llevar a la conclusión de que resultaba inverosímil que hubiese renunciado a su empleo, haciendo uso de la facultad establecida en el artículo 841 de la Ley Federal del Trabajo y, tomando en cuenta el principio de primacía de la realidad contenido en el tercer párrafo del artículo 17 constitucional.
- B. Se consideraron las características particulares del caso y condiciones personales del trabajador, tales como:
  - Antigüedad laboral: Veinticuatro años y ocho meses y medio.
  - Puesto desempeñado: Vendedor.
  - Edad: Nacido el diecinueve de septiembre de mil novecientos sesenta, por lo que a la fecha de la separación del empleo contaba con poco más de cincuenta años de edad.

<sup>5</sup> Tesis XXX.2º.1 L (11ª.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, Libro 6, octubre de 2021, Tomo IV, p. 3831. Registro 2023709.



- Preparación: No se advirtió tuviera preparación profesional, pues se encuentra demostrado que se desempeñó por casi veinticinco años para la patronal demandada, desempeñando el puesto de vendedor.
- Solvencia económica: No se desprendía que fuere solvente económicamente, dado que como ya se precisó, quedó demostrado que laboró como vendedor para la patronal por casi veinticinco años.
- Finiquito: Al momento de la separación del empleo, no se le entregó cantidad económica alguna por este concepto, ni siquiera el pago de su prima de antigüedad que le correspondía con entera independencia del motivo de tal separación, de conformidad con lo establecido por el artículo 162 de la Ley Federal del Trabajo.

Por lo que, aun cuando hubieren quedado perfeccionadas tanto la carta renuncia como la carta constancia exhibidas en el juicio por la patronal demandada y, que la renuncia a seguir prestando servicios representa el libre ejercicio de un derecho del trabajador, siendo un acto unilateral que por sí solo surte efectos produciendo la terminación de la relación laboral, como lo sostuvo en su momento la otrora Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su jurisprudencia 4ª./J. 37/94, de rubro: “*RENUNCIA VERBAL. VALIDEZ LEGAL DE LA.*”; en atención a la facultad prevista en el artículo 841 de la Ley Federal del Trabajo aplicable al caso, se consideró procedente apartarse del resultado formalista y fallar con apego a la verdad material deducida de la razón, esto es, que no obstante el resultado formal relativo a que la patronal logró perfeccionar la renuncia y carta constancia de mérito, ello no impidió resolver en conciencia, cuando se advierte que racionalmente no es

creíble que el trabajador hubiese renunciado “voluntariamente” a su trabajo, actuando con apego a la verdad material deducida de la razón.

- C. Consecuentemente, en el juicio laboral de origen, apreciando los hechos en conciencia de conformidad con el artículo 841 de la Ley Federal del Trabajo, y atendiendo el principio de primacía de la realidad previsto en el tercer párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se consideró jurídicamente válido que existía duda razonable acerca de la voluntad del trabajador quejoso de prescindir del empleo y, por ello, no resultó verosímil que hubiere renunciado “voluntariamente” a su trabajo.
- D. En tales condiciones, se determinó que la junta responsable carecía de razón cuando en el laudo reclamado refiere que el actor puede dar por terminada la relación de trabajo en el momento que lo desee, aun teniendo una antigüedad de casi veinticinco años, sin que ello implique renuncia de sus derechos obtenidos; esto, en razón de que precisamente la antigüedad con la que dicho trabajador contaba que, como se puso de relieve anteriormente, era de casi veinticinco años, lo que, aunado a que se trata de una persona mayor de cincuenta años de edad, sin preparación profesional, perteneciente a la clase obrera de este país, sin una solvencia económica demostrada, hacía inverosímil el hecho de que haya renunciado a su empleo sin haber percibido su finiquito correspondiente que, en razón de la precisada antigüedad lo hacía acreedor, entre otras prestaciones, al pago de su correspondiente prima de antigüedad en términos de lo establecido por el artículo 162 de la Ley Federal del Trabajo,



quedándose incluso desprotegido en lo que respecta a prestaciones de seguridad social, como lo son, entre otras, el tener derecho a una jubilación y/o fondo de retiro, acceder a una atención médica y/o hospitalaria, incapacidades, así como a una vivienda digna.

E. Al no considerar lo anterior y resolver en los términos que lo hizo la junta responsable, se determinó que esta violó en perjuicio del quejoso los derechos de legalidad y seguridad jurídica contenidos en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

## V. Conclusiones

Como se expuso, en la materia laboral, como en cualquier otra, se deberá atender al principio de realidad sobre los elementos formales que lo contradigan, principio por virtud del cual, en el caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que se sustenta en los documentos, debe darse preferencia a lo primero; además, se privilegiará la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales, sin afectar el debido proceso y los fines de la justicia.

Dicho principio es perfectamente compatible con otros derechos, como el de igualdad y/o de equidad de género, pues permite que las y los juzgadores, no se concreten a lo que adviertan en los documentos, constancias o acuerdos, sino a lo que los hechos les manifiesten.

En ese tenor, la emisión de la jurisprudencia 2ª./J. 96/2019, de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha llevado a que diversos órganos jurisdiccionales, al fallar asuntos sometidos a su consideración, estén aplicando con mayor frecuencia el principio de primacía de la realidad comentado, en concordancia con los demás derechos humanos, en el marco de un eficaz acceso a la justicia.

Consecuentemente, de la misma manera se va logrando la consolidación del citado principio de primacía de la realidad en la administración de justicia, atendiéndose cada vez más en los juicios la situación real en que se halla el trabajador respecto del patrón, inclusive sobre la voluntad evidenciada por las partes, lo cual resulta compatible con el carácter irrenunciable de los derechos laborales y con la índole protectora del derecho del trabajo a la parte débil en la relación laboral, obteniéndose así un trato justo y equitativo en la misma, así como alcanzando la igualdad de las partes en dicha relación, sin soslayarse como ya se dijo en este estudio, ese principio no es exclusivo en la materia laboral sino extensivo hacia las demás y que implícitamente tiene su fundamento en el artículo 17 Constitucional.

Ello, a través de la aplicación práctica del señalado principio, por el cual, debe darse prevalencia a lo que surge en la realidad, frente las formas o el papel y no a la inversa, como venía siendo la creencia generalizada; lo anterior, permitirá aparejar una verdadera justicia, al tomar como elementos, la realidad de la cotidianidad de las partes.



## VI. Bibliografía

- Ellacuría, Ignacio (2012). *La lucha por la justicia: selección de textos de Ignacio Ellacuría (1969-1989)*. (J.A. Senent, ed) Bilbao, España: Universidad de Deusto.
- Barahona Betancourt, Ricardo, *Principio de Primacía de la Realidad en el Ejercicio de la Medicina*. Disponible en: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/wthayer,+Journal+manager,+42898-150327-1-CE%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/wthayer,+Journal+manager,+42898-150327-1-CE%20(1).pdf), p. 245.
- Bautista Martínez, Erika Marcela, *Primacía de la Realidad de la Relación Laboral vía tutela frente a las madres comunitarias*. Disponible en: <https://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/21153>, p.28.
- De Buen Lozano, Nestor, Morgado Valenzuela Emilio, *Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Disponible en: <https://ru.juridicas.una.mx/xmlui/handle/123456789/91>, p. 137.
- Días Vargas, Jaime Alejandro, *El Principio de la Primacía de la Realidad en las Relaciones Laborales de la Administración Pública*. Disponible en: [https://repository.usergioarboleda.edu.co/bitstream/handle/11232/90/principio\\_primacia\\_tesis.pdf?sequence=1](https://repository.usergioarboleda.edu.co/bitstream/handle/11232/90/principio_primacia_tesis.pdf?sequence=1), pp. 107-114.
- Hernández Sampieri, R., FERNÁNDEZ COLLADO, C., & BAPTISTA LUCIO, P, *Metodología de la Investigación*. (2014). México: McGrawHill.
- Huamán Zúñiga, María Julyana, *Aplicación del Principio de Primacía de la Realidad en los Procesos de Alimentos*, Trujillo Perú, Universidad Privada Antenor Orrego, 2019, p. 69. Disponible en: [https://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/20.500.12759/4963/1/REP\\_DERE\\_MAR%C3%8DA.HUAM%C3%81N\\_APLICACI%C3%93N\\_PRINCIPIO.PRIMAC%C3%8DA.REALIDAD.PROCESOS.ALIMENTOS.pdf](https://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/20.500.12759/4963/1/REP_DERE_MAR%C3%8DA.HUAM%C3%81N_APLICACI%C3%93N_PRINCIPIO.PRIMAC%C3%8DA.REALIDAD.PROCESOS.ALIMENTOS.pdf).
- Podetti, Humberto A, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1997, p. 149. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/139/11.pdf>.
- Sánchez Castañeda, Alfredo, Reynoso Castillo Carlos, *La Nueva Legislación Laboral Mexicana*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. p. 39.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión. Disponible en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf\\_mov/Constitucion\\_Politica.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf).
- Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 16, 17 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Justicia Cotidiana (Solución de Fondo del Conflicto y Competencia Legislativa sobre Procedimientos Civiles y Familiares). Disponible en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/docleg/63/232\\_DOF\\_15sep17.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/docleg/63/232_DOF_15sep17.pdf).
- Contradicción de tesis 318/2018. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/ejecutoria/28857>. Gaceta del *Semanario Judicial de la Federación*. Libro 68, Julio de 2019, Tomo II, página 967.
- Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia y de Estudios Legislativos, Segunda, con relación a las iniciativas con proyectos de decreto que proponen modificaciones a diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia cotidiana (solución de fondo de conflicto y competencia legislativa sobre procedimientos civiles y familiares). Disponible en: [https://www.senado.gob.mx/comisiones/puntos\\_constitucionales/docs/Temas/JC\\_Dictamen\\_061216.pdf](https://www.senado.gob.mx/comisiones/puntos_constitucionales/docs/Temas/JC_Dictamen_061216.pdf).
- Tesis 2ª/J. 96/2019 (10ª). Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2020317>. Gaceta del *Semanario Judicial de la Federación*. Libro 68, Julio de 2019, Tomo II, página 998.
- Del dicho al hecho: Límites a la Aplicación del Principio de Primacía de la Realidad por parte de la autoridad administrativa de trabajo*. IUS La Revista. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/12197/12762.p.24>.
- Citado en Sobrino, Jon. "Fuera de los pobres no hay salvación. Pequeños ensayos utópico-proféticos", *op. cit.*, pp. 18 a 19.



# El derecho a la tierra y al territorio de los pueblos y comunidades indígenas: análisis de su desarrollo en las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Jaqueline Sáenz Andujo\*  
Jeannette Velázquez de la Paz\*\*

**Resumen:** El derecho de autodeterminación indígena reconocido en el artículo 2 constitucional y en diversos instrumentos internacionales constituye la base de una serie de derechos específicos relacionados con los ámbitos de decisión política, económica, social y jurídica al interior de las comunidades, dentro de los que destaca el derecho al territorio.

En este trabajo, las autoras desarrollan el contenido y límites de ese derecho, a la luz de algunas sentencias del máximo tribunal del país. El argumento central es que, en muchas ocasiones, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto conflictos del territorio con aplicación de estándares propios de derechos individuales, y no desde una perspectiva plural e intercultural, lo que ha instrumentalizado o vaciado de contenido el derecho de los pueblos y comunidades indígenas.

**Palabras clave:** Pluralismo jurídico e interculturalidad; derechos a la libre determinación, a la tierra y al territorio; derecho de los pueblos indígenas; y derecho agrario, territorio comunitario y ancestral.

**Sumario:** I. Introducción; II. El pluralismo, la interculturalidad y el derecho al territorio indígena; III. El territorio ancestral y el ejido; Problemáticas en torno a la resolución de conflictos comunitarios; IV. La propiedad colectiva y los recursos del subsuelo; V. El derecho a la consulta previa; VI. Conclusiones; VII. Bibliografía.

\* Maestra en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid. Secretaria de Estudio y Cuenta en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México. Opiniones a título personal.

\*\* Maestra en Derechos Humanos y Democracia por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales FLACSO-México. Secretaria de Estudio y Cuenta en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México. Opiniones a título personal. Agradecemos la asistencia de investigación en la elaboración de este trabajo a Jacinta Santacruz del Valle.



## I. Introducción

El artículo 2 constitucional y los derechos que ahí contiene están cifrados en clave colectiva. Aunque de ahí se deriven derechos correspondientes a las personas indígenas en lo individual, siempre es necesario reiterar que los derechos de las personas indígenas no están nunca desvinculados de su carácter cultural e identitario, lo que deriva, precisamente, de ser parte de una comunidad.

El derecho a la autodeterminación reconocido en el artículo 2 de nuestra Constitución —que tiene fuente también internacional, en específico, en el artículo 1, apartado 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y mismo artículo del del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), así como el artículo 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI)— comprende varios aspectos que van desde la libertad religiosa, la existencia propia de formas de justicia, el derecho a la lengua, el derecho al territorio —del cual nos ocuparemos en este trabajo—, entre otros; sin embargo, todos comparten, en esencia, una misma raíz que es la libertad cultural de los pueblos y las diferentes reivindicaciones que de esta se derivan.

Este derecho de autodeterminación indígena constituye la base del ejercicio de una serie de derechos específicos relacionados con los ámbitos de decisión política, económica, social y jurídica al interior de las comunidades que

forman parte de los pueblos indígenas. Es ese mismo derecho de autodeterminación el que garantiza las expresiones de identidad de sus integrantes y otros derechos individuales ligados a dicha identidad.

Ahora bien, en el desarrollo del contenido de estos derechos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha puesto énfasis en el componente o aspecto individual, quizá porque la mayoría se han desarrollado en el ámbito penal —y, lógicamente, porque subyace el liberalismo en la postura garantista del Estado de derecho constitucional y el centro fundamental lo componen los derechos individuales de las personas—.

Hasta ahora, en general, no encontramos un desarrollo destacable sobre derechos de las comunidades indígenas desde un enfoque colectivo, con la excepción<sup>1</sup> del derecho a la consulta previa.<sup>2</sup> Y, por eso, el objetivo de este trabajo es concentrarnos en uno de los derechos que consideramos de mayor relevancia como parte del derecho a la autodeterminación indígena: el derecho al territorio.

Para nosotras, el derecho al territorio, con los subderechos que este comprende —derecho al control del territorio, al uso y disfrute de los recursos naturales, a su defensa, etc.— es uno de particular importancia porque es el que posibilita en mayor medida, en una lógica de interdependencia de derechos humanos, el goce de los demás que corresponden a los pueblos y comunidades indígenas.

<sup>1</sup> Otra excepción en tratándose de la Suprema Corte de Justicia de la Nación pueden ser los criterios sobre “derecho a la lengua”. Véase la tesis aislada Tesis: 1a. CLIV/2016 (10a.), de rubro: PERSONAS Y PUEBLOS INDÍGENAS. EL DERECHO QUE TIENEN PARA EMPLEAR Y PRESERVAR SU LENGUA NO SE ENCUENTRA ACOTADO A UN ÁMBITO TERRITORIAL. Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 31, junio de 2016, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Página: 698.

<sup>2</sup> Véase la Tesis 1ª. CCXXXVI/2013 de rubro: COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS. TODAS LAS AUTORIDADES EN EL ÁMBITO DE SUS ATRIBUCIONES, ESTÁN OBLIGADAS A CONSULTARLOS, ANTES DE ADOPTAR CUALQUIER ACCIÓN O MEDIDA SUSCEPTIBLE DE AFECTAR SUS DERECHOS E INTERESES. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Materia Constitucional. Registro: 2004170.



La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el contenido y el estándar de garantía del derecho al territorio indígena;<sup>3</sup> sin embargo, creemos, no ha adoptado del todo una perspectiva comunitaria que es, necesaria, por lógica, cuando se examinan las problemáticas relacionadas con este derecho, y tampoco ha llevado hasta sus consecuencias propias el pluralismo jurídico y la perspectiva intercultural<sup>4</sup> que debe adoptarse en el análisis de estos asuntos.

No encontramos, todavía, algún pronunciamiento en torno a si son aplicables los mismos estándares de protección cuando se trata de comunidades o individuos quienes vienen a defender el territorio, si a ambos se les debe “suplir la queja” con la misma intensidad, si debe protegerse con mayor fuerza a la comunidad cuando tenga un conflicto con uno o minoría de sus miembros. Tampoco se ha analizado si el nivel de intervención (o activismo) de los juzgadores debe ser el mismo cuando se trata de proteger I) a *una persona indígena frente al Estado*, II) a *una comunidad indígena frente a otra* o III) a *una persona indígena frente a su comunidad*.

Específicamente, tratándose del derecho al territorio, esta problematización resulta muy necesaria pues el grado de intervención que haga la jurisdicción estatal para proteger los derechos de una comunidad o de una empresa o personas en lo individual podría implicar que se incurra en un menoscabo o desconocimiento de la jurisdicción, principios y normas comunitarias.

Nuestra opinión es que los derechos individuales y los derechos colectivos no se garantizan y protegen de la misma manera, y que la aplicación de estándares propios de derechos individuales a los conflictos del territorio termina por instrumentalizar o vaciar de contenido el derecho de los pueblos y comunidades indígenas. En muchas ocasiones la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto cuestiones litigiosas que requerían un abordaje distinto, con un enfoque más plural y colectivo y quizá menos dogmático desde una lógica de derechos, pero ha terminado por enfocarse en cuestiones formales —propio de un análisis tradicional de derechos—, hacer análisis aislados y ha instrumentalizado o postergado la solución del conflicto real subyacente.

A continuación, analizamos algunos casos en que la Suprema Corte se ha pronunciado sobre el contenido y/o límites del derecho al territorio indígena. Nos concentraremos en tres componentes del mismo: I) derecho al territorio ancestral y sus contraposiciones con el ejido, II) derecho a los recursos del subsuelo, y III) derecho a la consulta previa. Este último elemento —la consulta previa— es una garantía de los otros todos componentes del derecho a la autodeterminación; sin embargo, es de tal importancia que merece un énfasis en este trabajo puesto que sin el componente pluricultural y comunitario resulta ineficaz para la protección de los derechos que tiene por objeto.

Antes de pasar al análisis de los casos, construiremos, apenas sintéticamente, el

<sup>3</sup> Véase el Cuaderno de Jurisprudencia: Derecho a la Propiedad de la tierra, el territorio y los recursos naturales de los pueblos y comunidades indígenas. Centro de Estudios Constitucionales. Disponible en: [https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2020-10/DERECHO%20A%20LA%20PROPIEDAD\\_VERSION%20FINAL%20OCTUBRE.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2020-10/DERECHO%20A%20LA%20PROPIEDAD_VERSION%20FINAL%20OCTUBRE.pdf).

<sup>4</sup> Se ha debatido si debe usarse el termino pluricultural o multicultural o intercultural. Las diferencias conceptuales y filosóficas entre estos términos rebasan el objetivo de este trabajo. Pero adoptamos el término que ha usado la SCJN en su jurisprudencia más reciente.



marco conceptual que guía nuestro análisis y que está anclado en el pluralismo jurídico y la perspectiva intercultural, y propondremos

lo que consideramos el contenido del derecho a la autodeterminación y el subderecho correspondiente del control del territorio.

## II. El pluralismo, la interculturalidad y el derecho al territorio indígena

El pluralismo jurídico, pero más precisamente la perspectiva de interculturalidad que deriva de este, reconoce que los derechos de los individuos y de las comunidades indígenas derivan de diversas fuentes, unas estatales, otras propias e internas. No solo se trata de reconocer que las comunidades indígenas tienen sus propios sistemas normativos, sino de entender que existe un plano de coordinación entre ambos órdenes jurídicos.

El enfoque de pluralidad o interculturalidad en la resolución de los asuntos que involucren personas y comunidades indígenas es, en la práctica, un componente de la perspectiva de igualdad que debe regir en las resoluciones judiciales del Estado, tal como lo sería la perspectiva de género.

Específicamente, la interculturalidad debe ser entendida como una manera de aplicar una perspectiva de igualdad desde un enfoque diferenciado y, especialmente, de no subordinación puesto que señala y hace visibles las relaciones de poder y las tensiones internas, pero sobre todo externas que existen como parte de los estereotipos culturales negativos respecto de los pueblos y personas indígenas.

El citado enfoque implica, para quienes imparten justicia, analizar los casos no solo desde la normatividad y perspectiva externa del Estado, sino desde las propias normativas de los pueblos indígenas que parten y tienen diferentes concepciones sobre la dimensión individual de los derechos y la participación de sus miembros en el ejercicio de la vida comunitaria. Para eso, es muy importante tener en cuenta el contexto de los pueblos y comunidades indígenas bajo análisis, pues ello permite justamente ubicar en un tiempo, lugar y en un modo particular de entendimiento el problema de derechos y las posibles soluciones.

Ahora bien, desde nuestra perspectiva, las consecuencias prácticas y el nivel de intervención que adopten las juezas, desde el enfoque de pluralidad, deben ser diferentes —o con distinta intensidad— según se trate de I) personas indígenas, en lo individual, frente al proceso penal, o II) **de casos en que se trate de conflictos donde esté involucrada una comunidad indígena**,<sup>5</sup> en ejercicio, por ejemplo, de su derecho de autodeterminación.<sup>6</sup>

En los primeros, el nivel de intervención debe ser más intenso y debe partir de una

<sup>5</sup> Esta clasificación a su vez comprende diversos tipos de casos según se trate de una comunidad vs otra comunidad, una comunidad vs a uno de sus miembros o una comunidad vs la justicia estatal. Y cada una de estas categorías amerita diversos niveles de intervención según se derive del enfoque pluralista.

<sup>6</sup> Esta misma idea de “modulación” se desarrolla en la Tesis de maestría titulada *El caso del “Municipio indígena” de Cherán: una mirada a la luz del deber de garantía del derecho de autogobierno. Repensando la intervención jurisdiccional*, Jeannette Velázquez de la Paz, FLACSO México, julio de 2016.



postura “activa” —este término ha usado la Primera Sala—<sup>7</sup> para garantizar una serie de protecciones especiales que corresponden a las personas indígenas, por ejemplo, en el proceso penal. Pero en los segundos, se debe analizar el caso desde un enfoque de deferencia a las decisiones y sistemas normativos de la comunidad.

Pues bien, tratándose del derecho a la autodeterminación, y más específicamente al territorio indígena, la perspectiva intercultural exigiría dar prioridad, por regla general, a la comunidad frente a particulares, al territorio ancestral y a los intereses colectivos frente a proyectos privados o colectividades más recientes o industriales; y, sobre todo, a procurar menor intervención estatal y una mayor autodeterminación de los pueblos. Pero, como analizaremos en los apartados

subsecuentes, el enfoque con que se han resuelto los casos no atiende del todo a un enfoque colectivo ni pluricultural.

Ahora toca analizar, precisamente, el contenido del derecho a la autodeterminación y el subderecho al control del territorio, para verlo en clave de pluralismo y a la luz de sus componentes colectivos.<sup>8</sup>

El artículo 2 constitucional,<sup>9</sup> así como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT),<sup>10</sup> consagran los derechos sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes; particularmente el derecho de autodeterminación y los más específicos de autogobierno y autonomía territorial, como precisaremos más adelante. Estos derechos están también reconocidos en el PIDCP y el PIDESC, así como la DNUDPI.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Véase la Jurisprudencia 1ª.J./59/2013 (10ª), que es una jurisprudencia por reiteración, de 2013, en donde finalmente se consolidó el criterio de autoadscripción como categoría detonante de los derechos de las personas indígenas en el proceso penal, que se había venido dibujando desde resoluciones de 2008.

<sup>8</sup> En el siguiente subapartado, las autoras retoman y complementan parte del desarrollo plasmado en el Voto particular del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, en la Controversia Constitucional 121/2012, en donde colaboraron como redactoras.

<sup>9</sup> Artículo 2º. La Nación Mexicana es única e indivisible. [...]

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

[...]

V. Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución.

Artículo 27.

VII. [...]

La ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas

<sup>10</sup> Artículo 13

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos que ocupan o utilizan de alguna otra manera y en particular los aspectos colectivos de esa relación

2. La utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

<sup>11</sup> Artículo 3. Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural

Artículo 4 Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.

Artículo 26

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.



De estos artículos, se desprende la interdependencia de los derechos a la libre determinación de los pueblos y a sus territorios como espacio donde manifiestan su identidad cultural, su autonomía, condición política, entre otros.

El concepto de libre determinación o autodeterminación tiene un contenido amplio. Se ha entendido como el derecho que tienen los pueblos a poseer, controlar, administrar y gestionar un territorio —actual o ancestral— jurídicamente reconocido y respetado dentro del cual un pueblo, sin injerencias de ninguna especie, mantiene, desarrolla, recrea y proyecta todos los aspectos de su cultura particular y específica.<sup>12</sup> También es el derecho a ejercer control sobre su vida y participar de la adopción de las decisiones que les pueden afectar<sup>13</sup> o el derecho a determinar libremente su condición política, es decir, su propia estructura y condición jurídica particular.<sup>14</sup>

Los mismos pueblos y comunidades indígenas lo han definido a su manera, por ejemplo, la Federación Nativa del Río Madre de Dios y

Afluentes de Perú han descrito el derecho de la siguiente manera: “la autodeterminación organiza la relación entre los Pueblos Indígenas y el Estado, reconociendo siempre que los pueblos indígenas estaban aquí antes de los Estados, y por eso se debe proteger su continuidad histórica [...] Sin el derecho a decidir, no podemos proyectar nuestra continuidad histórica hacia el futuro, y garantizar la realización y ejercicio continuo de todos nuestros derechos esenciales. El derecho a la autodeterminación, el derecho de decidir nos permite mantener, proteger y extender nuestros proyectos como Pueblos Indígenas a través del tiempo”.<sup>15</sup>

La Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas<sup>16</sup> ha señalado que la libre determinación se entiende como un derecho de los pueblos indígenas a: controlar su pasado, en el sentido de desarrollar un relato propio de su historia; su presente, en lo que se refiere a poder mantener los elementos que les caracterizan como sociedades distintas; el control de su futuro,

3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

Artículo 27 Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas pertinentes, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado.

Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.

<sup>12</sup> Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena. Consultado en *Contribuciones a la discusión sobre derechos fundamentales de los pueblos indígenas*. Simposio Indolatinoamericano, México 1993.

<sup>13</sup> Según Nancy Fraser, en su libro “Scales of Justice” una forma pertinaz de discriminación estructural es la falta de representación; es decir, la injusta exclusión de las personas y pueblos de los espacios donde se toman las decisiones que les afectan. Así, el autogobierno no solo está subordinado a un espacio territorial, sino que se convierte en la posición que debe tomar el estado central en cualquiera interacción con las personas, pueblos y comunidades indígenas. El autogobierno no solo está atado a la tierra, también tiene una esfera de lo intangible.

<sup>14</sup> García Hierro, Pedro y Surrallés, Alexandre. *Antropología de un derecho. Libre determinación territorial de los pueblos indígenas como derechos humanos*. Grupo Internacional de Trabajo Sobre Asuntos de Indígenas (IWGIA), Copenhague 2009.

<sup>15</sup> Federación Nativa del Río Madre de Dios y Afluentes (FENAMAD) y Earth Rights Internacional, Respuesta conjunta al Cuestionario para el Informe Temático sobre el derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales, 26 de abril de 2020, pág. 25.

<sup>16</sup> Relatora Victoria Tauli-Corpuz Informe anual a la Asamblea General de Naciones Unidas donde se analiza el derecho de los pueblos indígenas a la autonomía o el autogobierno como ejercicio a su derecho a la libre determinación. 17 de julio de 2019 Español Original: inglés A/74/149.



con la seguridad de que serán capaces de sobrevivir como pueblos conforme a sus condiciones.

Asimismo, se ha dicho que el derecho a la libre determinación no proviene de las leyes nacionales ni del derecho internacional, sino que es un derecho originario, el cual proviene de un proceso de reconocimiento de la propia historia de los pueblos y comunidades indígenas y de sus antepasados, de su identidad diferenciada y la lucha por sus derechos.<sup>17</sup>

En ese sentido, los conceptos como soberanía, autogobierno y la tierra conservan una dimensión espiritual en el pensamiento indígena contemporáneo.<sup>18</sup> Con base en lo anterior, se entiende que los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas no deben ser concebidos como derechos creados u otorgados por el Estado u otras entidades, sino derechos primigenios, incluso antecesores de este.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado los elementos del derecho a la libre determinación, destacando primero que ese derecho se entiende y modifica a partir de las relaciones históricas, condiciones políticas y las transformaciones culturales. Conforme a los instrumentos y jurisprudencia de ese órgano y de la Corte Interamericana, los elementos de la libre determinación son, entre otros: a) autoidentificación o conciencia de su identidad; b) identidad cultural; c) propiedad colectiva, tierras, territorios y recursos naturales; d) derechos políticos y de participación; y e) derecho a decidir su desarrollo económico,

social y cultural. Destaca además que el derecho a la libre determinación es la premisa fundamental del derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado.<sup>19</sup>

Como se ve, en los citados instrumentos y la jurisprudencia que ha derivado de ellos, el derecho de autogobierno se desarrolla como parte del derecho de autodeterminación, reconocido, en específico, en el artículo 1, apartado 1, del PIDCP, y mismo numeral del PIDESC,<sup>20</sup> así como el diverso 3 de la DNUDPI. Pero, además este último derecho al autogobierno comprende un aspecto fundamental para el caso que nos ocupa: el derecho a la autonomía territorial.

El territorio comprende no solo las tierras —propiedad y posesión sobre un área determinada del subsuelo—, sino también el espacio más amplio de tierras y recursos naturales que, más allá de la propiedad, tienen una significación espiritual. Además, se ha adoptado un concepto de *territorialidad* entendida como el espacio para el ejercicio de la autonomía.

La Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas consideró que la posibilidad de que los pueblos indígenas disfruten de sus derechos a sus tierras, territorios y recursos naturales, constituye la condición más crucial para que puedan ejercer su autonomía o autogobierno, lo que define sus culturas e identidades como pueblos indígenas. Y afirmó que “las medidas que dan lugar a la fragmentación territorial y a la limitación de

<sup>17</sup> Intervención de Gobierno Territorial Autónomo de la Nación Wampís (Perú) en reunión con CIDH sobre gobiernos autónomos indígenas en Perú y Bolivia, 21 de mayo 2021.

<sup>18</sup> Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, Vol. 2 - Restructuring the Relationship, Ottawa: Canada Communications Group (1996), Pt. 1, p. 106. Traducción propia.

<sup>19</sup> *Derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales*. Comisión Interamericana de derechos Humanos, diciembre 2021. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LibreDeterminacionES.pdf>.

<sup>20</sup> Artículo 1

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.



la jurisdicción obstaculizan el ejercicio de la autonomía o el autogobierno”.<sup>21</sup>

Algunos expertos han señalado que, desde el punto de vista del territorio, la autodeterminación tiene una cara objetiva (la territorialidad) y una cara subjetiva (la titularidad), las cuales deben estudiarse a la luz de la Declaración de los pueblos indígenas. La territorialidad es la dimensión espacial de la libre determinación, es la forma en que el pueblo concibe y ejerce su relación con el hábitat que se atribuye como propio y con el que se identifica y tiene una dimensión cultural. Un problema del que se ha dado cuenta es que cuando esos territorios son legalizados a los pueblos indígenas no suelen coincidir con sus verdaderos territorios ni en extensión, ni en composición, ni en características, ni en atributos.<sup>22</sup> Esto quiere decir que debe valorarse la propiedad ancestral, que no se asociaba el concepto tierra con propiedad, sino que tiene múltiples acepciones.

El informe de la CIDH *Derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales (2021)* da cuenta del problema de fragmentación del territorio indígena y tribal. Por ejemplo, cuando la titulación no refleja la concepción propia del territorio o el Estado otorga títulos de propiedad por comunidades quedando excluidas otras áreas fundamentales para la vida de los pueblos ocasionando una desvinculación a los pueblos indígenas de su

territorio tradicional y dificultando el ejercicio de autonomía.

Además, el derecho territorial de los pueblos indígenas procede de la posesión continuada del territorio y no de su legalización por el procedimiento de titulación, ya que ese derecho no está sujeto al previo reconocimiento estatal.<sup>23</sup> En ese informe también se da cuenta de las dificultades de fragmentación del territorio por fronteras estatales, ya que con la fundación de los Estados-Nación se marcaron límites nacionales fragmentando territorios de los pueblos originarios sin respetar la territorialidad ancestral indígena que escapa muchas veces de límites territoriales y divisiones estatales.<sup>24</sup>

De hecho, varios grupos y comunidades indígenas se han pronunciado sobre la estrecha relación entre la libre determinación y el territorio. Integrantes de la antes referida Comunidad Quilombola señalaron que esta es la fuerte conexión de los integrantes de la comunidad con el territorio, que es el espacio de construcción de lazos familiares y sociales, de trabajo, de nacimiento, crianza y muerte de las personas. A su juicio, la libre determinación significa tener la posibilidad de permanecer en su territorio con dignidad y respeto.<sup>25</sup>

Conforme al Tribunal Interamericano, el derecho al territorio se funda en las culturas indígenas, y en sus sistemas ancestrales de propiedad, con independencia del reconocimiento estatal. Esto implica también

<sup>21</sup> Relatora Victoria Tauli-Corpus Informe anual a la Asamblea General de Naciones Unidas donde se analiza el derecho de los pueblos indígenas a la autonomía o el autogobierno como ejercicio a su derecho a la libre determinación. 17 de julio de 2019 Español Original: inglés A/74/149.

<sup>22</sup> García Hierro, Pedro y Surrallés, Alexandre. *Antropología de un derecho. Libre determinación territorial de los pueblos indígenas como derecho humanos*. Grupo Internacional de Trabajo Sobre Asuntos de Indígenas (IWGIA), Copenhague 2009.

<sup>23</sup> *Derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales*. Comisión Interamericana de derechos Humanos, diciembre 2021, párrafos 133 a 138. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LibreDeterminacionES.pdf>.

<sup>24</sup> *Derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales*. Comisión Interamericana de derechos Humanos, diciembre 2021, párr. 143. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LibreDeterminacionES.pdf>.

<sup>25</sup> Foro Suape Espacio Social y Ambiental y Asociación Quilombola Isla de Mercês, Respuesta al Cuestionario de CIDH para el Informe Temático sobre el Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales (2021).



el sistema consuetudinario de tenencia de la tierra que ha existido tradicionalmente entre las comunidades.<sup>26</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también reconoce que el territorio constituye un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, en consecuencia, de su identidad cultural. Asimismo, este es esencial para su supervivencia cultural y desarrollo.<sup>27</sup>

La propia Corte Interamericana se ha referido a las salvaguardas que el Estado debe cumplir a fin de garantizar el uso y goce de la propiedad colectiva. Enfatizando que esas salvaguardas pretenden resguardar la propiedad, así como el derecho de los pueblos indígenas a participar en decisiones que afecten sus derechos; en cuestiones atinentes a sus tierras los pueblos indígenas deben ser consultados de forma adecuada a través de instituciones representativas de los mismos.

Como queda evidenciado, las decisiones de los Estados que impacten o involucren a los derechos de autodeterminación y autogobierno de los pueblos y comunidades indígenas, deben resolverse siempre considerando la importancia superlativa de la identidad cultural como núcleo central de los mismos, y las salvaguardas específicas que de ello se detonan

—destacadamente el deber de consulta, sobre el cual volveremos más adelante—, las cuales deben servir siempre para evitar procesos de asimilación y de imposición de barreras o límites —muy específicamente los territoriales—. La asimilación y la imposición de soluciones o límites son, por definición, lo contrario a la autonomía y al autogobierno.

Por eso mismo, se ha convertido en una obligación para las Cortes Constitucionales analizar los asuntos que involucren estos derechos con una perspectiva de pluriculturalidad. Para eso, es muy importante tener en cuenta el contexto de los pueblos y comunidades indígenas bajo análisis, pues ello permite justamente ubicar en un tiempo, lugar y en un modo particular de entendimiento el problema de derechos y las posibles soluciones. Lo que, por supuesto, hace totalmente incongruente utilizar límites impuestos —o existentes— desde la época colonial a un conflicto o controversia que se ventile hoy ante los tribunales.

Nos resulta, así, de particular interés analizar los pronunciamientos que nuestro Tribunal Constitucional ha hecho y pasarlos por un rasero crítico para ver si se ajustan o no a los contenidos y límites que hemos descrito.

### III. El territorio ancestral y el ejido. Problemáticas en torno a la resolución de conflictos comunitarios

En este capítulo nos proponemos mostrar las dificultades actuales que los pueblos

y comunidades indígenas enfrentan en el ejercicio de derechos de posesión o propiedad

<sup>26</sup> CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 127.

<sup>27</sup> Corte IDH, Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 8 de octubre de 2015, párrafo 166. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_304\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf).



comunal, en específico cuando acuden a la vía jurisdiccional a defenderlos y cómo el derecho agrario en México no ha dado una respuesta satisfactoria que permita dirimir los conflictos entre las comunidades.

Como ya adelantábamos, la Corte Interamericana ha desarrollado en las últimas dos décadas el derecho a la propiedad comunal.<sup>28</sup> En el caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, por primera vez consideró que el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>29</sup> protege el derecho de propiedad, lo que incluye el derecho de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal.<sup>30</sup> También protege la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras, recursos naturales, elementos incorporales, entre otros.<sup>31</sup>

Sin embargo, en el ámbito interno, tenemos que en México el derecho agrario ha sido la vía y mecanismo principal,<sup>32</sup> donde se han intentado dirimir las cuestiones territoriales de los pueblos y comunidades indígenas. Mientras que las cuestiones sobre al territorio ancestral y las propiedades culturales e identitarias ligadas con el territorio han quedado relegadas. Ello se debe sobre todo a la configuración del núcleo ejidal

como objeto de protección a nivel constitucional y legal, pero también a la forma en cómo las cortes y, destacadamente, nuestro Tribunal Constitucional ha dado prioridad a dicha forma de tenencia territorial.

El actual artículo 27 de la Constitución prevé que la nación tiene la propiedad originaria de las tierras y aguas, pero dispone también la personalidad jurídica de los núcleos de población y que será la ley la que protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas. La Ley Agraria es reglamentaria de ese artículo y regula el régimen de propiedad social. Además, el artículo 2 constitucional establece el derecho a la libre determinación y autonomía para conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en la Constitución.<sup>33</sup>

Pues bien, para efectos de este artículo queremos centrarnos en dos asuntos: el amparo directo en revisión 607/2020 (Comisariado de bienes comunales del poblado indígena de San Juan Tlacotenco, Municipio de Tepoztlán, estado de Morelos) y el amparo directo 33/2020 (Comunidad indígena de Choréachi, estado de Chihuahua). Esto porque en ambas resoluciones se desarrolla más a fondo el derecho a la tierra

<sup>28</sup> Sobre este tema se puede consultar el *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 11. Pueblos indígenas y tribales*. Actualizado a 2018. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11.pdf>.

Ver además la sentencia (no incluida en el cuadernillo por ser más reciente): Corte IDH, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020, Serie C No. 400. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_400\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf).

<sup>29</sup> Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada.

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

<sup>30</sup> Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, no. 79, párr. 148. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_79\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf).

<sup>31</sup> Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C No. 346. Párr. 115. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_346\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf).

<sup>32</sup> Para un recuento de este desarrollo se sugiere revisar el *informe sobre la jurisdicción agraria y los derechos humanos de los pueblos indígenas y campesinos en México, 2018*. Fundación para el Debido Proceso.

<sup>33</sup> Artículo 2, apartado A, fracción V.



y al territorio de los pueblos y comunidades indígenas y la Corte —específicamente la Segunda Sala— realiza una interpretación a los artículos 2 y 27 constitucionales, así como del derecho agrario.

Sin embargo, no queremos dejar de mencionar un caso donde se ha sometido a escrutinio constitucional o legal una serie de cuestiones relacionadas con la posesión o propiedad de las tierras. Es un incidente de inejecución de sentencia<sup>34</sup> a raíz de un juicio de amparo promovido en el año de 1982 por el Comisariado Ejidal del Ejido de Tila, en el estado de Chiapas en contra de un decreto de 1980.<sup>35</sup> El incidente tiene una larga e imbricada secuela procesal que por décadas ha llevado a diversos recursos legales, e inclusive, ya ante la Suprema Corte, requirió el desahogo de diversas periciales y la discusión en varias ocasiones tanto en la Sala como por el Tribunal Pleno.<sup>36</sup> De este asunto podemos destacar que, en el 2013, cuando se discutió por el Tribunal Pleno, algunos ministros cuestionaron la introducción de un *enfoque indígena*.

Para algunos integrantes del Tribunal Pleno, el asunto debía observarse solo desde la legislación agraria y el ejido, sin tener en cuenta la calidad de comunidad indígena del pueblo Chol. Esto permite advertir una cierta resistencia hace una década —inclusive cuando se contaba

ya con una reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos (2011) y varios años de la reforma constitucional en materia indígena (2001)— a reconocer una calidad específica y una protección reforzada de los pueblos indígenas frente al orden jurídico.

La resolución del caso del Ejido Tila, por la Primera Sala, delimitó la materia de este incidente específico: precisar el verdadero sentido y alcance de la ejecutoria, las autoridades obligadas a su cumplimiento y la forma en que cada una de ellas debe participar para conseguirlo. Esto es que no se podía asumir el cumplimiento sustituto, ya que la restitución de la posesión de tierra, en su caso, depende de la afectación que haya producido la ejecución del decreto reclamado en los predios ubicados en las 130-39-53 hectáreas de la zona urbana (caserío). Consiguientemente, concluyó que de momento no era posible determinar si existía imposibilidad jurídica o material para dar cumplimiento a la sentencia definitiva dictada por el juzgado de Distrito y vinculó a las autoridades a realizar determinados actos. Entonces, ciertamente el litigio quedó de nueva cuenta irresoluto y obligó a las autoridades realizar una diversidad de actos con las consecuencias de conflictividad social que eso supone en la realidad.

<sup>34</sup> Sentencia recaída al Incidente de Inejecución de Sentencia 1302/2010, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, resuelto por unanimidad de cinco votos el 12 de septiembre de 2018.

<sup>35</sup> Decreto Número 72, emitido por la Quincuagésima Cuarta Legislatura del Estado de Chiapas, publicado por el Gobernador del Estado de Chiapas el 17 de diciembre de 1980, en el cual tuvo como consecuencias: a) la demarcación del Fondo Legal del Municipio de Tila, en el Estado de Chiapas, entendido por este como la porción de suelo destinada para la fundación y edificación del poblado, en el que se instalarían edificios de servicios públicos; b) la adjudicación de predios excedentes a personas de escasos recursos económicos por parte del Ayuntamiento, una vez que pasaran al patrimonio municipal.

Entonces, en esencia, el decreto determinó que en 130-39-53 hectáreas de la zona urbana (caserío) del ejido de Tila, Municipio del mismo nombre, en el mencionado Estado, quedaría demarcado el fondo legal del indicado Municipio.

<sup>36</sup> Se discutió en la sesión de Primera Sala de 5 de enero de 2011 donde se determinó mandarlo a Pleno para su resolución.



## **1. Amparo directo en revisión 607/2020 (Comisariado de bienes comunales del poblado indígena de San Juan Tlacotenco, Municipio de Tepoztlán, Estado de Morelos)<sup>37</sup>**

Este caso deriva de un juicio agrario iniciado en el año 2006, tramitado primero como una vía de jurisdicción voluntaria y luego como un juicio ordinario.

El poblado indígena de San Juan Tlacotenco demandó el reconocimiento de los derechos del artículo 2 constitucional por ser una población que habitan el territorio actual al iniciarse la colonización y que conserva sus propias instituciones. Además, demandó la constitución de un núcleo de población autónomo en términos agrarios; el reconocimiento como comunidad de hecho y de derecho en términos del 27 constitucional; la autonomía constitucional del poblado y la nulidad del decreto de reconocimiento y titulación de bienes comunales de 14 de noviembre de 1929. La comunidad destacó que solicitaban ser una comunidad indígena autónoma y no querían formar parte del ejido.

El ejido demandado, como defensa, señaló que había operado la cosa juzgada refleja, esto porque existió un juicio agrario en 1996 —resuelto en definitiva en noviembre de 2002— donde se concluyó que era improcedente la acción de reconocimiento y titulación de bienes comunales intentada por el poblado de San Juan Tlacotenco, Municipio de Tepoztlán, pues la superficie solicitada se localiza dentro de las hectáreas reconocidas y tituladas al poblado de Tepoztlán mediante resolución presidencial.

Seguido el juicio, en 2018 el tribunal agrario determinó que, efectivamente, se actualizaba la cosa juzgada con efectos reflejos y consideró

improcedente declarar a que ese poblado es una comunidad de hecho y de derecho pues forma parte del ente agrario de Tepoztlán.

La comunidad de San Juan Tlacotenco presentó un amparo directo, que fue negado. Entre otras cuestiones, el colegiado determinó que la quejosa no tiene derecho a separarse como una comunidad autónoma y debe mantenerse en la comunidad agraria a la que pertenece, porque el reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas no implica su independencia política ni su soberanía, sino solo la posibilidad de elegir libremente su situación dentro del Estado mexicano. Inconforme, la comunidad presentó un recurso de revisión. Alegó que una interpretación correcta de los artículos 2 y 27 constitucionales que protegen los derechos agrarios, reconocería el derecho a constituirse como un poblado indígena autónomo e independiente, con el reconocimiento de la tierra que posee y la titulación de bienes.

La Segunda Sala de la Suprema Corte confirmó la sentencia del Tribunal Colegiado y negó el amparo. Resolvió que ya estaba demostrada la excepción de cosa juzgada ya que existía un pronunciamiento firme y definitivo que reconoce al núcleo agrario de Tepoztlán, lo que no puede ser motivo de un nuevo pronunciamiento. Consideró además incorrecta la demanda de la comunidad en el sentido que ahora debe juzgarse a partir de las consecuencias jurídicas que derivan del artículo 2 de la Constitución. Estimó que el derecho constitucional y convencional a la libre determinación no es absoluto: “pues está acotado por el marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional, con la garantía, entre otras, de que podrán acceder,

<sup>37</sup> Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 607/2020, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, resuelto por mayoría de cuatro votos el 7 de octubre de 2020.



con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas constitucional y legalmente así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad”, además que “el derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas no puede ser entendido como la oportunidad para desconocer lo ya resuelto en un juicio agrario.

## 2. Amparo directo 33/2020 (Comunidad Indígena de Choréachi)<sup>38</sup>

A través de un juicio agrario iniciado en 2007, Comunidad Indígena Choréachi del municipio de Guadalupe y Calvo, Chihuahua, integrada por indígenas rarámuris, demandó la nulidad absoluta de la autorización de modificación del aprovechamiento de recursos forestales y programa de manejo forestal avanzado, otorgado a la Comunidad de las Coloradas, en el mismo municipio. Solicitaron también la nulidad de diversas resoluciones presidenciales, donde se dotó de terrenos a distintos poblados o comunidades (mismos que se traslapan con el territorio que habitan). La comunidad manifestó habitar su territorio de manera dispersa en una superficie aproximada de 15,200-00-00 hectáreas, con aproximadamente cuatrocientos habitantes desde tiempos inmemoriales, quienes han estado en posesión antes que cualquier asentamiento mestizo.

Seguido todo el juicio, el 28 de abril de 2017, el Tribunal Agrario dictó sentencia en la que declaró la nulidad del permiso de aprovechamiento y que, en caso de una nueva solicitud, se debía respetar el derecho a la consulta y ponderar los derechos posesorios que ejerce la comunidad indígena de hecho

denominada Choréachi, así como los derechos de titularidad que ejerce la comunidad de Las Coloradas. Además, declaró la improcedencia de las prestaciones donde solicitaba el reconocimiento y titulación de bienes comunales y la nulidad de las diversas resoluciones presidenciales.

La Comunidad Choréachi interpuso recurso de revisión. El Tribunal Superior Agrario conoció del asunto y revocó esa resolución porque consideró que no se había resuelto la totalidad de la litis. Concluyó que conforme al marco internacional se brinda una mayor protección al derecho de propiedad de los pueblos y comunidades indígenas lo que debía aplicarse en el asunto ejerciendo un control de convencionalidad *ex officio*. Valoró una multiplicidad de pruebas antropológicas, topográficas, testimonio, entre muchas otras, y determinó que existía una obligación de proteger el derecho fundamental de posesión de la comunidad indígena Choréachi sobre su territorio.

Entre otras cuestiones, declaró la nulidad parcial de las resoluciones presidenciales, ya que la Comunidad Choréachi acreditó que constituye una comunidad indígena que detenta en posesión una superficie de, pero no fue llamada a los procedimientos; se le reconoció como una comunidad en términos de la ley agraria; se declaró la nulidad parcial de las asambleas de delimitación, destino y asignación de tierras celebradas en el Ejido Pino Gordo y en las Comunidades Las Coloradas y Tuaripa, así como de los planos internos en cuanto a la superficie que se sobrepone a la que es materia de la acción de reconocimiento de la comunidad se reconoció como comuneros de la Comunidad de Choréachi a las 249 personas que instaron la acción.

<sup>38</sup> Sentencia recaída al Amparo Directo 33/2020, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, resuelto por mayoría de cuatro votos el 30 de junio de 2021.



Los integrantes del Comisariado del Ejido Pino Gordo, del mismo municipio, presentaron un amparo directo señalando la violación a los derechos humanos de posesión, propiedad y uso del ejido, así como de aplicación retroactiva de la ley, por no aplicar la legislación vigente cuando se creó el ejido vía resoluciones presidenciales de dotación (1961) y de ampliación (1967).

La Corte ejerció su facultad de atracción para conocer del caso. Resolvió conceder el amparo al Ejido Pino Gordo. Destacó que la controversia agraria versa sobre la demanda de reconocimiento que pretende la Comunidad Indígena de hecho Choréachi (también conocida como Pino Gordo), el derecho de posesión ancestral sobre una superficie que dice detentar y que se encuentra protegida constitucionalmente por el artículo 2 y convencionalmente por el Convenio 169 de la OIT. Por otro lado, el Ejido Pino Gordo, así como la comunidad Las Coloradas de los Chavez y la comunidad Tuaripa, integrados por rarámuris y tepehuanos, señalan el derecho de propiedad otorgado por el Presidente de la República a través de las resoluciones derivadas del procedimiento previsto por la Constitución y leyes vigentes en la época.

La Corte realizó múltiples pronunciamientos sobre la legislación aplicable y los actos que pueden ser o no motivo de impugnación y concluye, esencialmente, diciendo que

la Comunidad de Choréachi perdió el derecho a impugnar vía amparo la resolución de dotación de tierras de 14 de noviembre de 1961, dentro del término de quince días que contaba para hacerlo, por tanto, el acto se consintió tácitamente<sup>39</sup>. En cuanto a la resolución presidencial de 17 de octubre de 1967 sobre ampliación de ejido al poblado Pino Gordo, así como las resoluciones de 5 de agosto de 1969 de reconocimiento y titulación de bienes comunales a favor del poblado de Las Coloradas y la resolución de 5 de agosto de 1969 a favor del poblado Tuaripa, les es aplicable el término abierto —*en cualquier tiempo*— para presentar el amparo contra actos que pudieran tener el efecto de privar total o parcialmente la propiedad, posesión o disfrute de los bienes agrarios.<sup>40</sup>

La Segunda Sala señaló que para dar solución al conflicto debía atenderse por una parte la evolución que han tenido los derechos de los pueblos y comunidades indígenas tanto a nivel nacional como internacional y, por otra parte, la regulación existente en la época en que se emitieron las resoluciones presidenciales de las cuales se exige su nulidad.

La sentencia<sup>41</sup> consideró el derecho sobre propiedad de la tierra de los pueblos y comunidades tiene su origen en el artículo 27 de la Constitución que señala que la ley reglamentaria establecerá los lineamientos, todo esto en el marco de respeto a

<sup>39</sup> Del expediente se advierte que la comunidad de hecho Choréachi se manifestaron conocedores de las resoluciones presidenciales por lo menos desde el 1 de febrero de 2001 fecha en que presentaron una jurisdicción voluntaria, entonces a partir de ese momento contaban con 15 días para presentar el amparo. Fue hasta el 15 de marzo de 2007 que acudió ante el tribunal agrario a demandar su nulidad, pero esta no era la vía ya que resulta aplicable el Código Agrario de 1942 y no previa la posibilidad de impugnar la resolución presidencial de dotación por la vía ordinaria.

<sup>40</sup> Sin embargo, la comunidad de hecho Choréachi no hizo valer juicio de amparo, sino que las impugnó a través de la vía de nulidad. No obstante, en vista que en el expediente consta una resolución de un tribunal colegiado de junio de 2006 en la cual consta una resolución que confirmó el sobreseimiento decretado en el juicio de amparo que se interpuso contra los actos presidenciales, porque estimo que debía agotarse el principio de definitividad, al ser una resolución terminal de legalidad y a efecto de no causar violaciones en los derechos humanos de la comunidad se atenderá al estudio correspondiente.

<sup>41</sup> *Op. cit.* 55, párrafos 56-92.



derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad. El artículo 2 establece cómo se va a ejercer el derecho de propiedad sobre la tierra, lo que se traduce en prerrogativas a tener y usar las tierras en mejores condiciones. El derecho a la libre determinación de los pueblos no es absoluto y se encuentra acotado por el marco constitucional de autonomía que asegura la unidad nacional.

Así, tanto la comunidad demandante como el ejido demandado (quejoso) se encuentran protegidos por los artículos 2 de la constitución, 24 de la DNUDPI, 21 de la Convención Americana y el Convenio 169. El principio de libre determinación y el respeto de sus usos y costumbres sí rige hacia el pasado, pero debe atenderse al mejor derecho sobre la tierra para respetar el principio de seguridad jurídica. Por ello, se debe resolver a partir de los lineamientos constitucionales y la normativa existente en la legislación aplicable en la época en que acontecieron los hechos, además, debe ponderarse los derechos de cada una de las partes.

Por último, la sentencia estudia la legislación aplicable al momento de los hechos<sup>42</sup> y determina que tanto las comunidades y el ejido han existido desde tiempos inmemoriales y detentado la posesión de la tierra, han vivido compartiendo el mismo territorio. Las diferencias van surgiendo a lo largo del tiempo y se van generando nuevos asentamientos; desde hace varias décadas se enfrenta una problemática agraria ante la omisión de las autoridades de no haberles reconocido derecho alguno dentro del proceso de creación del Ejido Pino Gordo y la Comunidad Las Coloradas. De las pruebas advierte que reconocieron que antes eran un solo grupo, todo esto para

concluir que se trata de una misma comunidad en la cual, durante el periodo de dotación de tierras en el país, solo una parte acudió ante las autoridades a obtener la titulación de sus tierras a través de los procedimientos de dotación y ampliación.

Entonces, deben prevalecer los derechos generados con las resoluciones presidenciales, puesto que esos derechos fueron generados hace sesenta años, no se cuenta con la seguridad de que las tierras que ahora pretende la comunidad de hecho sean las mismas que dice haber poseído ancestralmente y por seguridad jurídica, porque durante los más de treinta y ocho años que sucedieron antes que la comunidad ejerciera acción legal, innegablemente los entes agrarios han generado derecho sobre su tierra.

### **3. Crítica a la prevalencia del ejido sobre otras demandas territoriales y falta de resolución de los conflictos intercomunitarios**

Los dos asuntos relatados nos permiten observar que, para la Suprema Corte, los conflictos agrarios deben resolverse conforme al derecho agrario mexicano. Si bien interpreta los artículos 2 y 27 constitucionales y retoma en sus sentencias los instrumentos internacionales aplicables, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana, lo cierto es que resuelve exclusivamente en el marco de la Ley Agraria sin un diálogo real y efectivo del parámetro internacional que se encuentra ampliamente desarrollado por la Corte Interamericana.

En el asunto de la Comunidad Indígena de San Juan Tlacotenco, si revisamos detenidamente la sentencia de la Corte,

<sup>42</sup> *Op. cit.* 55, párrafos 96-126.



podemos observar que no existe un desarrollo amplio y actual del derecho a la libre determinación y a la autonomía. Esencialmente replica un muy cuestionable<sup>43</sup> criterio de la Primera Sala<sup>44</sup> que considera que el derecho a la libre determinación se debe ejercer en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional como límite de aquel derecho; solo implica que los pueblos y comunidades indígenas pueden elegir libremente su situación dentro del Estado mexicano, para determinar su suerte, siempre y cuando se preserve la unidad nacional. Discrepamos absolutamente con la idea de que el hecho de proveer de autonomía a una comunidad respecto del ejido rompería con la unidad nacional.

En el caso, la Sala no se pronuncia sobre un contenido más robusto del derecho a la libre determinación, pero sí afirma que no puede tener el efecto de desconocer la calidad de cosa juzgada de una sentencia previa, esto es: da absoluta preferencia a una cuestión procesal que quizá no fuera siquiera oponible a la comunidad, por sobre la cuestión de fondo.

Merece mención específica el voto concurrente emitido por uno de los ministros<sup>45</sup> que consideró primero que no existía cosa juzgada respecto del planteamiento que realiza la comunidad a la luz del 2 constitucional. Además, estimó que la sentencia subordina las pretensiones del poblado sobre el reconocimiento de derechos como comunidad indígena a su reclamo de tierras, pero en su opinión debieron ser respondidas por las menos dos preguntas: ¿Acaso no pueden existir comunidades indígenas independientes de otras, con lenguaje, costumbres y creencias propias, si no tienen tierras o si en un juicio no demostraron tener la posesión de las tierras que reclaman? ¿Si un poblado indígena, por alguna cuestión no logra obtener el reconocimiento de tierras, ya no puede tampoco obtener el reconocimiento de su calidad de comunidad indígena en términos del artículo 2 constitucional?

A nuestro parecer, la Corte cierra las vías para la resolución eficaz de los conflictos intercomunitarios. Todo lo reduce al sistema ejidal o comunal sin problematizar sobre las demandas referidas a propiedad ancestral.

<sup>43</sup> Inclusive la Segunda Sala un asunto previo desarrolló el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y el respeto a sus usos y costumbre y determinó que no es absoluto sino se encuentra acotado por los propios límites previstos en la Constitución. Si bien deben tomarse en cuenta las costumbres de los pueblos indígenas, esto no puede realizarse fuera del Estado en el que viven y tampoco puede entenderse en el sentido que aliente o autorice acción alguna encaminada a quebrar o menoscabar total o parcialmente la integridad territorial o la unidad política de estados soberanos e independientes. Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 7735/2018, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Javier Laynez Potisek, resuelto por unanimidad de votos el 7 de agosto de 2019.

<sup>44</sup> Tesis: 1a. XVI/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, Tomo XXXI, Febrero de 2010, página 114. Registro digital: 165288. DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS. SU LÍMITE CONSTITUCIONAL.

Tesis: 1a. XVII/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, Tomo XXXI, Febrero de 2010, página 115. Registro digital: 165270. EJIDOS Y COMUNIDADES AGRARIAS. AL CONSTITUIR FORMAS DE ORGANIZACIÓN INTERNA ESTABLECIDAS CONSTITUCIONALMENTE, EL FUNCIONAMIENTO DE LA ASAMBLEA GENERAL, ASÍ COMO LA ELECCIÓN DEL COMISARIADO, SON ACTIVIDADES QUE NO FORMAN PARTE DEL EJERCICIO DEL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS.

Estas tesis derivaron del Amparo directo 3/2009. Alejandro Paredes Reyes y otros. 21 de octubre de 2009. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada.

<sup>45</sup> Voto concurrente que formula el ministro José Fernando Franco González Salas a la Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 6077/2020, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, resuelto por mayoría de cuatro votos el 7 de octubre de 2020.



La Corte omite absolutamente como una posibilidad para la eventual titulación el hecho que señalen que desde tiempos inmemoriales o por lo menos desde tiempo previos o contingentes a la colonia habitan las tierras. Para la Suprema Corte no hay posibilidad de detentar otras formas de propiedad salvo el ejido —en muchas ocasiones conformados por campesinos mestizos no indígenas— o los bienes comunales, diciendo inclusive que si el ejido lo permite pueden separarse de la comunidad, pero paradójicamente, considera el Máximo Tribunal no puede realizar un pronunciamiento constitucional —inclusive en un control *ex officio*— sobre las demandas territoriales.

Una crítica similar se advierte en el segundo caso de análisis. La comunidad de Choréachi insiste en que ha detentado ancestralmente los territorios, pero para la Corte, el único marco posible es el sistema de dotación, reconocimiento o restitución que se emprendió el siglo pasado, sin priorizar o dialogar por lo menos con la detentación de territorios y si establece un derecho preferente. Evidencia además que el derecho agrario sigue siendo rígido y no dinámico y no está dando solución a problemas actuales. También evidencia la escisión entre tierra y territorio,<sup>46</sup> ya que el derecho agrario solo se ocupa de las formas de tenencia de la tierra tanto para campesinos mestizos como para pueblos indígenas, pero sin incorporar el concepto de territorio que incluye la totalidad del hábitat, esto es no solo la tierra sino las aguas, espacio aéreo, medio ambiente, lagunas sagradas, centros ceremoniales.<sup>47</sup>

Recordemos además que el territorio es un concepto clave para la libre determinación de los pueblos y el ejercicio colectivo de los mismos.

Uno de los ministros votó en contra y manifestó<sup>48</sup> dos preocupaciones principales: 1) falta de información sobre los hechos del caso pues no había claridad sobre quién había sido el poseedor inmemorial, porque no se les había reconocido esa calidad en las resoluciones presidenciales, porque tardaron tanto en pedir su reconocimiento, entre otras; 2) indebida interpretación del derecho a que se reconozca la posesión inmemorial de la tierra de las comunidades indígenas, entendiéndose que si bien “la versión más sólida de los hechos es que el Ejido Pino Gordo y la comunidad de hecho Choréachi (...) derivan de un mismo grupo que se fue dividiendo por los arreglos de propiedad (...) Eso no implica por sí mismo, como parecen afirmar el Tribunal Superior Agrario y la resolución, que eran una misma comunidad recientemente y mucho menos, que lo mismo se pueda sostener de Coloradas y Tuaripa”.

Nosotras coincidimos con esa crítica. Era necesario un cuestionamiento sobre propiedad ancestral y la preponderancia que pudiera tener frente a títulos posteriores, como en este caso de resoluciones presidenciales. Porque la Corte inclusive hace una afirmación contradictoria, dice que a partir de la dotación de las tierras mediante las resoluciones presidenciales quienes habitan los territorios —recordemos que en este caso se alega un traslape de la comunidad de Choréachi con otras comunidades y ejidos— han adquirido derechos pues han detentado el territorio por

<sup>46</sup> Sobre este tema se sugiere revisar el *Informe sobre la jurisdicción agraria y los derechos humanos de los pueblos indígenas y campesinos en México*, Capítulo 1.3 Propiedad social sin autonomía de jure: escisión entre tierra y territorio.

<sup>47</sup> Gómez Rivera, María Magdalena, *Lectura comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*. Suprema Corte de justicia de la Nación, Ciudad de México, 2018, 1ª edición, pág. 188.

<sup>48</sup> Voto particular formulado por el ministro Javier Laynez Potisek, Sentencia recaída al Amparo Directo 33/2020, Segunda Sala de la Suprema Corte de justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, resuelto por mayoría de cuatro votos el 30 de junio de 2021.



más de 38 años con esos títulos. Pero nada se atreve a decir sobre el cuestionamiento principal relativo a la propiedad que han detentado desde tiempos inmemoriales la comunidad demandante.

Al final, la respuesta del Corte es limitada, por un lado realiza un amplio desarrollo —o por lo menos mención— del derecho internacional y da cuenta de los marcos regulatorios que han avanzado en el reconocimiento de estos derechos, pero termina diciendo que no se puede desconocer la legislación aplicable, por tanto, en una falsa solución considera que se deben ponderar los derechos de unas y otras comunidades —al tener todas calidad de indígenas— pero que para resolver debe partir de la inmutabilidad de las resoluciones presidenciales, por tanto, realmente ¿cuál es el margen de acción del Tribunal Superior Agrario para ponderar los derechos de unas y otras comunidades cuando la situación de derecho,

que beneficia a los otros ejidos y comunidades, no fue anulada?

La *Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas* en su informe sobre México es contundente al señalar que el régimen agrario de ejidos tierras comunitarias y propiedad privada y las autoridades e instituciones que establece, no responden a las necesidades de los pueblos indígenas y no se ajustan a las obligaciones internacionales del país que reconocen los derechos territoriales. Así, llama la atención al hecho de que el acceso a la justicia agraria es limitado: los procedimientos disponibles no son sencillos ni accesibles; se obtienen resultados limitados y la demora en estos casos crea conflictos intracomunitarios. Asimismo, destaca que las autoridades ejidales no necesariamente coinciden con las autoridades representativas de las comunidades indígenas y, en muchos casos, están en conflicto con ellas.<sup>49</sup>

## IV. La propiedad colectiva y los recursos del subsuelo

En este apartado nos referiremos al derecho de propiedad de los pueblos y comunidades indígenas en relación con el uso y disfrute de los recursos naturales. En particular sobre los recursos del subsuelo y la actividad minera puesto que en México los pueblos y comunidades indígenas enfrentan graves afectaciones por la industria extractiva.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, que gran parte de las

actividades extractivas en los países de la región —principalmente de minería e hidrocarburos— se desarrollan en tierras y territorios históricamente ocupados por pueblos indígenas y tribales que suelen coincidir con zonas que albergan gran cantidad de recursos naturales.<sup>50</sup>

En esa línea, OXFAM, en su informe *Minería y Privilegios. Captura política y desigualdad en el acceso a los bienes comunes naturales en México*<sup>51</sup> refiere que de 2000 a 2008 se otorgaron más

<sup>49</sup> Organización de las Naciones Unidas. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre su visita a México, 28 de junio de 2018, A/HRC/39/17/Add.2. párr. 18 a 20. Disponible en: [https://hchr.org.mx/wp/wp-content/themes/hchr/images/doc\\_pub/2018-mexico-a-hrc-39-17-add2-sp.pdf](https://hchr.org.mx/wp/wp-content/themes/hchr/images/doc_pub/2018-mexico-a-hrc-39-17-add2-sp.pdf).

<sup>50</sup> CIDH, Informe *Pueblos indígenas comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción explotación y desarrollo* (2015).

<sup>51</sup> Oxfam México. *Minería y Privilegios, captura política y desigualdad en el acceso a los bienes comunes naturales en México. Estudio de caso sobre San José del Progreso Oaxaca*. Agosto de 2018. Disponible en: [https://oxfamMexico.org/wp-content/uploads/2019/05/Mineri%CC%81a-y-privilegios-WEB\\_0.pdf](https://oxfamMexico.org/wp-content/uploads/2019/05/Mineri%CC%81a-y-privilegios-WEB_0.pdf).



de 24,000 concesiones mineras y en 2017 llegaron a 25,500 lo que corresponde al 13.5 del territorio nacional.

Otro dato relevante es que, entre los años 2000 a 2012, de los 28 millones de hectáreas identificadas como núcleo duro de los territorios indígenas se concesionaron alrededor de 2,173,141 hectáreas principalmente para la minería metálica lo que se traduce en que los últimos años los indígenas han perdido la jurisdicción de 17 % de su territorio tan solo por concesiones mineras y frecuentemente las comunidades ni siquiera se han enterado.<sup>52</sup>

El informe *Bosques comunitarios y minería en México*,<sup>53</sup> como resultado una investigación cartográfica, revela que de los 13,422 ejidos y comunidades agrarias con más de 200 hectáreas de bosque o selva, 5,222 (39 %) tienen una fracción de su territorio concesionado para la minería. De esos 5,222 núcleos agrarios hay 12,616 concesiones mineras, lo que representa 48.2 % de las concesiones mineras otorgadas en México (de un total de 26,142 concesiones).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que existe una interconexión entre el derecho de los miembros de los pueblos y comunidades indígenas y tribales al uso y goce de sus tierras y el derecho a esos recursos necesarios para su supervivencia. También ha señalado que el derecho de propiedad del artículo 21 de la Convención, está sujeto a límites y restricciones — bajo ciertas condiciones incluidos el derecho de propiedad y los derechos sobre los recursos naturales

que se encuentren en el territorio— conforme a los criterios siguientes:<sup>54</sup>

- A) La ley puede subordinar el uso y goce de los bienes a los intereses de la sociedad.
- B) Cuando se restringe el uso y goce del derecho a la propiedad, esas restricciones deben: I) estar previamente establecidas por ley; II) ser necesarias; III) proporcionales y IV) que tengan el fin de un objetivo legítimo en una sociedad democrática.
- C) Un factor crucial a considerar es si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbre de modo que se ponga en peligro su subsistencia.

Adicionalmente, la Corte enfatizó que, cuando se trata de recursos naturales que se encuentran en el territorio de una comunidad indígena, además de esos criterios, el Estado debe verificar que no implique una denegación de la subsistencia del pueblo indígena, para lo cual es Estado debe cumplir con las siguientes salvaguardias:<sup>55</sup>

- A) Efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice el derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala.
- B) La realización de un estudio de impacto ambiental.

<sup>52</sup> Valladares de la Cruz, Laura, *El despojo de los territorios indígenas y las resistencias del extractivismo minero en México*. En *Etnicidad, territorio y pueblos indígenas: paradojas y desafíos de las políticas neoliberales*, núm. 28. diciembre de 2017. Consultado el 5 de julio de 2022 en: <https://journals.openedition.org/eces/2291>.

<sup>53</sup> Consejo Civil Mexicano para la Silvicultura Sostenible, asociación civil. Informe *Bosques comunitarios y minería en México*, mayo de 2021. Disponible en: [https://www.ccmss.org.mx/wp-content/uploads/2021\\_09\\_BosquesYMineria\\_fn.pdf](https://www.ccmss.org.mx/wp-content/uploads/2021_09_BosquesYMineria_fn.pdf).

<sup>54</sup> Corte IDH. Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam, sentencia de 28 de noviembre de 2007. Párrafos 125 a 128. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf).

<sup>55</sup> Corte IDH, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Párrafos 148 a 158. Disponible en: [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf).



- C) En su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales (como una forma de justa indemnización).

Como ya dijimos, en México el parámetro de control para la propiedad de los pueblos y comunidades indígenas se encuentra en los artículos 2 y 27 de la Constitución. En ellos se establece su derecho al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades (salvo áreas estratégicas);<sup>56</sup> además, la ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas.

La CIDH en su informe *Derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales* (diciembre 2021) ha observado que los ordenamientos internos por lo general impiden la posibilidad de que los pueblos indígenas sean titulares de derechos de propiedad sobre los recursos naturales que conforman el hábitat de sus territorios. También ha señalado que los Estados deben abstenerse de usar conceptos como *utilidad pública*, *interés social* o similares para favorecer el sector privado encima del bien común y de los derechos de las comunidades indígenas, pues hay prácticas que excluyen a los pueblos y obstruyen su derecho a la libre determinación sobre sus tierras y territorios.

Con estos lineamientos en mente, hemos seleccionado un caso que, consideramos, mejor refleja las problemáticas en el ejercicio de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.

## 1. Síntesis y descripción caso de la comunidad nahua de Tecoltemi<sup>57</sup>

La comunidad indígena nahua de Tecoltemi, en Puebla, promovió un amparo indirecto en abril de 2015. Reclamó la emisión de dos títulos de concesión minera bajo los nombres “Cerro grande” y “Cerro grande 2”, en contra de diversas autoridades; además impugnaron la constitucionalidad de los artículos 6, 10, 15 y 19, fracciones I, II, IV, V, VI y VIII, de la Ley Minera, mismos que fueron aplicados en perjuicio de la parte quejosa mediante la emisión de los títulos de concesión minera.

Seguido el juicio, la jueza de Distrito dio parcialmente la razón a la parte quejosa y se pronunció solo sobre la falta de previsión de consulta en la Ley Minera. Tanto la comunidad como la empresa minera y las autoridades recurrieron esa determinación.

El asunto llegó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y su estudio giró en torno a cuatro aspectos principales, de los

<sup>56</sup> De acuerdo con el artículo 28, párrafo cuarto, de la constitución, “[...] áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; minerales radiactivos y generación de energía nuclear; la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, y la exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, en los términos de los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 de esta Constitución, respectivamente; así como las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. [...]”.

La Segunda Sala de la SCJN, al resolver el amparo 415/2015 señaló que las “áreas estratégicas”, son aquellas actividades económicas reservadas para uso exclusivo del Estado, a través de los organismos y empresas que requiera para su eficaz manejo, que ameritan esa categoría por razones de interés general necesario para el desarrollo económico del país, es decir, son aquellas funciones identificadas con la soberanía económica, los servicios a cargo exclusivo del Gobierno Federal y la explotación de bienes de dominio directo, que por su significado social y nacional se orientan por el interés general que solo garantiza el manejo del Estado, tal como lo estableció el Poder Revisor de la Constitución.

<sup>57</sup> Sentencia recaída al amparo en revisión 134/2021, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, resuelto por unanimidad de votos respecto de la cancelación de los títulos de concesión y mayoría de cuatro votos respecto a la constitucionalidad de la Ley Minera el 16 de febrero de 2022.



cuales en este artículo se estudiará el relativo a si la Ley Minera viola el derecho a la tierra, territorio y recursos naturales de los pueblos y comunidades indígenas.

La Sala determinó conceder el amparo y cancelar las concesiones por no haber realizado la consulta indígena. Esa decisión implicó un gran avance para los derechos de los pueblos y comunidades indígenas al reafirmar la necesidad de realizar una consulta de manera previa a la emisión de concesiones mineras y la necesidad de obtener su consentimiento bajo ciertos supuestos.

En lo relativo al derecho a la tierra, territorio y recursos naturales, la comunidad alegó que se violaba por la Ley Minera por el deber que tiene el Estado de abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos de los pueblos indígenas a la propiedad, posesión, uso y disfrute de su territorio. Lo anterior con base en la protección especial reconocida en el artículo 27, fracción VII, primer párrafo del texto constitucional.<sup>58</sup>

Insistió en que, si bien la Constitución Federal establece en el párrafo cuarto de su artículo 27, que corresponde a la Nación el dominio directo de todos los minerales, es cierto que el Estado carece de potestad para emitir legislaciones y concesiones que contravengan los derechos fundamentales como pueblos, comunidades

y personas indígenas. Por lo que debería dar prioridad y preferencia al uso, aprovechamiento, posesión y propiedad de la tierra y el territorio de las comunidades indígenas y de los núcleos agrarios; por el contrario, son inconstitucionales los artículos que dan preferencia a la realización de actos para la exploración y explotación minera.

Al resolver el amparo, la jueza de Distrito no se pronunció sobre este tema. En los agravios del recurso de revisión la comunidad indígena insistió en la inconstitucionalidad de los artículos de la Ley Minera ya señalados, ya que limitan o anulan el ejercicio del derecho a la tierra y territorio de la comunidad, como pueblo indígena y como ejido, pues tienen como efecto la privación de la posesión, uso, aprovechamiento, disfrute e incluso propiedad del territorio.

La Corte aclaró que las concesiones mineras sí constituyen derechos sobre las tierras que amparan y, por tanto, las comunidades indígenas, desde el momento de su emisión se encuentran en una situación de permanente expectativa. Estas generan una afectación al derecho de los pueblos a su autodeterminación desde su emisión, pues resta a la población indígena la capacidad de otra alternativa diferente a la minería.<sup>59</sup>

<sup>58</sup> Alegaron además que el artículo 19 de la Ley minera concede al titular de las concesiones el derecho a realizar obras y trabajos de exploración y explotación dentro de los lotes mineros, por ello es evidente que para llevar a cabo dichas actividades se debe acceder, poseer, usar u afectar el terreno. Ese artículo también otorga al particular el derecho de expropiación, que corresponde exclusivamente al estado bajo el cumplimiento de ciertas condiciones, lo que priva a la comunidad de su derecho de propiedad. Mientras que los artículos 6° y 19, fracciones I, II, VI y VIII, al conceder al titular de las concesiones, el derecho a disponer y usufructuar de manera exclusiva la tierra y el territorio de la parte quejosa, niegan su derecho de usar y disfrutar del territorio, así como la propia existencia de la propiedad ejidal.

Por su parte, el artículo 15 de la Ley Minera, en relación con la fracción XII del artículo 19, permite que dichas violaciones se continúen realizando hasta por cien años, lo cual condena a la quejosa a la pérdida total de su tierra, territorio y recursos naturales.

<sup>59</sup> Amparo en Revisión 134/2021, versión pública, párrafo 152 “En resumen, las concesiones mineras no generan una expectativa de derecho, sino constituyen claramente derechos sobre las tierras que amparan, independientemente que sean o no de la propiedad del concesionario, pues, a partir de su expedición, se establece el derecho a acceder a los mecanismos de su obtención, ya sea a través de la expropiación, ocupación temporal o servidumbre”.

Párrafo 153 “Además, por sí mismo, el otorgamiento de una concesión minera supone un acto administrativo unilateral, por parte del Estado, en donde los pueblos indígenas se encuentran, desde ese momento, obligados a soportar la carga en situación de permanente expectativa.



Sin embargo, consideró que los artículos impugnados no violentan el derecho a disponer, usar y disfrutar de su territorio, porque el régimen del artículo 27 constitucional sobre los minerales, es propiedad de la nación y solo esta puede establecer las modalidades necesarias para el aprovechamiento de los recursos minerales.<sup>60</sup> Además destacó que, a nivel interamericano se ha reconocido la soberanía de los Estados para explotar sus recursos naturales, para ello, el Estado tiene el derecho de otorgar concesiones a terceros para las actividades de exploración y explotación de los minerales.<sup>61</sup>

Señaló que “puede ocurrir que dicha potestad de concesión se vea en conflicto cuando los territorios o zonas en los que se encuentren dichos recursos estén en un régimen de propiedad privada o, como es el caso, sujetos a una protección convencional y constitucional en favor de comunidades o pueblos indígenas, quienes también cuentan con diversas prerrogativas sobre los mismos recursos naturales del subsuelo”.<sup>62</sup>

Sin embargo, los derechos de propiedad y posesión de las comunidades indígenas se encuentran sujetos a un régimen donde el Estado tiene la potestad de otorgar concesiones en determinadas zonas para realizar actividades mineras; lo que no implica desconocer sus derechos, pues como ha sido sostenido por la Corte Interamericana, el Estado se encuentra facultado a aprovechar los recursos mineros conforme a los mecanismos necesarios siempre que se encuentren previstos en la ley, se establezcan las causas de interés público

que respalden las modalidades y se garantice el derecho de los pueblos a participar en el proceso de concesión, esto a fin de encontrar un equilibrio y convivencia entre ambos derechos.<sup>63</sup> Concluyó diciendo que es la propia Constitución Federal la que ampara las actividades de esta índole del Estado respecto de las tierras y recursos naturales que, si bien pertenece su uso y disfrute a comunidades indígenas o a particulares, lo cierto es que son susceptibles de imponerles modalidades en su aprovechamiento.<sup>64</sup>

## 2. Crítica a la decisión de la Corte sobre la prevalencia de las concesiones de los recursos del subsuelo y el detrimento territorial de los pueblos indígenas

Consideramos que la decisión de la Corte resultó incompleta pues lo que hizo fue esencialmente validar el régimen minero por estar establecido en el artículo 27 constitucional. Solo realizó un pronunciamiento genérico sobre la potestad del Estado de disponer de los recursos del subsuelo, pero no en relación con el contenido de cada una de las disposiciones impugnadas.

La sentencia se basa en el pronunciamiento de la Corte Interamericana en el *caso Saramaka vs Surinam*, donde se reconoció que el Estado podría restringir el uso y goce del derecho de propiedad, bajo ciertas condiciones de los derechos de los pueblos indígenas a la propiedad, incluidos sus derechos sobre el territorio y se ponderó que siempre debe

Párrafo 159 “De igual forma, estas concesiones generan una afectación al derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación desde su emisión pues, no obstante, para el inicio de la explotación se requiere de otros actos administrativos, la concesión resta a la población indígena la capacidad de otra alternativa diferente a la minería.

<sup>60</sup> *Ibidem*, párrafo 259, 274.

<sup>61</sup> *Ibidem*, párrafo 262.

<sup>62</sup> *Ibidem*, párrafo 263.

<sup>63</sup> *Ibidem*, párrafos 275 y 276.

<sup>64</sup> *Ibidem*, párrafo 277.



asegurarse la supervivencia de los integrantes para lo que se debe realizar la consulta. Pero lo hace de una manera parcial, ya que únicamente utiliza las partes de los precedentes que sirven para sostener la posibilidad del Estado de regular la utilidad minera y disponer de los recursos naturales bajo ciertas modalidades.<sup>65</sup> Por ejemplo, la decisión no interpreta el artículo 27, fracción VII segundo párrafo que señala: “la ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas”, solo desarrolla el contenido del artículo 27 respecto a las concesiones mineras. Tampoco desarrolla cómo debe entenderse el artículo 2, A, VI de la Constitución, que se refiere por “uso y disfrute preferente de los recursos naturales que habitan y ocupan las comunidades”.

Además de que no desarrolla estos temas ni su contenido constitucional, tampoco revisa

si las modalidades de la Ley Minera, que se convierten en restricciones al uso y goce del derecho de propiedad, superan el test indicado por la Corte Interamericana.<sup>66</sup>

Ahora bien, ninguno de los artículos de la Ley Minera fue sometido a escrutinio convencional ni constitucional. No se discutió el concepto de utilidad pública, tampoco si era necesario realizar alguna interpretación conforme o que la ley estableciera mayores salvaguardas para los pueblos y comunidades indígenas. Por ejemplo, resulta muy cuestionable la amplia temporalidad de las concesiones que inhabilita el uso del territorio hasta por 100 años, plazo que algunos han considerado excesivo y devastador para el territorio, pero la Corte nada dice sobre esto. No se pronunció sobre las modalidades de la concesión y los derechos que confiere con un impacto indiscutible en

<sup>65</sup> I) estar previamente establecidas por ley; II) ser necesarias; III) proporcionales y IV) que tengan el fin de un objetivo legítimo en una sociedad democrática.

Corte IDH. Caso Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Párrafos 124 a 158. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf).

<sup>66</sup> Ver también Corte IDH. Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_125\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf).

144. Ahora bien, cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia Convención Americana y la jurisprudencia del Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos, a saber: a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.

145. El artículo 21.1 de la Convención dispone que “[l]a ley puede subordinar [el] uso y goce [de los bienes] al interés social.” La necesidad de las restricciones legalmente contempladas dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, siendo insuficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno. La proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido. Finalmente, para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido<sup>198</sup>.

146. Al aplicar estos estándares a los conflictos que se presentan entre la propiedad privada y los reclamos de reivindicación de propiedad ancestral de los miembros de comunidades indígenas, los Estados deben valorar caso por caso las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho por sobre el otro. Así, por ejemplo, los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.

149. Esto no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros. Cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas, la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas (supra párr. 131, 135 y 139).



el territorio de los pueblos y comunidades indígenas.

El pronunciamiento de la Corte deja desprotegidas a los pueblos indígenas puesto que si bien las concesiones deben cumplir con el deber de consulta la legislación minera no les protege de la desventaja en la que se les coloca.

La Ley Minera sí regula, por ejemplo, que cuando un área se encuentre habitada y ocupada por un pueblo o comunidad indígena y si solicita la concesión simultáneamente con otras personas, será preferida si cumple con las condiciones y requisitos.<sup>67</sup> Sin embargo, es prácticamente la única referencia o salvaguarda para los pueblos.<sup>68</sup> Si se reflexiona más detenidamente encontramos por un lado que, muchas de las demandas indígenas es contar

con territorios libres de minería, es decir, no es su deseo explorar ni explotar esos recursos naturales ni dedicarse a esa actividad, además que es un área que requiere muchísima inversión. Por otro lado, resulta prácticamente inasequible obtener esas concesiones sobre su propio territorio, primero por la falta de información (por ejemplo, en ese caso los títulos de concesión son de 2003 y 2009, pero no contaron con la información hasta el 2015 cuando requirieron expresamente esa información a la Secretaría de Economía), pero además, cumplir con los requisitos y pagar los derechos de los títulos de concesión, teniendo inclusive que igualar la oferta de las grandes empresas y capitales, puede llegar a hacer irrisoria esta salvaguarda.

## V. El derecho a la consulta previa

El derecho a la consulta es reconocido por múltiples instrumentos internacionales de derechos humanos,<sup>69</sup> entre los cuales se destaca el Convenio 169 de la OIT, el cual reconoce dicho derecho en varios de sus artículos (6, 15.2, 17, 22, 27 y 28). Es en su artículo 6 en el que se prevé la obligación de los Estados de consultar a los pueblos que se puedan ver afectados por sus acciones o medidas y los elementos esenciales que se deben cumplir para garantizar dicho derecho. Además, se ha reconocido el derecho al consentimiento previo, libre e informado bajo ciertos supuestos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y otros organismos internacionales se han pronunciado y han desarrollado doctrina y precedentes sobre dicho derecho, de los que se destacan los siguientes.

En el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*,<sup>70</sup> la Corte IDH determinó lo siguiente:

1. Es obligación del Estado consultar a los pueblos y comunidades indígenas sobre proyectos que sean susceptibles de afectarles sus derechos e intereses, por lo que el Estado debe consultar

<sup>67</sup> Ley Minera, artículos 13 y 13 bis.

<sup>68</sup> Con la reforma en materia del litio de 20 de abril de 2022 se hicieron algunas referencias más a los pueblos indígenas, pero, además que son mínimas, no se encontraban vigentes al momento de resolver el presente asunto.

<sup>69</sup> Convenio 169 de la OIT, las Declaraciones sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, entre otros.

<sup>70</sup> Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007.



activamente con la comunidad. Esto requiere no solo que el Estado brinde información, sino que acepte aquella proporcionada por las comunidades, lo que implica que haya constante comunicación entre las partes.

2. Reconoció los principios que requieren que la consulta sea previa, culturalmente adecuada, informada, de buena fe y cuya finalidad sea la de llegar a un acuerdo.
3. Reconoció la estrecha relación entre el derecho a la consulta previa y el consentimiento libre.
4. El Estado debe compartir razonablemente los beneficios del proyecto con el pueblo afectado, lo cual es inherente al derecho de indemnización reconocido en el artículo 21.2 de la Convención Americana.
5. Al tratarse de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio de la comunidad afectada, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a dicha comunidad, sino que debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones.

Respecto a esto último el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos

y libertades fundamentales de los pueblos indígenas de la ONU, determinó que “es esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo”.<sup>71</sup> Asimismo, hizo énfasis en lo previsto en el artículo 32 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.<sup>72</sup>

En el caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*,<sup>73</sup> la Corte IDH estableció que el proceso de consulta debe respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad. Además, que el Estado no solo tiene la obligación de llevar a cabo la consulta, sino que debe llevar a cabo tareas de fiscalización y control en su aplicación y desplegar, cuando sea pertinente formas de tutela efectiva de ese derecho por medio de los órganos judiciales correspondientes.

Finalmente, concluyó que, por tratarse de una obligación estatal, este no puede delegar la planificación y realización del proceso de consulta a una empresa privada o a terceros, mucho menos a aquellos interesados en beneficiarse del proyecto que vaya a afectar a las comunidades y pueblos indígenas.

El relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas<sup>74</sup> emitió

<sup>71</sup> ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/65 de la Comisión (quincuagésimo novena sesión), ONU Doc. E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003.

<sup>72</sup> “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.  
2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.  
3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.”

<sup>73</sup> Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012.

<sup>74</sup> Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya\* A/HRC/12/34/Add.6 (5 de octubre de 2009).



similares consideraciones y, adicionalmente, consideró que la mera celebración de audiencias con representantes indígenas no se ajusta necesariamente a las consultas exigidas por el Convenio 169 de la OIT. El hecho de que se haya llevado a cabo una audiencia no significa que esta haya dado la oportunidad de que las personas u organizaciones fueran escuchadas.

Asimismo, el relator se pronunció sobre los elementos esenciales de la consulta, precisando que para que la consulta sea de buena fe es elemental que se desplieguen esfuerzos para intentar generar consensos en cuanto a los procedimientos, de facilitar su acceso dándoles amplia difusión y creando un clima de confianza con los pueblos indígenas. Esta debe ser adecuada y llevarse a cabo a través de las instituciones representativas indígenas. No hay un único modelo de procedimiento apropiado y este debería tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como la naturaleza de las medidas consultadas. En cuanto al propio proceso de consulta, este debería tomar en cuenta la opinión de los diferentes pueblos que participan en la consulta sobre el procedimiento a utilizarse para intercambiar, de manera que el procedimiento utilizado sea considerado apropiado por todas las partes.

Considera también que la consulta debe ser accesible a los pueblos indígenas lo cual implica que se deberán buscar procedimientos que sean accesibles a la participación del mayor número de pueblos y comunidades indígenas, teniendo en cuenta las limitaciones materiales, institucionales y temporales existentes. Así mismo, el Estado tiene la obligación de garantizar que

los miembros de los pueblos indígenas puedan comprender y hacerse comprender en todos los procedimientos.

Debe tratarse además de procesos sistemáticos y transparentes, esto es, que la adopción de dichos procedimientos debe ser en sí mismo un proceso consensuado, con la participación de los pueblos indígenas.

La Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT señaló que “la consulta prevista por el Convenio va más allá de una consulta en un caso preciso, sino que tiende a que todo el sistema de aplicación de las disposiciones del Convenio se haga de manera sistemática y coordinada en cooperación con los pueblos indígenas, lo que supone un proceso gradual de creación de los órganos y mecanismos adecuados a esos fines”.<sup>75</sup>

Además, sobre el tema del consentimiento, es importante destacar lo decidido por el Consejo Económico Social en el Seminario Internacional sobre Metodologías relativas al Consentimiento, Libre, Previo e Informado de los Pueblos Indígenas.<sup>76</sup> Ahí se destaca que *consentimiento* debería implicar que no hay coerción, intimidación ni manipulación; *previo* debería implicar que se ha tratado de obtener el consentimiento con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades y que se han respetado las exigencias cronológicas de los procesos de consulta/consenso con los pueblos y comunidades indígenas. Finalmente, *informado* debería implicar que se proporcione información que abarque —por lo menos— los siguientes aspectos:

<sup>75</sup> Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª reunión, 2009.

<sup>76</sup> Consejo Económico Social: Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas E/C.19/2005/3 (17 de febrero de 2005).



- I. La naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto;
- II. La razón o razones o el objeto u objetos del proyecto y/o actividad;
- III. La duración de lo que antecede;
- IV. Los lugares de las zonas que se verán afectados;
- V. Una evaluación preliminar del probable impacto económico, social, cultural y ambiental, incluidos los posibles riesgos y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución.
- VI. El personal que probablemente intervendrá en la ejecución del proyecto propuesto (incluidos los pueblos indígenas, el personal del sector privado, instituciones de investigación, empleados gubernamentales y demás personas);
- VII. Procedimientos que puede entrañar el proyecto.

Dicha información debe ser precisa y estar presentada de forma accesible y comprensible, además de difundirse de forma que tenga en cuenta las tradiciones orales de los pueblos indígenas y sus idiomas. Y serán los pueblos indígenas quienes deberán especificar qué instituciones representativas están autorizadas para expresar el consentimiento en nombre de los pueblos o comunidades afectados.

## 1. El derecho a la consulta a los pueblos y comunidades indígenas en la jurisprudencia de la Corte

El derecho a la consulta ha sido desarrollado por la Suprema Corte de Justicia en diversos asuntos. No obstante, en nuestra opinión, esta se ha limitado a hacer un estudio desde una perspectiva más procedimental, limitando el alcance del derecho.

Existe ya una nutrida línea jurisprudencial en torno a los elementos del derecho a la consulta: previa, libre, informada, culturalmente adecuada y de buena fe con la finalidad de llegar a un acuerdo. Además, la Corte ha fijado los parámetros mínimos que deben observar los procedimientos de consulta que, si bien deben ser flexibles y preservar las especificidades culturales y particularidades de cada caso, deben prever ciertas fases: informativa; de deliberación interna; de diálogo; de decisión, comunicación y entrega de resultados.<sup>77</sup>

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional mexicano, tratándose de medidas legislativas, ha señalado que en el supuesto de que una norma o un ordenamiento general no esté específicamente relacionado con los grupos vulnerables que deben ser privilegiados con una consulta, esto es, que no se refieran única y exclusivamente a ellos, sino que, en el contexto general, estén inmiscuidos, las normas por invalidar son precisamente las que les afecten, pero sin alcanzar a invalidar toda la norma. Por el contrario, cuando las normas se dirijan

<sup>77</sup> El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en más de una treintena de casos sobre el derecho a la consulta previa, sin embargo, para el desarrollo de aspectos básicos de este derecho nos basaremos en tres precedentes: la Controversia Constitucional 32/2012 por ser el primer caso en el que el Pleno de la Corte se pronunció. La Acción de Inconstitucionalidad 81/2018 ya que en este caso se definieron, además, ciertas fases mínimas que debe abarcar este derecho a la consulta previa. Finalmente la Acción de Inconstitucionalidad 212/2021 ya que en ese asunto el criterio de quienes integran el tribunal pleno fue matizado y los efectos de invalidez también tuvieron un cambio ya que se consideró que se pueden invalidar algunos artículos de leyes que si bien no regulan de manera preponderante aspectos relacionados con los derechos de pueblos y comunidades indígenas si pueden invalidarse y el efecto es que el congreso debe someter a consulta todo el ordenamiento a fin de que también sean consultados aspectos que podrían incidir en sus derechos.



específicamente a estos grupos vulnerables, la falta de consulta invalida todo ese ordenamiento.<sup>78</sup>

Esto significa que la Corte ha creado un criterio meramente nominal para analizar la necesidad de observar la consulta previa tratándose de medidas legislativas: únicamente cuando las normas se refieran en exclusiva a las personas, pueblos y comunidades indígenas podrá alcanzarse la invalidación total del ordenamiento. Criterio que nos parece no solo artificial sino problemático pues, si bien estamos de acuerdo en que muchas veces la violación “formal” a la consulta no debería producir una invalidez para efectos de llevar a cabo dicho procedimiento, creemos que no es posible clasificar *a priori* las violaciones “materiales” que podrían presentarse incluso en un solo precepto contenido en una ley o incluso en normas que no contengan nominalmente, en principio, o conlleven afectación evidente a los pueblos y comunidades indígenas.

Por otro lado, en los casos que ha conocido el Pleno de la Suprema Corte únicamente se ha

establecido que la consulta debe realizarse con la finalidad de llegar a un acuerdo, pero no se ha desarrollado ningún aspecto del consentimiento. Observamos que solo la Primera Sala se ha pronunciado brevemente en tres casos respecto del consentimiento libre, previo e informado, pero no ha hecho un verdadero estudio de lo que constituye este aspecto, sus alcances, entre otras cuestiones.

En el caso de la Tribu Yaqui, la Primera Sala determinó que aun ante la falta de consentimiento se podían decretar acciones ponderando los intereses en juego de los beneficiados y afectados.<sup>79</sup> En el caso de las eólicas en Juchitán, la Corte observó que el proceso de consulta se realizó de buena fe y, además, se obtuvo el consentimiento de la comunidad indígena, atendiendo a que el proyecto eólico es a gran escala, sin embargo, no desarrolló a profundidad los aspectos del consentimiento.<sup>80</sup> Finalmente, en el caso de la Comunidad Nahua de Tecoltemi, la Corte canceló las concesiones mineras y señaló que en caso de solicitarlas se debería realizar

<sup>78</sup> Acciones de Inconstitucionalidad 212/2020, 193/2020, 179/2020, 214/2020 y 131/2020 y su acumulada 186/2020.

<sup>79</sup> En el Amparo en Revisión 631/2012 se reclamó que el permiso de impacto ambiental del Acueducto —construido por el gobierno estatal de Sonora y que atravesaría el agua del río Yaqui— violaba el derecho a la consulta de dicho pueblo. La Corte determinó que habrá casos en los que la ausencia del consentimiento no impida a las autoridades decretar las acciones correspondientes, dependiendo del nivel de impacto que este tendrá sobre la comunidad o grupo indígena. Dicho impacto, dijo, se mide mediante la ponderación de los intereses sociales en juego —tanto de los afectados como de los beneficiados—. No obstante, no se reflejó nunca con propiedad el impacto de la obra.

<sup>80</sup> Amparo en Revisión 213/2018. En esa sentencia la Corte señaló “El Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo ha considerado que un procedimiento es adecuado cuando genere las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. Así, explica que las consultas implican establecer un diálogo genuino entre las partes, caracterizado por la comunicación, el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe en aras a obtener un acuerdo común.

Los órganos consultivos de la Organización Internacional del Trabajo han determinado que la obtención de un acuerdo o del consentimiento no es un requisito para que la consulta sea válida, sino que se exige que la consulta tenga el objetivo o propósito de alcanzarlo.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, al analizar los trabajos preparatorios que condujeron a la adopción del Convenio, señalaron que “no quiso sugerir que las conductas referidas deberían resultar en la obtención de un acuerdo o el consentimiento de lo que se consulta, sino que quiso expresar un objetivo para las consultas”. Lo anterior, es reforzado por el Consejo de Administración, al señalar que alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento es el propósito al iniciar el proceso de consulta y no un requisito independiente.

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la obligación de obtener o no el consentimiento atiende a si es un plan de desarrollo o inversión a gran escala, pues si hay un mayor impacto dentro del territorio indígena entonces el Estado debe no sólo consultar sino también obtener el consentimiento previo, libre e informado según sus costumbres y tradiciones.”



una consulta de manera previa a su emisión y que en el supuesto que las actividades de exploración o explotación pudieran significar el traslado, reubicación u otra consecuencia similar, se requerirá el consentimiento libre e informado de la comunidad.<sup>81</sup>

## 2. El derecho a la consulta y su impacto en los conflictos territoriales

En la Controversia Constitucional 30/2018,<sup>82</sup> integrantes del municipio de Cuautla, Morelos reclamaron que el Decreto 2341 no cumplió con el debido proceso legislativo, al no haberse hecho de su conocimiento las posibles afectaciones en su territorio. Mediante ese decreto se creó el municipio indígena de Tetelcingo, Morelos, conformado mayoritariamente por pueblos y comunidades indígenas, afectando la composición de 14 colonias pertenecientes al municipio de Cuautla. En este asunto la Corte dio la razón a la parte actora y determinó que el proceso legislativo del decreto no cumplió con el deber de consultar a los pueblos y comunidades indígenas, a pesar de que la creación de un nuevo municipio en este caso incidía de manera directa en los derechos y prerrogativas de los pueblos y comunidades indígenas de Cuautla —y que ahora estarían en Tetelcingo—. Pero no realizó un estudio de fondo en torno al derecho al territorio, sino solo a la luz del derecho a la consulta previa.

Esta puede parecer una decisión adecuada, acorde al derecho de consulta; sin embargo, lo destacable en el asunto es que, quien alegaba que no se había realizado la consulta era el propio municipio actor a quien le favorecería la invalidez del decreto. Esto es, se utilizó la consulta en contra del recién creado municipio de Tetelcingo, puesto que no se resolvió el asunto en sus méritos, prolongando así la determinación sobre la afectación a su territorio. Entonces, la consulta indígena debía realizarse a pesar de que las propias comunidades indígenas habían iniciado un proceso para conformarse como un municipio indígena, mermando así su derecho a la libre determinación.

A nosotras nos parece que, al resolver este tipo de conflictos la Corte debe observar algo similar al principio de mayor beneficio que es aplicable en el juicio de amparo. No preferir la cuestión procesal al fondo si hay elementos para resolver este último. A pesar de los avances que se han hecho en la materia la Corte parece tener una visión superficial y cambiante —por no decir totalmente caprichosa— sobre el tema, ya que tiene precedentes en los que se reconoce el derecho a la consulta como una obligación del Estado para llevar a cabo consultas para todo acto de autoridad que pudiera tener un efecto en la esfera de derechos de los pueblos y comunidades indígenas, mientras que existen otros casos en lo que parece contradecirse.<sup>83</sup>

<sup>81</sup> Sentencia recaída al amparo en revisión 134/2021, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, resuelto por unanimidad de votos respecto de la cancelación de los títulos de concesión y mayoría de cuatro votos respecto a la constitucionalidad de la Ley Minera el 16 de febrero de 2022.

<sup>82</sup> Sentencia recaída a la controversia constitucional 30/2018, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Norma Lucía Piña Hernández, resuelto por mayoría de seis votos el 26 de septiembre de 2019.

<sup>83</sup> Por ejemplo, al resolver la controversia constitucional 121/2012, una mayoría del Pleno de la Suprema Corte, decidió no ordenar la realización de una consulta previa. En este asunto el estado de Oaxaca demandó al estado de Chiapas donde se delimitó la franja de límite territorial entre ambos. Esto implicaba una afectación a los pueblos y comunidades indígenas pero el tribunal Pleno no incorporó el parámetro constitucional en relación con éstos para determinar los límites territoriales; solamente se basó en el constitucional es el artículo 45 constitucional, el cual establece que “los Estados de la Federación conservan la extensión y límites que hasta hoy han tenido, siempre que no haya dificultad en cuanto a éstos”. Para una crítica robusta de esta decisión se sugiere acudir al voto particular emitido por el Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz mena, recaído a la controversia constitucional 121/2012, resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 16 de noviembre de 2021.



Creemos que la Corte IDH —en el asunto Saramaka— ha indicado que existe un vínculo *material* entre el derecho a la consulta previa y la obtención del consentimiento libre. En dicho asunto la Corte IDH determinó que en caso de megaproyectos que pudieran afectar a comunidades indígenas no solo se debe realizar una consulta, sino obtener el *consentimiento* de

las comunidades posiblemente afectadas. Este último elemento no necesariamente significa el éxito de las demandas de las comunidades, pero sí ofrece una pauta interpretativa para afirmar que lo relevante no es la consulta por sí misma, sino el análisis en torno a la afectación material y las condiciones de participación efectiva que deben observarse.

## VI. Conclusiones

Hasta aquí hemos criticado algunos de los asuntos que nos parecen más relevantes en torno al derecho de autodeterminación y control del territorio indígena. Consideramos, en síntesis, que la Suprema Corte no ha incorporado la perspectiva de interculturalidad plenamente al resolver estos asuntos.

En nuestra opinión, dicha perspectiva exigiría resolver los asuntos atendiendo a un principio de mayor beneficio *pro-comunidad*, que sería la contracara del principio *pro-persona* —propio de la protección de derechos individuales— y que implicaría comprender la justicia en un plano cultural-colectivo, entender que las exigencias de consulta, protección y reparación son distintas al mero aspecto procesal o, incluso, agrario o patrimonial.

Cerramos nuestro trabajo recordando otro asunto más que, creemos, refleja el contrasentido que puede implicar enfocar los casos de territorio indígena con una lógica estricta de derechos, sin las consecuentes flexibilizaciones que exigen los asuntos comunitarios.

Se trata del caso de los testigos de Jehová en Jalisco —amparo en revisión 1041/2019—<sup>84</sup> en donde personas pertenecientes a la

comunidad indígena Wixárika de la población Tuxpan de Bolaños, fueron desalojados de la comunidad, tras una decisión tomada por la asamblea ordinaria. Esto bajo el argumento de que profesaban la religión de Testigos de Jehová y porque se negaban a realizar festejos religiosos de la comunidad y utilizar peyote en estas ceremonias.

Las autoridades tradicionales, con auxilio de policías tradicionales (tupiles) irrumpieron en las viviendas de los testigos de jehová y los sacaron a la fuerza, sacaron a los niños de la escuela y los dejaron en un despoblado. Por tanto, las personas afectadas promovieron juicio de amparo.

En la sentencia la Corte precisó que el derecho a la libre determinación no es absoluto y, por tanto, este puede ser limitado para asegurar la unidad nacional, además que su límite principal es el respeto a los derechos humanos. En el caso en concreto, la Corte determinó que la norma que fundamentó las acciones de la autoridad tradicional y los actos de la autoridad tradicional violan el derecho al mínimo vital, pues los quejosos perdieron el acceso a su vivienda, sustento alimentación y educación de sus hijos.

<sup>84</sup> Sentencia recaída al Amparo en Revisión 1041/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Javier Laynez Potisek, resuelto por unanimidad de votos el 8 de julio de 2020.



La Sala reconoció que se compara el grado de intervención de la norma tradicional en el derecho al mínimo vital, frente al grado en el que se consigue con dicha medida la protección de la libre determinación de la comunidad indígena Wixárika. Pero, bajo un test de proporcionalidad, la medida no supera la proporcionalidad en sentido estricto porque la expulsión de la comunidad supuso para ellos la pérdida de todos los bienes y servicios que garantizan su mínimo vital.

Esta decisión, a nuestro juicio, muestra un entendimiento de la Corte claramente desconectado a los contenidos colectivos del derecho del territorio, y a las otras lógicas de socialización y perdón que pueden existir a nivel comunitario y resultará en la resolución de más

casos en ese sentido, que, más que requerir la equiparación de las comunidades indígenas a autoridades estatales —responsables incluso de respetar el mínimo vital de sus integrantes—, requiere del análisis de sus formas propias de justicia, incluso de la realización de peritajes antropológicos para conocer a cabalidad el sistema normativo interno, pero, sobre todo, como ya destacamos, de un principio pro-comunidad.

Esperemos que el presente trabajo sirva para ir zanjando discusiones en futuras resoluciones que involucren derechos a la libre determinación y al control del territorio desde una perspectiva real de pluralismo jurídico e interculturalidad respetuosa de los derechos colectivos de pueblos y comunidades indígenas.



## VII. Bibliografía

### a) Libros

- Consejo Civil Mexicano para la Silvicultura Sostenible, asociación civil. *Informe Bosques comunitarios y minería en México*, mayo de 2021. Disponible en: [https://www.ccmss.org.mx/wp-content/uploads/2021\\_09\\_BosquesYMineria\\_fn.pdf](https://www.ccmss.org.mx/wp-content/uploads/2021_09_BosquesYMineria_fn.pdf).
- Cuaderno de Jurisprudencia: Derecho a la Propiedad de la tierra, el territorio y los recursos naturales de los pueblos y comunidades indígenas*. Centro de Estudios Constitucionales, 2021. Disponible en: [https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2020-10/DERECHO%20A%20LA%20PROPIEDAD\\_VERSION%20FINAL%20OCTUBRE.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2020-10/DERECHO%20A%20LA%20PROPIEDAD_VERSION%20FINAL%20OCTUBRE.pdf).
- Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* No. 11. Pueblos indígenas y tribales. Actualizado a 2018. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11.pdf>.
- García Hierro, Pedro y Surrallés, Alexandre. *Antropología de un derecho. Libre determinación territorial de los pueblos indígenas como derechos humanos*. Grupo Internacional de Trabajo Sobre Asuntos de Indígenas (IWGIA), Copenhague 2009.
- Gómez Rivera, María Magdalena, *Lectura comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*. Suprema Corte de justicia de la Nación, Ciudad de México, 2018, 1ª edición, pág. 188.
- Informe sobre la jurisdicción agraria y los derechos humanos de los pueblos indígenas y campesinos en México*, 2018. Fundación para el Debido Proceso.
- Oxfam México. *Minería y Privilegios, captura política y desigualdad en el acceso a los bienes comunes naturales en México. Estudio de caso sore San José del Progreso Oaxaca*. Agosto de 2018. Disponible en: [https://oxfamMexico.org/wp-content/uploads/2019/05/Mineri%CC%81a-y-privilegios-WEB\\_0.pdf](https://oxfamMexico.org/wp-content/uploads/2019/05/Mineri%CC%81a-y-privilegios-WEB_0.pdf).
- Valladares de la Cruz, Laura, "El despojo de los territorios indígenas y las resistencias del extractivismo minero en México". En *Etnicidad, territorio y pueblos indígenas: paradojas y desafíos de las políticas neoliberales*, núm. 28. diciembre de 2017. Consultado el 5 de julio de 2022 en: <https://journals.openedition.org/eces/2291>.

Velázquez de la Paz, Jeannette, *El caso del "Municipio indígena" de Cherán: una mirada a la luz del deber de garantía del derecho de autogobierno. Repensando la intervención jurisdiccional*, FLACSO México, julio de 2016. Tesis de maestría.

### b) Tesis de Pleno y Salas de la SCJN

- Tesis aislada Tesis: 1a. CLIV/2016 (10a.). de rubro: PERSONAS Y PUEBLOS INDÍGENAS. EL DERECHO QUE TIENEN PARA EMPLEAR Y PRESERVAR SU LENGUA NO SE ENCUENTRA ACOTADO A UN ÁMBITO TERRITORIAL. Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 31, junio de 2016, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Página: 698.
- Tesis 1ª. CCXXXVII/2013 de rubro: COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS. TODAS LAS AUTORIDADES EN EL ÁMBITO DE SUS ATRIBUCIONES, ESTÁN OBLIGADAS A CONSULTARLOS, ANTES DE ADOPTAR CUALQUIER ACCIÓN O MEDIDA SUSCEPTIBLE DE AFECTAR SUS DERECHOS E INTERESES. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Materia Constitucional. Registro: 2004170.
- Tesis: 1a. XVI/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, Tomo XXXI, Febrero de 2010, página 114. Registro digital: 165288. DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS. SU LÍMITE CONSTITUCIONAL.
- Tesis: 1a. XVII/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, Tomo XXXI, Febrero de 2010, página 115. Registro digital: 165270. EJIDOS Y COMUNIDADES AGRARIAS. AL CONSTITUIR FORMAS DE ORGANIZACIÓN INTERNA ESTABLECIDAS CONSTITUCIONALMENTE, EL FUNCIONAMIENTO DE LA ASAMBLEA GENERAL, ASÍ COMO LA ELECCIÓN DEL COMISARIADO, SON ACTIVIDADES QUE NO FORMAN PARTE DEL EJERCICIO DEL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS.



## c) Sentencias de la SCJN

### Pleno

- Sentencia recaída a la controversia constitucional 32/2012, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, resuelta el 29 de mayo de 2014.
- Sentencia recaída a la controversia constitucional 30/2018, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Norma Lucía Piña Hernández, resuelto por mayoría de seis votos el 26 de septiembre de 2019.
- Sentencia recaída a la controversia constitucional 121/2012, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Fernando Franco González Salas, resuelto por mayoría de votos el 16 de noviembre de 2021.
- Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 81/2018, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, resuelto el 20 de abril de 2020.
- Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 212/2020, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Fernando Franco González Salas, resuelto el 1 de marzo de 2021 por unanimidad de votos.

### Primera Sala

- Sentencia recaída al amparo en revisión 631/2012 Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, resuelto por mayoría de cuatro votos el 7 de agosto de 2013.
- Sentencia recaída al Amparo Directo 11/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ministra Encargada del Engrose: Norma Lucía Piña Hernández, resuelto por mayoría de cuatro votos el 22 de noviembre de 2017.
- Sentencia recaída al Incidente de Inejecución de Sentencia 1302/2010, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, resuelto por unanimidad de cinco votos el 12 de septiembre de 2018.

Sentencia recaída al amparo en revisión 213/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, resuelto por mayoría de tres votos el 14 de noviembre de 2018.

Sentencia recaída al amparo en revisión 134/2021, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, resuelto por unanimidad de votos respecto de la cancelación de los títulos de concesión y mayoría de cuatro votos respecto a la constitucionalidad de la Ley Minera el 16 de febrero de 2022.

### Segunda Sala

- Sentencia recaída al Amparo Directo 40/2017, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Eduardo Medina Mora, resuelto por mayoría de tres votos el 24 de octubre de 2018.
- Sentencia recaída al amparo directo en revisión 7735/2018, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Javier Laynez Potisek, resuelto por unanimidad de votos el 7 de agosto de 2019.
- Sentencia recaída al amparo en revisión 1041/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Javier Laynez Potisek, resuelto por unanimidad de votos el 8 de julio de 2020.
- Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 607/2020, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, resuelto por mayoría de cuatro votos el 7 de octubre de 2020.
- Sentencia recaída al Amparo Directo 33/2020, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, resuelto por mayoría de cuatro votos el 30 de junio de 2021.
- ### Votos en sentencias de la SCJN
- Voto concurrente que formula el ministro José Fernando Franco González Salas a la Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 607/2020, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, resuelto por mayoría de cuatro votos el 7 de octubre de 2020.



Voto particular formulado por el ministro Javier Laynez Potisek, Sentencia recaída al Amparo Directo 33/2020, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, resuelto por mayoría de cuatro votos el 30 de junio de 2021.

Voto particular formulado por el ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Sentencia recaída a la controversia constitucional 121/2012, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Fernando Franco González Salas, resuelto por mayoría de votos el 16 de noviembre de 2021.

#### **d) Sentencias de la Corte interamericana de Derechos Humanos**

Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, no. 79.

Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010.

Corte IDH. Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270.

Corte IDH. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284.

Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304.

Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 305.

Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309.

Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C No. 346.

Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400.

#### **e) Documentos de la Organización de las Naciones Unidas**

Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena. Consultado en Contribuciones a la discusión sobre derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Simposio Indolatioamericano, México 1993.

Informe anual de la Relatora Victoria Tauli-Corpuz a la Asamblea General de Naciones Unidas donde se analiza el derecho de los pueblos indígenas a la autonomía o el autogobierno como ejercicio a su derecho a la libre determinación. 17 de julio de 2019 Español Original: inglés A/74/149.

Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre su visita a México, 28 de junio de 2018, A/HRC/39/17/Add.2.

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/65 de la Comisión (quincuagésimo novena sesión), ONU Doc. E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003.

Consejo Económico Social: Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas E/C.19/2005/3 (17 de febrero de 2005).



## f) Documentos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Foro Suape Espacio Social y Ambiental y Asociación Quilombola Isla de Mercês, Respuesta al Cuestionario de CIDH para el Informe Temático sobre el Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales (2021).

Derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales. Comisión Interamericana de derechos Humanos, diciembre 2021.

<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LibreDeterminacionES.pdf>.

Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09.

30 de diciembre de 2009, párr. 77-152.

Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 127.

Informe Pueblos indígenas comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción explotación y desarrollo (2015).



# El sistema estatal de protección y promoción de los Derechos Humanos en Oaxaca

## *The state system for the protection and promotion of human rights in Oaxaca*

Marcos Geraldo Hernández Ruiz\*

---

En los *Sistemas de Derechos Humanos y Garantías Procesales*, el *derecho humano* es la materia, y la *garantía procesal* es el instrumento que le sirve para su realización efectiva. El primero es independiente, aunque solo relativamente puede existir; por ese motivo, necesita del segundo, como un reaseguro de su vigencia.

El autor

**Resumen:** Este trabajo tiene por objeto el estudio del Sistema Estatal de Protección y Promoción de los derechos humanos en Oaxaca. En este entendido, en un primer momento, nos ocupamos de los tópicos más importantes de la vertiente no jurisdiccional y jurisdiccional del sistema; después, con la intención de concretizar aún más, abordamos los procesos de tutela de derechos humanos más significativos de cada vertiente. Lo anterior, con la finalidad de proporcionar una visión teórica-práctica del tema.

**Palabras clave:** Sistema de derechos humanos y garantías procesales; vertiente no jurisdiccional; vertiente jurisdiccional; órganos constitucionales; derechos humanos; garantías procesales.

---

\* Profesor de Derechos Humanos en la Universidad Nacionalista México (Oaxaca). Licenciado y Maestro en Derecho Constitucional con *mención honorífica* por la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca. Cuenta con estudios de Maestría en Filosofía del Derecho por la Universidad de Buenos Aires y con los diplomados en Metodología de la Comparación Jurídica por la Universidad de Bolonia, Derecho Procesal Constitucional por la Universidad de Buenos Aires y Legitimidad y Derecho en la Democracia Constitucional por la Escuela Federal de Formación Judicial. Actualmente es estudiante del Doctorado en Derechos Humanos con Perspectiva Internacional y Comparada en la Academia Interamericana de Derechos Humanos (Coahuila).



**Abstract:** *This work is aimed at studying the State System for the Protection and Promotion of Human Rights in Oaxaca. In this understanding, at first, we deal with the most important topics of the non-jurisdictional and jurisdictional aspect of the system; then, with the intention of making it even more concrete, we addressed the most significant human rights protection processes of each aspect. The above, in order to provide a theoretical-practical view of the subject.*

**Keywords:** *System of human rights and procedural guarantees; non-jurisdictional aspect; jurisdictional aspect; constitutional bodies; human rights; procedural guarantees.*

**Sumario:** **I.** Introducción; **II.** El sistema estatal de protección y promoción de los Derechos Humanos en Oaxaca; **III.** El procedimiento de queja ante la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca; **IV.** El juicio para la protección de los Derechos Humanos ante la Sala Constitucional del Estado de Oaxaca; **V.** Conclusiones; **VI.** Bibliografía.

## I. Introducción

Generalmente los *Sistemas de Derechos Humanos y Garantías Procesales* se componen de dos vertientes: una no jurisdiccional y otra jurisdiccional. En este trabajo nos ocuparemos de ambas, usualmente abordadas de manera muy superficial por los especialistas, salvo honrosas excepciones.<sup>1</sup>

En este entendido, con el objetivo de cubrir mínimamente dicho vacío, por su importancia,

nos proponemos desarrollar cada una de las fases procesales que componen tanto al procedimiento de queja que se tramita ante la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca como al juicio para la protección de los derechos humanos que se tramita ante la Sala Constitucional del Estado de Oaxaca.<sup>2</sup> En estas condiciones, esperamos que la realización de esta tarea reporte algún beneficio, tanto

<sup>1</sup> Esta es la *hipótesis* de nuestro trabajo: No existen contribuciones *serias* que se enfoquen en estudiar y desarrollar, empleando las diversas normativas (Constitución, ley, reglamento, jurisprudencia, doctrina, etc.), el *procedimiento de queja en materia de derechos humanos* y el *juicio para la protección de los derechos humanos* a nivel estatal (Oaxaca). Por ese motivo, existe un *vacío doctrinal* en la materia. En esta comprensión, para *demonstrar* nuestra hipótesis (*el vacío doctrinal procesal en derechos humanos*), no es el caso citar las obras que, con un perfil genérico (usualmente referidas al origen, fundamento jurídico, nombramiento, integración, competencias, atribuciones, del *Ombudsman* y el *Juez Constitucional*, pero *muy raramente* a sus *mecanismos de resguardo de las libertades*) se “refieren” al tema. Esto, evidente y respetuosamente, para no demeritar (*evidenciar*) las “contribuciones” de los juristas. Por ese motivo, luego de percatarnos de que hace falta una contribución al respecto, en su lugar hemos decidido, mejor, *otra ruta*: ponernos manos a la obra, e ir desarrollando, claro que metodológicamente, cada una de las fases procesales de los referidos mecanismos de tutela de los derechos humanos, empleando para tal efecto la normativa positiva y vigente que los regula.

<sup>2</sup> La *metodología* empleada en nuestro trabajo es la siguiente: primero, como hace la doctrina mayoritaria, abordar, en la medida de lo posible, puesto que *no es nuestro objeto de estudio*, los temas genéricos del origen, fundamento jurídico, nombramiento, integración, competencias, atribuciones, del *Ombudsman* y el *Juez Constitucional*, como los sujetos procesales que operan nuestras garantías; segundo, como *muy raro* lo hacen los juristas, abordar, con *una pretensión teórica-práctica*, las diversas *faces procesales* que componen al *procedimiento de queja en materia de derechos humanos* y al *juicio para la protección de los derechos humanos*, en razón de que *son estos nuestros objetos de estudio*. Lo anterior, no obstante que nuestro trabajo pueda calificarse “simplemente” como *descriptivo*, con la intención de tener *una comprensión más amplia y centrada del tema procesal* (un aporte, creemos, nada insignificante, pero sí gratificante).



para la teoría como para la práctica jurídicas. Y, finalmente, sin perjuicio de lo anterior, advertimos que únicamente conociendo ambas vertientes el profesional del derecho

puede entender a plenitud la razón de ser y el funcionamiento de estos sistemas tutelares de los derechos y libertades fundamentales del ser humano.<sup>3</sup>

## II. El sistema estatal de protección y promoción de los derechos humanos en Oaxaca

### A. El Sistema Estatal de Protección y Promoción de los Derechos Humanos en Oaxaca

En Oaxaca el *Sistema Estatal de Protección y Promoción de los Derechos Humanos* (Sistema EPPDH) actúa bajo dos vertientes: a) La *vía no jurisdiccional, administrativa o cuasijurisdiccional*: compuesta por mecanismos procedimentales de carácter no vinculante operados por la *Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca* (Defensoría DHPO); y b) La *vía jurisdiccional o contenciosa*: integrada por mecanismos procesales de carácter vinculante accionados por la *Sala Constitucional del Tribunal*

*Superior de Justicia del Estado de Oaxaca (Sala Constitucional)*.

Estos dos órganos constitucionales, junto con sus mecanismos procedimentales y procesales, constituyen la garantía de los derechos humanos en el ámbito local.

En lo que sigue, abordaremos específicamente cada una de las dimensiones del sistema, con la finalidad de tener claro los tópicos más importantes que los componen, los cuales nos servirán para comprender de

<sup>3</sup> No está por demás mencionar que, a diferencia de otros sistemas estatales e incluso el federal, el *Sistema Estatal de Protección y Promoción de los Derechos Humanos en Oaxaca*, se inspira en el modelo del *Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos*, en el cual las figuras centrales son la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, la primera como órgano no jurisdiccional encargada de desarrollar el procedimiento de peticiones individuales, y el segundo como órgano jurisdiccional, encargado de accionar el proceso contencioso de derechos humanos. En este sentido, este trabajo, en tanto recurso *pedagógico*, creemos, nos acerca más a la *teoría, práctica, experiencia y cultura* del —derecho internacional de— los derechos humanos. Finalmente, algunos trabajos de nuestra parte son: Hernández Ruiz, Marcos Geraldo, *Introducción al estudio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tesis (Licenciatura en Derecho), UABJO, Oaxaca, 2014 (calificada con *mención honorífica*); “El juicio para la protección de los derechos humanos en Oaxaca. ¿La garantía jurisdiccional de la libertad?”, en *Jus Semper Loquitur*, 14, 2015, pp. 81-117; “Breve estudio de microcomparación entre el proceso contencioso interamericano y el juicio para la protección de los derechos humanos oaxaqueño”, en *Jus Semper Loquitur*, 16, 2016, pp. 38-77; “El juicio para la protección de los derechos humanos y su dinámica jurisdiccional”, en *Cuadernos de Literatura Jurídica*, 10, 2017, pp. 147-167; “Derecho procesal de los derechos humanos”, en *Boletín de derechos humanos, género y justicia*, 2, 2020, pp. 3-6; “El juicio para la protección de los derechos humanos ante la Sala Constitucional del Estado de Oaxaca”, en *Jus Semper Loquitur*, 23, 2020, pp. 19-37; “El procedimiento de queja ante la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca”, en *Jus Semper Loquitur*, Oaxaca, 25, 2021, pp. 64-83; *Estudio crítico comparado entre el proceso contencioso interamericano de derechos humanos y el juicio para la protección de los derechos humanos oaxaqueño*, Tesis (Maestría en Derecho Constitucional) UABJO, Oaxaca, 2021 (calificada con *mención honorífica*).



mejor manera la tramitación procesal de los mecanismos de tutela de los derechos humanos objetos de este trabajo.

## B. Sistema No Jurisdiccional de Protección y Promoción de los Derechos Humanos

### 1. La Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca

La Defensoría DHPO es un órgano constitucional autónomo, acreditado como el principal ente de carácter no jurisdiccional de tutela de los derechos humanos en la entidad oaxaqueña.

### 2. El Defensor de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca

El *Defensor de los Derechos Humanos del Pueblo*<sup>4</sup> de Oaxaca (*Ombudsman*, Defensor de los

Derechos Humanos del Pueblo o Defensoría DHPO) es la figura jurídica que individualiza al órgano constitucional autónomo.

### 3. El fundamento jurídico

La Defensoría DHPO encuentra sustento jurídico tanto en la Ley Fundamental Local como en el ordenamiento secundario.

- a) El *fundamento constitucional*: en el Título Sexto de los Órganos Autónomos del Estado, artículo 114, apartado A, de la CPEO.<sup>5</sup>
- b) El *fundamento legal*: en el Título Primero, Capítulo Único, Disposiciones Generales, artículos 2 y 3 de la Ley de la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca (Ley de la Defensoría DHPO o LDDHPO); así como en el Título Primero, Disposiciones Generales, Capítulo Único,

<sup>4</sup> Al respecto, Giorgia Pavani nos dice: "Entre las garantías institucionales extrajudiciales se encuentra el *Defensor del Pueblo*, un órgano cercano a los ciudadanos, creado para tutelar los derechos de los particulares vulnerados por una *mala gestión* de las autoridades administrativas públicas, que ha sido definido como un *paladín de los derechos y libertades en la sociedad moderna*". El *Ombudsman* tiene su origen en la *Constitución sueca de 1809* (inicios del Siglo XVIII), aunque una figura de *controlador* de la administración pública, en ausencia del rey, se remonta a 1713, en el Reino Unido (el *Chancellor of Justice*). De igual manera, se tiene a las figuras del *Parliamentary Commissioner* británico (creado por el *Parliamentary Commissioner Act 1967* para investigar sobre los casos de mala administración a instancia de parte, denunciados por los miembros del Parlamento) y al antiguo *Médiateur (de la République)* francés (nombrado por el gobierno y con la reforma constitucional de 2008 sustituido por el *Défenseur des droits*, nombrado por el presidente de la República con el consentimiento de las dos Cámaras). Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, el *Ombudsman* sueco adquiere una *dimensión universal*, consolidándose en las democracias representativas modernas. Hoy, a la misma figura corresponde nombres diferentes con connotaciones semánticas, que abarcan el concepto de tutela de los derechos y de mediación entre el ciudadano y la administración pública: *Ombudsman* en Suecia, *Difensore civico* en Italia, *Volksanwaltschaft* en Austria, *Ombudsmans Parlementaires/Parlamentarischen Ombudspersonen/Difensore civico parlamentare* en Suiza, *Provedor de Justicia* en Portugal, *Defensor de los Habitantes* en Costa Rica, *Procurador de los Derechos Humanos* en Guatemala, El Salvador y Nicaragua, *Comisionado o Comisión de Derechos Humanos* en Honduras y México, por citar algunos ejemplos. Cfr., Pavani, Giorgia, "Defensor del Pueblo", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *et al.*, (coords), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 2ª. ed., México, UNAM/IIJ, 2014, pp. 325-328. Por su parte, Soberanes Fernández, siguiendo el planteamiento de Fix-Zamudio, concuerda que pueden reconocerse tres modelos de *Ombudsman* correspondientes a tres etapas en su evolución: a) el denominado *modelo clásico*; b) el *Ombudsman ibérico* (España y Portugal); y c) el *Ombudsman latinoamericano*. Destacando de este último: "... en América Latina, el *Ombudsman*, además de dedicarse fundamentalmente a la protección de los derechos humanos, sin que ello implique tampoco abandonar el control de la legalidad administrativa, incorpora a sus finalidades principales la búsqueda de establecer una cultura de respeto a los mismos derechos humanos. De esta forma, este tercer modelo tiene grandes tareas adicionales, consistentes, básicamente, en la promoción, difusión y enseñanza de los derechos fundamentales". Cfr., Soberanes Fernández, José Luis, "Ombudsman", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *et al.*, (coords), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 2ª. ed., México, UNAM/IIJ, 2014, pp. 973-975; Fix-Zamudio, Héctor, "Ombudsman", en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario jurídico mexicano*, ed. histórica, T. I-O, México, Porrúa/UNAM, 2011, pp. 2686-2692.

<sup>5</sup> En el plano federal los órganos no jurisdiccionales de protección y promoción de los derechos humanos encuentran su *fundamento constitucional* en el artículo 102, apartado B, de la CPEUM.



artículos 1 y 2 del Reglamento Interno de la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca (Reglamento Interno de la Defensoría DHPO o RIDDHPO).

#### 4. Las funciones

El *Ombudsman*, en términos generales, tiene a su cargo las funciones de defensa, protección, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Local y los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano, así como en otros instrumentos jurídicos aplicables a la materia. Así también, tiene a su cuidado la atención, prevención y erradicación de cualquier forma de discriminación y violencia; así como fomentar el respeto a la identidad y derechos de las comunidades y pueblos indígenas y afromexicanos de Oaxaca (artículos 2 de la LDDHPO y 1 del RIDDHPO).

La Defensoría DHPO, con la finalidad de proporcionar un adecuado servicio al justiciable y la sociedad, en ejercicio de sus atribuciones, dividirá a los órganos y áreas que la integran en dos grandes funciones:

- a) La *función preventiva*: consiste en el fortalecimiento de la cultura de los derechos humanos, la promoción y fomento de la cultura del respeto, el estudio y la divulgación de los derechos humanos, del respeto a la identidad y derechos de los pueblos y comunidades indígenas del Estado, así como del combate a toda forma de discriminación y exclusión en los términos previstos en las constituciones.
- b) La *función correctiva*: consiste en la defensa y protección de los derechos humanos, así como el apoyo integral a las víctimas.

Estas funciones revisten el mismo nivel de importancia en la actuación del órgano (artículo 15 del RIDDHPO).

#### 5. Las principales atribuciones

Las *principales atribuciones* de la Defensoría DHPO se encuentran reguladas en la Constitución Estatal, en el Título Sexto de los Órganos Autónomos del Estado, artículo 114, apartado A, párrafo segundo, fracciones I a V, que al efecto dispone:

Artículo 114.- (...).

A. (...).

La Defensoría tendrá las siguientes *atribuciones*:

- I. Conocer de las quejas *que presente cualquier persona, sobre actos u omisiones de naturaleza administrativa que se consideren violatorios de los derechos humanos y provengan de cualquier servidor público del Estado o los Municipios, con excepción de los actos u omisiones del Poder Judicial del Estado;*
- II. Formular *recomendaciones públicas no vinculatorias, propuestas, informes, así como denuncias y quejas a las autoridades respectivas. No tendrá competencia para intervenir o conocer de quejas referentes a asuntos, laborales, electorales y jurisdiccionales;*
  - Antes de *emitir* sus recomendaciones, conocer, adecuar y coordinar los sistemas normativos indígenas y las normas del Estado.
- III. Conocer de las *quejas que presenten los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas, sobre actos u omisiones de naturaleza administrativa que se consideren violatorios de los derechos colectivos y provengan de cualquier servidor público del Estado o los Municipios, con excepción de los*



actos u omisiones del Poder Judicial del Estado;

- IV. Todo servidor público está obligado a responder las recomendaciones que les presenten estos órganos. Cuando las *recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas* por las autoridades o servidores públicos, estos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa. Ante el *incumplimiento reiterado de sus recomendaciones*, la Defensoría podrá hacerlas del *conocimiento del Congreso y de la autoridad que estime pertinente* para los efectos procedentes;
- V. A la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca le corresponderá velar en el establecimiento de sus *políticas públicas*, así como en los *actos* que realice; salvaguarde y promueva la correcta aplicación y cumplimiento del *principio del Interés Superior de la niñez*, así como observar que se respeten y garanticen los *Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*; y
- VI. Las demás que le atribuyan esta Constitución y las leyes.<sup>6</sup>

Como vemos, el órgano constitucional no jurisdiccional cuenta con una variada gama de mecanismos de protección, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos consagrados en la Constitución en el plano local.

## 6. La competencia

La Defensoría DHPO tiene *competencia* en todo el *territorio* oaxaqueño para conocer de las peticiones relacionadas con presuntas violaciones a los derechos humanos de las personas, cuando estas fueren imputadas a autoridades y servidores públicos de carácter estatal o municipal (art. 5 de la LDDHPO).

De igual forma, por lo que hace a su competencia en razón de la *materia*, tenemos que los derechos humanos que tutela por la vía no jurisdiccional son los regulados en los artículos 6 de la Ley DDHPO y 5 del Reglamento Interno DDHPO.

También es importante mencionar que, de acuerdo a la lógica y naturaleza de este órgano, *no tendrá competencia* para conocer de asuntos relativos a: a) actos y resoluciones de órganos y autoridades electorales; b) resoluciones de carácter jurisdiccional (solo podrá admitir o conocer de quejas contra actos u omisiones de autoridades judiciales, salvo las de carácter federal, siempre y cuando dichos actos u omisiones sean de carácter administrativo; esto quiere decir que por ningún motivo podrá examinar cuestiones jurisdiccionales de fondo); c) conflictos de carácter laboral; y d) consultas formuladas por autoridades, particulares u otros entes sobre la interpretación de disposiciones constitucionales y legales (art. 14 de la LDDHPO).

## C. Sistema Jurisdiccional de Protección y Promoción de los Derechos Humanos

### 1. La Sala Constitucional

La *Sala Constitucional* es el órgano jurisdiccional que tiene como objetivo fundamental garantizar los derechos humanos y la supremacía de la Constitución Local.

### 2. Composición

La Sala Constitucional se encuentra conformada por tres magistrados, los cuales deben cumplir con calificaciones profesionales específicas, a saber: ser juristas de la más alta autoridad moral, contar con reconocida competencia y

<sup>6</sup> Véase los artículos 5 y 13 de la LDDHPO; 15 y 32 del RIDDHPO.



experiencia en materia de derechos humanos y reunir las condiciones necesarias para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales, conforme a la Constitución y las leyes locales.

### 3. El fundamento jurídico

La Sala Constitucional encuentra sustento jurídico tanto en la Ley Fundamental Local como en el ordenamiento secundario.<sup>7</sup>

- a) El *fundamento constitucional*: en el Título IV del Gobierno del Estado, Capítulo IV del Poder Judicial del Estado, Sección Segunda del Tribunal Superior de Justicia, artículo 106, apartado B, de la Constitución Política del Estado de Oaxaca (CPEO).
- b) El *fundamento legal*: en el Libro Segundo del Tribunal Superior de Justicia del Estado, Título IV de las Salas del Tribunal Superior de Justicia del Estado, artículo 23, fracción IV, de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Oaxaca (LOPJE);

así como en el Título Primero, Capítulo I, Disposiciones Generales, artículos 2° y 4°, de la Ley Reglamentaria del Apartado B del Artículo 106 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca (Ley Reglamentaria de la Sala Constitucional o LRSC).

### 4. Funciones y competencia genérica

Para el ejercicio cabal de sus funciones, la Sala Constitucional cuenta con competencia para resolver conflictos de naturaleza constitucional y de derechos humanos en el orden jurídico estatal.

La *competencia genérica* atribuida al órgano jurisdiccional, a nuestra consideración, se puede seccionar del siguiente modo:

- a) Competencia por razón de la persona o *ratione personae*: por un lado, se refiere a *quién* puede activar las garantías constitucionales, es decir, quién tiene *legitimación activa*; y, por otro lado,

<sup>7</sup> Véase por vía jurisdiccional: "CONTROL CONSTITUCIONAL LOCAL. SU ESTABLECIMIENTO EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS DEBE OBSERVAR EL MARCO PREVISTO POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. La Constitución de cada Estado de la República constituye un orden jurídico específico y superior al resto de las leyes y normas de cada entidad; de ahí que los Congresos respectivos tienen libertad de configuración para establecer tanto el diseño de su órgano de control constitucional local, como los respectivos medios de control e impugnación que garanticen la superioridad constitucional en el Estado, sin que ello implique, por sí mismo, una afectación a la esfera de los Poderes Legislativo o Ejecutivo estatales, siempre que se observe, desde luego, el marco federal establecido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos". Tesis: P./J. 22/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo I, octubre de 2012, p. 288. "CONTROL CONSTITUCIONAL LOCAL. ES VÁLIDO ESTABLECER UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y UN SISTEMA DE MEDIOS PARA EXIGIR LA FORMA DE ORGANIZACIÓN DE LOS PODERES Y LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO ESTATAL. La superioridad de la Constitución de cada Estado de la Federación sobre el resto de sus normas internas, tiene fundamento en los artículos 40, 41, 116 y 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de modo que resulta válido establecer un tribunal y un sistema de medios para el control constitucional local, que tenga por finalidad controlar y exigir judicialmente la forma de organización de los Poderes estatales, en cuanto a su régimen interior y la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos, en el ámbito del orden estatal, en términos del artículo 1o. de la Constitución Federal". Tesis: P./J. 23/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo I, octubre de 2012, p. 288. AMPARO DIRECTO. PROCEDE CONTRA LAS SENTENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE VERACRUZ, EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, SALVO TRATÁNDOSE DE CUESTIONES ELECTORALES. [...] el federalismo constitucional autoriza que las constituciones locales amplíen el nivel de protección de los derechos humanos, lo cual implica la posibilidad de que no exista coincidencia entre lo previsto en la Constitución General y las constituciones locales sobre ese aspecto, lo cierto es que las sentencias locales en materia de derechos humanos no podrían válidamente afectar el contenido esencial de las garantías individuales reconocidas en la Ley Fundamental, pues el orden jurídico local está supeditado al constitucional [...]. Tesis: P./J. 68/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXII, agosto de 2010, p. 5.



ante quiénes se actualizan las garantías constitucionales, esto es, quiénes tienen *legitimación pasiva*. Sobre este punto, tenemos que la calidad de los sujetos legitimados activa y pasivamente depende de la garantía constitucional que se pretenda accionar.

- b) Competencia por razón de la materia o *ratione materiae*: se refiere al derecho que puede aplicar el órgano jurisdiccional. En la especie, tenemos que el derecho aplicable es el que deriva del orden jurídico estatal.
- c) Competencia por razón del tiempo o *ratione temporis*: se refiere a la determinación del momento a partir del cual el órgano de control constitucional puede conocer de los casos que se le presenten con motivos de los remedios procesales. Sobre el particular, consideramos que el momento a partir del cual se pone en movimiento la actividad del órgano jurisdiccional es a partir de su instalación material, el 3 de octubre de 2013.<sup>8</sup>
- d) Competencia por razón del territorio o *ratione loci*: se refiere al lugar o ámbito territorial en que sucedieron ciertos hechos que dieron lugar a violaciones a los derechos humanos reconocidos en la Constitución Local. Sobre esta cuestión, tenemos que el ámbito territorial de

actuación es el que ocupa la entidad federativa oaxaqueña.

## 5. Competencias por razón de las garantías constitucionales

A nuestro modo de ver, como complemento de la competencia genérica asignada a la Sala Constitucional, es posible, a partir de las formas de tramitación de las garantías constitucionales, deducir ciertas competencias específicas.

Las competencias en función de las garantías constitucionales son:

- a) *Competencia contenciosa*: relativa a la resolución de casos litigiosos. En este caso, tomando en cuenta las garantías constitucionales operadas por la Sala Constitucional, esta competencia puede ser *compartida o complementada* con la intervención del Pleno del Tribunal Superior de Justicia. De tal suerte, por un lado, los juicios para la protección de los derechos humanos<sup>9</sup> y la revocación del mandato, serán substanciados y resueltos por el Pleno de la Sala Constitucional; y, por otro lado, las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad y el control previo de constitucionalidad de leyes y decretos, serán substanciados por la Sala Constitucional, pero resueltos por el Pleno del Tribunal Superior de Justicia.

<sup>8</sup> En este caso hay que tener presente la fecha de *creación formal* de la Sala Constitucional, el 16 de abril de 2011, mediante reforma constitucional; así como la entrada en vigor de su Ley Reglamentaria, el 7 de septiembre de 2013, en esta se regula la forma de tramitación procesal de los mecanismos de tutela constitucional.

<sup>9</sup> La competencia contenciosa de la Sala Constitucional con motivo de la puesta en marcha del juicio para la protección de los derechos humanos requiere para su *habilitación* que se surtan los requisitos siguientes:

- a) Que el *derecho humano* que se estime vulnerado por el acto de autoridad sea de *carácter estatal*, es decir, que se encuentre *regulado en el orden jurídico doméstico*. Así, por ejemplo, se alegarán derechos humanos reconocidos en la Constitución Local y tratados internacionales de derechos humanos (en virtud de la cláusula de apertura o de recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos).
- b) Únicamente es procedente por el *incumplimiento de las recomendaciones emitidas por la Defensoría DHPO* en contra de las autoridades o servidores públicos responsables de carácter estatal. Dichas recomendaciones, obviamente, deben ser producto de los procedimientos de queja o peticiones individuales tramitados ante el órgano no jurisdiccional de tutela de los derechos humanos de las personas en la entidad.



- b) *Competencia preventiva*: se manifiesta a través de las medidas provisionales y suspensión del acto reclamado, actuaciones judiciales, y leyes y decretos del legislativo estatal, los cuales se conceden, según el mecanismo de que se trate, en los casos de extrema gravedad, urgencia y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas. Las *medidas provisionales* son derivadas del juicio para la protección de los derechos humanos, el cual será substanciado y resuelto por el Pleno de la Sala Constitucional. Por lo que hace a la suspensión, la podemos apreciar bajo las modalidades siguientes: I) suspensión del acto reclamado decretadas en virtud de las controversias constitucionales, las cuales serán substanciadas por la Sala Constitucional y resueltas por el Pleno del Tribunal Superior de Justicia; II) suspensión provisional de las actuaciones del procedimiento judicial con motivo de la duda constitucional, la cual será substanciada por la Sala Constitucional y resuelta por el Pleno del Tribunal Superior de Justicia; III) suspensión de la promulgación y publicación de leyes o decretos de procedimientos legislativos en virtud del control previo de constitucionalidad de leyes y decretos, el cual será substanciado por la Sala Constitucional y resuelto por el Pleno del Tribunal Superior de Justicia.<sup>10</sup>
- c) *Competencia consultiva*: opera bajo un perfil cuasijurisdiccional, consultivo o de opinión. Se trata de una competencia que se acciona por medio de procedimientos *aparentemente* jurisdiccionales, pero que, en atención a lo resuelto en los mismos,

las resoluciones que se dictan no tienen efectos vinculantes, sino que son criterios orientadores que producen efectos jurídicos innegables. Un buen ejemplo de este tipo de competencia es aquella que se origina del mecanismo de la duda constitucional.

- d) *Competencia ejecutiva*: se desenvuelve mediante procedimientos limitados respecto a la supervisión del cumplimiento de las resoluciones de la Sala Constitucional, a partir de la solicitud de informes periódicos sobre la ejecución de aquellas; además, en caso de incumplimiento por parte de la autoridad responsable, se podrá, a criterio del órgano jurisdiccional, y tomando en cuenta las particularidades del asunto en cuestión, optar por su ejecución forzosa, así como su consignación penal ante el órgano persecutor (previa separación del cargo, y según lineamientos establecidos para tal efecto); o bien, iniciar el cumplimiento sustituto del fallo mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados.

## 6. Las garantías constitucionales

La Sala Constitucional, con la finalidad de asegurar la defensa de la Constitución y los derechos humano en sede doméstica, cuenta con sendos instrumentos procesales, en su mayoría de carácter vinculante.

Los mecanismos de control constitucional se encuentran regulados en el artículo 106, apartado B, fracciones I a VI, de la Constitución Local.

<sup>10</sup> Por las características propias de la *acción de inconstitucionalidad*, esta no da lugar a la suspensión de la norma cuestionada (art. 87 de la LRSC).



Artículo 106.- (...).

A. (...).

B. Corresponde a la Sala Constitucional, en los términos que señale la ley:

I. Conocer de las *controversias constitucionales* que se susciten entre:

- a) Dos o más municipios;
- b) Uno o más municipios y el Poder Legislativo;
- c) Uno o más municipios y el Poder Ejecutivo;
- d) El Poder Ejecutivo y el Legislativo; y
- e) Entre Órganos Autónomos, o entre estos y el Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, o los Municipios.

Cuando las controversias versen sobre disposiciones generales de los Poderes Ejecutivo, Legislativo, o de los municipios, y la resolución del Pleno del Tribunal Superior de Justicia las declare inconstitucionales, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiere sido aprobada por las dos terceras partes de sus miembros, y surtirá efectos a partir de su publicación en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado;

II. Conocer, con excepción de las acciones de inconstitucionalidad contra leyes electorales locales, de las *acciones de inconstitucionalidad* contra una norma de carácter general que se considere contraria a esta Constitución y que dentro de los treinta días siguientes a su publicación, se ejerciten por:

- a) Cuando menos treinta por ciento de los Diputados;
- b) El Gobernador del Estado; y
- c) Los órganos autónomos del Estado, en las materias de sus respectivas competencias.

Las resoluciones dictadas tendrán efectos generales cuando hubieren sido aprobadas por las dos terceras partes de los miembros del Pleno del Tribunal Superior de Justicia, y surtirán sus efectos a partir de su publicación, sin poder aplicarse retroactivamente excepto cuando se trate de asuntos del orden penal y en beneficio del inculpaado;

- III. Conocer de las peticiones formuladas por los demás Tribunales y Jueces del Estado, cuando tengan *duda sobre la constitucionalidad o aplicación de una ley local*, en el proceso sobre el cual tengan conocimiento, en los términos que disponga la Ley. Las resoluciones dictadas por las dos terceras partes de los miembros del Pleno del Tribunal Superior de Justicia tendrán efectos de criterios orientadores no vinculantes;
- IV. Conocer de las peticiones formuladas por el Gobernador del Estado, por treinta por ciento de los Diputados al Congreso del Estado o por los órganos autónomos en el ámbito de sus respectivas competencias, sobre la *constitucionalidad de un proyecto de ley o decreto aprobado por el Congreso previo a su promulgación y publicación*. El Tribunal Superior de Justicia deberá resolver en un plazo máximo de quince días naturales, mediante la aprobación de las dos terceras partes de sus miembros;
- V. Substanciar el *juicio para la protección de los derechos humanos*, por incumplimiento de las recomendaciones hechas a la autoridad por la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca.
- VI. Solventar y resolver los *recursos relativos a los requisitos de la revocación del mandato* señalados en el artículo 25 de la Constitución, en los términos y plazos señalados por la Ley.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Regulados con mayor precisión en el ordenamiento secundario (art. 4 de LRSC).



Como se puede apreciar, el órgano constitucional jurisdiccional cuenta con una variada gama de mecanismos de defensa

de la Constitución y los derechos humanos en el plano local.

### III. El procedimiento de queja ante la Defensoría de los Derechos Humanos del pueblo de Oaxaca

Una vez comprendidos los tópicos centrales del sector no contencioso del sistema de los derechos humanos, estamos en condiciones de estudiar, etapa por etapa, la tramitación de la garantía no jurisdiccional de los derechos humanos ante el órgano constitucional especializado.

#### A. Procedimiento de queja en materia de derechos humanos

El *procedimiento de queja en materia de derechos humanos*: es un mecanismo de carácter no jurisdiccional, ágil, sencillo, breve y sin formalismos innecesarios; su *objeto* son los conflictos, actos u omisiones, de naturaleza administrativa en los que se encuentren involucrados derechos humanos reconocidos en la Constitución Local, instrumentos internacionales y otras fuentes en la materia; y su *finalidad* consiste en tutelar de manera efectiva los derechos del ser humano. En otras

palabras, lo que se busca con este mecanismo es restituir, reparar, prevenir o asegurar, según sea el caso, la esfera de derechos y libertades de la persona, considerada en su acepción individual o colectiva.

#### B. Presentación, recepción y registro de la queja

Para iniciar el procedimiento de queja ante la Defensoría DHPO lo primero que debemos saber es quiénes están legitimados para presentar una *petición* o *queja*<sup>12</sup> ante ella. Por razones más que obvias, por regla general, las principales interesadas y por lo tanto legitimadas serán las presuntas víctimas; en su defecto, sus familiares.

Las *peticiones* o *denuncias por presunta o alegada violación* a derechos humanos pueden presentarse ante la Defensoría DHPO a *petición de parte* o *de oficio*.

<sup>12</sup> La palabra "Queja" viene del latín, del verbo "*queror*" *questus sum* dep. quejarse, deplorar (*suum fatum*, su suerte; *de aliqua re* q., quejarse de algo), hacer oír sus quejas, sus voces plañideras. De ahí la partícula interrogativa "*quáre*", adverbio que significa "¿por qué?", "¿por qué motivo?". Y en otra acepción, queja es "Querella", del latín *queréla-ae*, f. Queja, lamentación, reclamación, demanda, querella, descontento (*civitatis* de la ciudad), enfermedad. En este tenor, enfocándonos al ámbito procedimental no jurisdiccional, nos ilustra María de Lourdes García Ruiz: "La queja en el procedimiento de derechos humanos es de carácter no jurisdiccional, cuasi-contencioso, paraprocesal o voluntario y de naturaleza administrativa; tiene varias acepciones, designa diversos tipos de acciones y recursos. En México la queja, también llamada "reclamación" o "denuncia" en el procedimiento de derechos humanos, como acción, constituye un documento en el cual una o varias personas describen actos u omisiones cometidos por una autoridad o servidor público y que consideran violatorio de sus derechos humanos". Cfr., García Ruiz, María de Lourdes, "Queja en el procedimiento de derechos humanos", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *et al.*, (coords), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 2ª. ed., México, UNAM/IIJ, 2014, pp. 1093-1095.



Los sujetos legitimados para presentar una queja son (arts. 44 y 46 de la LDDHPO; 70 y 82 del RIDDHPO):

- Cualquier persona;<sup>13</sup>
- Grupo o colectivo de personas;
- Pueblo o comunidad indígena o afrodescendiente, y
- Organizaciones de la Sociedad Civil (ONG) legalmente constituidas (art. 91 del RIDDHPO).

La Defensoría DHPO tiene facultades para iniciar de *oficio* un procedimiento de investigación con motivo de *violaciones graves a los derechos humanos* de las personas (arts. 58 y 59 de la LDDHPO; 88 y 93 del RIDDHPO).

El *plazo* para presentar una petición ante la Defensoría DHPO es de *un año*, a partir de que se hubiera iniciado la ejecución de los hechos que se estimen violatorios de derechos humanos, o de que el peticionario hubiere tenido conocimiento de los mismos. No obstante lo anterior, existen casos de *excepción*, como por ejemplo, cuando se trate de infracción graves a los derechos humanos a la vida, a la integridad física y psicológica, a la libertad personal, y en los casos de lesa humanidad (arts. 47 de la LDDHPO; 99 del RIDDHPO).

Las peticiones pueden ser presentadas por escrito, comparecencia (verbal) y/o por cualquier medio de comunicación, por ejemplo, vía telefónica o vía correo electrónico, en cuyo caso, se exige que dentro del plazo de cinco días se realice su ratificación, en caso de no hacerlo,

se dará por concluido el trámite, por falta de interés, archivándose el asunto (arts. 48 y 49 de la LDDHPO; 83 del RIDDHPO).

En los casos que se requiera, la Defensoría DHPO levantará un acta circunstanciada de sus actuaciones y dará fe pública (arts. 9 y 55 de la LDDHPO; 84 del RIDDHPO).

Para la *admisión de una petición*<sup>14</sup> la Defensoría DHPO atenderá siempre a la *aparición del buen derecho* alegado por el peticionario (art. 95 del RIDDHPO). Así, para que una petición sea admitida deben surtirse los requisitos previstos por el artículo 85 del Reglamento Interno DDHPO:

- Los *datos mínimos de identificación*: nombre, apellidos, domicilio y, en su caso, número telefónico de la persona que probablemente ha sido o está siendo afectada en sus derechos humanos, así como los de la persona que presente la petición si esta fuera distinta al agraviado;
- La *manifestación expresa* del peticionario para que sus datos de identificación se mantengan en reserva;
- Los *hechos* presuntamente constitutivos de violación a derechos humanos;
- El *servidor público* o *autoridad* a quien se imputen los hechos. En caso de que no se conozcan, la Defensoría DHPO admitirá la petición y hará todo lo posible durante el procedimiento por determinar a la autoridad señalada como responsable;
- Si es el caso, las *pruebas* en las que sustente su dicho el peticionario, y

<sup>13</sup> Cuando los interesados estén privados de su libertad o se desconozca su paradero, los hechos se podrán denunciar por los parientes, o cualquier persona, inclusive por menores de edad (art. 44 LDDHPO). Los menores de edad pueden presentar queja por conducto de un adulto, aunque de no ser posible, la Defensoría DHPO está obligada a proporcionarle asesoría especializada (art. 92 del RIDDHPO).

<sup>14</sup> Los supuestos en que no se deberá admitir una petición están regulados en los artículos 60 de la LDDHPO y 87 y 96 del RIDDHPO. Cuando la Defensoría DHPO no sea competente está obligada a orientar a la persona interesada, a fin de que acuda a la autoridad o servidor público competente para conocer y resolver su asunto (arts. 61 de la LDDHPO y 107 del RIDDHPO).



- El nombre, firma o huella digital del peticionario, o de la persona que lo auxilie o represente, anexando copia de identificación oficial.

Previo a la presentación de una petición, el personal de la Defensoría DHPO prestará toda la asesoría que se considere necesaria para que se cubran dichos requisitos. De igual manera, la Defensoría DHPO según ciertos requisitos que debe contener la petición, podrá *suplir su deficiencia*.

### C. Calificación de la queja

Una vez que el planteamiento de la queja haya sido recibido y registrado se le asignará un número de expediente y se hará su *calificación* por el *Defensor* que puede ser, según el caso, *Adjunto, Especializado o Regional*.

El Defensor emitirá un *acuerdo de calificación* en un término máximo de tres días hábiles, a partir de la fecha de recepción de la queja (art. 100 del RIDDHPO).

El acuerdo de calificación suscrito por el Defensor deberá estar debidamente fundado y motivado, y además debe contar con la aprobación del Coordinador Operativo de las Defensorías quien informará, a su vez, al Coordinador General de las Defensorías (art. 104 del RIDDHPO).

El acuerdo de calificación podrá dictarse en los sentidos siguientes (art. 104 del RIDDHPO):

- Existencia de una presunta violación a los derechos humanos de la persona (art. 105 del RIDDHPO);
- Incompetencia de la Defensoría DHPO para atender la petición (arts. 14 de la LDDHPO y 106 del RIDDHPO);
- Incompetencia de la Defensoría DHPO, pero con la posibilidad de ofrecer una orientación jurídica al peticionario (art. 61 de la LDDHPO y 107 del RIDDHPO);
- Acuerdo de calificación pendiente, cuando la petición no reúna los requisitos legales o reglamentarios, o esta sea confusa (art. 108 del RIDDHPO).

### D. Trámite de la queja

Cuando la queja haya sido calificada como *presuntamente violatoria de derechos humanos* el Defensor Regional, Adjunto o Especializado, según el caso, notificará al peticionario el acuerdo de admisión de la queja que contendrá el resultado de la calificación y una solicitud de comunicación constante al peticionario en relación con la Defensoría DHPO durante la tramitación del expediente<sup>15</sup> (art. 105 del RIDDHPO).

<sup>15</sup> En *situaciones de gravedad y urgencia*, la Defensoría DHPO podrá, a *iniciativa propia* o a *petición de parte*, solicitar que el Estado adopte *medidas cautelares* con la finalidad de prevenir daños irreparables a las personas o al objeto del proceso en conexión con una queja o caso pendiente, o bien, de forma independiente de cualquier petición o caso pendiente (arts. 109 y 110 del RIDDHPO). El otorgamiento de las medidas cautelares y su adopción por parte de la autoridad, no implica un prejuzgamiento sobre la violación a los derechos humanos de las personas (art. 117 del RIDDHPO).

La Defensoría DHPO está *facultada para solicitar de manera oficiosa* y en cualquier momento a las autoridades competentes para que adopten las *medidas precautorias o cautelares* necesarias y efectivas para salvaguardar los derechos humanos de la parte peticionaria, con el fin de evitar la continuidad o consumación irreparable de las violaciones a derechos humanos denunciadas, o la producción de daño de difícil reparación a los afectados, así como solicitar su modificación cuando cambien las situaciones que las justificaron. Dichas medidas pueden ser de *conservación o restitutorias*, según lo requiera la naturaleza del asunto. Las *medidas de conservación* son aquellas que se solicitan para que las cosas permanezcan en el estado que se encuentran, evitando la consumación irreparable de las presuntas violaciones



De igual manera, una vez admitida la queja, el Defensor lo hará del conocimiento de la *Autoridad presuntamente responsable*, solicitándole un *informe con justificación* de los actos, omisiones o resoluciones que se le atribuyan, el cual deberá presentar dentro de un plazo máximo de quince días naturales (en situaciones *urgentes* dicho plazo podrá ser reducido), a partir de su notificación (art. 62 de la LDDHPO y 118 del RIDDHPO). Toda la documentación que remita la Autoridad deberá estar legible, certificada y debidamente foliada, para que surta sus efectos en el procedimiento de investigación (art. 119 del RIDDHPO).

En caso de que la Autoridad *no rinda dicho informe (omisión)* o, en caso de que rinda el informe, pero no adjunte la documentación que le dé el sustento, el Defensor podrá *requerirlo* hasta por dos ocasiones, con la finalidad de que rinda el mismo con sus respectivas documentales (medios de prueba). El lapso de tiempo establecido entre los dos requerimientos será de cinco días, contados a partir del acuse de recibido (art. 126 del RIDDHPO).

Si no obstante los dos requerimientos efectuados a la Autoridad presuntamente

responsable, esta no hubiere rendido el informe solicitado, el Defensor acudirá a la oficina de dicha autoridad para hacer la *investigación* respectiva,<sup>16</sup> dentro del plazo de tres días hábiles, contados a partir del día siguiente al del vencimiento del último requerimiento (art. 126 del RIDDHPO).

Ahora bien, si como resultado de la investigación practicada por el Defensor, este advierte la *acreditación de violación a los derechos humanos* del peticionario o afectado, procederá a la formulación de una *recomendación* en la que precisará la falta de rendición del informe a cargo de la responsable<sup>17</sup> (art. 127 del RIDDHPO).

La emisión de una recomendación por parte de la Defensoría DHPO en contra de la *Autoridad Responsable* no impide que el órgano no jurisdiccional solicite la aplicación de las *responsabilidades administrativas* correspondientes al servidor público infractor (arts. 127 y 128 del RIDDHPO).

Por otro lado, si la Autoridad señalada como responsable sí rinde su informe con justificación,<sup>18</sup> este se podrá hacer del *conocimiento* del peticionario, en los casos siguientes (art. 120 del RIDDHPO):

---

a los derechos humanos denunciados o la producción de daños de difícil reparación. Las *medidas restitutorias* son aquellas que tienden a resarcir a la parte quejosa al estado en que se encontraban hasta antes de la consumación de las presuntas violaciones de derechos humanos denunciadas o de la producción de daños de difícil reparación (art. 66 de la LDDHPO y 130 del RIDDHPO).

El *procedimiento de las medidas cautelares* se encuentra regulado en los artículos 109 al 117 del RIDDHPO; el *procedimiento de medidas precautorias* se encuentra regulado en los artículos 130, 131 y 132 del RIDDHPO. Tanto en el texto de la Ley como en el Reglamento de la Defensoría DHPO ambas figuras son tomadas al parecer como sinónimos, quizá una diferencia significativa es que las primeras pueden ser decretadas de oficio y a petición de parte, y las segundas solamente de oficio.

<sup>16</sup> Véase de manera especial los artículos 123, 124 y 125 del RIDDHPO.

<sup>17</sup> En estos casos no habrá posibilidad de conciliación ni operará la prueba en contrario.

<sup>18</sup> El artículo 65 de la LDDHPO dispone: "En el *informe* que deberán rendir las autoridades señaladas como responsables, se deberá hacer constar los *antecedentes* del asunto, *fundamentos* y *motivaciones* de los actos u omisiones impugnados, si efectivamente estos existieron, así como los elementos de información que consideren necesarios para la documentación del asunto. La *falta de rendición del informe* o de la *documentación* que pruebe y justifique sus actuaciones, así como el *retraso injustificado* de su presentación, además de la *responsabilidad respectiva*, tendrá el *efecto* de que en relación con el trámite *se tenga por ciertos los hechos* materia de la misma".



- Cuando exista contradicción evidente entre lo manifestado por el quejoso y la información de la autoridad;
- Cuando la autoridad pida que el quejoso se presente ante ella para resarcirle la presunta o alegada violación a sus derechos humanos;
- Cuando a juicio del Coordinador General de las Defensorías o los Defensores Regionales, Adjuntos o Especializados que conozcan de la queja, sea necesario que el peticionario se entere fehacientemente del contenido de la respuesta de la autoridad.

De darse cualquiera de los supuestos mencionados, se concederá al quejoso un plazo máximo de quince días, contados a partir del acuse de recibido, para que *manifieste lo que a su derecho convenga*.<sup>19</sup>

Y, por el contrario, en caso de que el quejoso no realice alegación alguna, se ordenará el envío del expediente al *archivo*, siempre y cuando resulte evidente que la autoridad se ha conducido con verdad (art. 120 del RIDDHPO).

La Defensoría DHPO con motivo de la substanciación de las quejas o peticiones, podrá dictar *acuerdos de trámite* que serán obligatorios para las autoridades y servidores públicos a efecto de que aporten información o documentación. Su incumplimiento acarreará las sanciones y responsabilidades indicadas en el *Título Cuarto, Capítulo II, de la Ley de la Defensoría DHPO*.

Para el efecto de documentar debidamente las evidencias en un expediente de petición por presuntas o alegadas violaciones a los derechos humanos de las personas, la Defensoría DHPO

podrá solicitar que se rindan y desahoguen todas aquellas pruebas que resulten indispensables, con la sola condición de que estas no estén reprobadas por el orden jurídico vigente en el Estado (art. 129 del RIDDHPO).

Las pruebas que se presenten tanto por las personas interesadas como por las autoridades o servidores públicos a quienes se imputen violaciones a los derechos humanos, o bien que la Defensoría DHPO requiera y recabe de oficio, serán valoradas en su conjunto de acuerdo con los principios de derechos humanos, así como del debido proceso, la lógica y las máximas de la experiencia a fin de que puedan producir convicción sobre los hechos materia de la petición (art. 67 de la LDDHPO).

Cuando para la resolución de un asunto se requiera una investigación, el Coordinador General de Defensorías, los Defensores Adjuntos, Regionales y Especializados tendrán las facultades siguientes (art. 68 de la LDDHPO):

- Pedir a las autoridades o servidores públicos a los que se imputen violaciones a los derechos humanos de las personas, la presentación de informes o documentos adicionales;
- Solicitar de otras autoridades, servidores públicos o particulares toda clase de documentos e informes;
- Practicar visitas e inspecciones, ya sea personalmente o por medio del personal técnico o profesional bajo su dirección;
- Citar a las personas que deban comparecer como peritos o testigos, y

<sup>19</sup> Durante el trámite del expediente el peticionario podrá solicitar la *solución anticipada* al Defensor de los derechos humanos a fin de lograr una solución inmediata del conflicto. De lograrse una solución satisfactoria para la víctima, la Defensoría DHPO lo hará constar por escrito y ordenará el archivo del expediente, el cual podrá reabrirse cuando los quejosos o denunciantes expresen al órgano no jurisdiccional que no se ha cumplido con el compromiso en un plazo de 15 días naturales (art. 63 de la LDDHPO).



- Ejecutar todas las demás acciones que conforme a derecho juzgue conveniente para el mejor conocimiento del asunto.

Durante la fase de investigación que desarrollen los Defensores Regionales, Adjuntos o Especializados, o bien, los servidores públicos que la Defensoría DHPO haya designado para tal efecto, podrán presentarse en cualquier oficina administrativa, hospitales públicos y privados, penitenciarías, casas de seguridad, consejos tutelares, garitas migratorias, comisarías preventivas, cárceles municipales, casas de arraigo, espacios de reclusión, entre otros, para comprobar cuantos datos sean necesarios, hacer las entrevistas personales pertinentes, sea con autoridades o con testigos, o proceder al estudio de los expedientes y documentos relacionados (art. 124 del RIDDHPO).

En el desempeño de sus funciones los Defensores tendrán fe pública, lo que les permitirá certificar la veracidad de los hechos en relación con las peticiones o inconformidades, así como la facultad de autenticar documentos preexistentes o declaraciones y hechos que tengan lugar o estén aconteciendo en presencia de ellos, sin perjuicio del valor probatorio que en definitiva se les atribuya de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley de la Defensoría DHPO.

En el desempeño de estas funciones de investigación, las autoridades están obligadas a colaborar y proporcionar las facilidades que se requieran para el buen desempeño de la investigación de los hechos denunciados en la queja, así como permitir el acceso a la documentación y los archivos respectivos

(arts. 80, 81 y 82 de la LDDHPO; 124 del RIDDHPO). Salvo que se trate de información y documentación reservada, supuesto en el cual es aplicable el artículo 81 de la Ley de la Defensoría DHPO.

La falta de colaboración u omisión de las autoridades en relación con las labores de los funcionarios de la Defensoría DHPO podrá ser motivo de la presentación de un *informe especial* en su contra y ante su Superior Jerárquico, independientemente de las responsabilidades administrativas o penales a que haya lugar. De igual manera, se podrá solicitar la amonestación pública o privada, según el caso, al titular de la dependencia de que se trate. Y respecto a los particulares que durante los procedimientos de la Defensoría DHPO incurran en faltas o en delitos, la misma lo hará del conocimiento de las autoridades competentes para que sean sancionados de acuerdo con las leyes de la materia (arts. 83 al 86 de la LDDHPO y 125 del RIDDHPO).

Antes de pasar a la fase del dictado de una recomendación se puede presentar una *etapa conciliatoria* —en realidad se puede presentar desde el inicio de un procedimiento de petición individual— ante la Defensoría DHPO. En caso de configurarse una *conciliación* en virtud de un acuerdo entre las partes (quejoso y autoridad o servidor público), esta tendrá por efecto la conclusión del procedimiento de investigación.

## F. Propuesta y acuerdo de conciliación

La *conciliación*<sup>20</sup> es una de las formas en las que se puede concluir un procedimiento de

<sup>20</sup> La *conciliación* no implica la negociación de los derechos humanos, estos no se pueden negociar; consiste en que la autoridad reconozca que está violando los derechos y, por tanto, acepte solventar la posible violación que se esté dando y restituir al agraviado en el goce de sus derechos, si es que esto es posible, o incluso reparar el daño; desde luego, esto no implica que no se pueda sancionar al servidor público que cometió tal violación. Cfr., Martínez Bullé Goyri, Víctor M, "El procedimiento ante los organismos autónomos protectores de los derechos humanos", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord), *Derecho procesal constitucional*, 5ª. ed., T. II, México, Porrúa, 2006, pp. 1463. Por su parte, De la Barreda



investigación.<sup>21</sup> Implica un acuerdo entre las partes, es decir, entre la peticionaria y la autoridad o servidor público a quien se imputa un hecho violatorio de derechos humanos (art. 134 del RIDDHPO).

El Defensor Regional, Adjunto o Especializado que conozca de una queja y advierta la acreditación de la existencia de violación a derechos humanos, pero que no obstante dichas violaciones, estas no atenten contra los derechos a la vida, la integridad física, psicológica y sexual, la libertad personal y los de lesa humanidad (u otras que se consideren especialmente graves por el número de afectados o sus posibles consecuencias), podrá consultar con el Coordinador Operativo de las Defensorías, si dicha petición es susceptible o no, de un procedimiento de solución por la vía conciliatoria (arts. 135, 137, 138 y 142 del RIDDHPO).

De verificarse la factibilidad de iniciar un procedimiento conciliatorio y previo acuerdo con el Coordinador Operativo de las Defensorías, el Defensor que esté conociendo de la queja, inmediatamente dará *aviso* al peticionario de esta circunstancia y le explicará a detalle en qué consistirá dicho procedimiento y sus ventajas. De igual manera, el Defensor está obligado, en caso de que el peticionario acepte iniciar el procedimiento conciliatorio, a *informarle* del avance del trámite hasta su conclusión (art. 142 del RIDDHPO).

El Defensor Regional, Adjunto o Especializado deberá formular por escrito la *propuesta de conciliación* y dirigirla a la autoridad o servidor público correspondiente (art. 138 del RIDDHPO).

La autoridad o servidor público a quien se envíe la propuesta conciliatoria dispondrá de un plazo de 10 días hábiles para dar su *contestación* a la misma. La contestación que al efecto formule la autoridad o servidor público también tendrá que ser por escrito, y en ella deberá adjuntar todas las *pruebas* correspondientes a su cumplimiento (art. 139 del RIDDHPO).

En caso de que la autoridad o servidor público señalado como responsable *no dé contestación* al escrito de propuesta de conciliación emitido por el Defensor, este podrá efectuarle hasta dos *requerimientos*, los cuales no excederán de 5 días, con la finalidad de que conteste si acepta o no la propuesta (art. 140 del RIDDHPO).

Cuando la autoridad o servidor público *no acepte* la propuesta de conciliación formulada por el Defensor, la consecuencia inmediata consistirá en la preparación del proyecto de recomendación correspondiente (art. 144 del RIDDHPO).

Ahora bien, si durante los 30 días siguientes a la *aceptación* de la propuesta de conciliación, la autoridad *no la hubiere cumplido totalmente*, el quejoso podrá comunicarlo a la Defensoría DHPO para que, en su caso, dentro del plazo de 72 horas, contadas a partir de la recepción del escrito, se resuelva sobre la *reapertura del*

---

Solórzano refiere: "esta forma de resolución modifica la realidad que motivó la queja: la autoridad rectifica su proceder y el quejoso queda satisfecho, pues sin la plena anuencia de este no hay conciliación posible. Además, el arreglo siempre se da estrictamente conforme a derecho. En otras palabras: esta es una forma de conclusión en la que la actuación del *Ombudsman* es eficaz". Cfr., Barreda Solórzano, Luis De la, "Los desafíos del Ombudsman", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord), *Derecho procesal constitucional*, 5ª. ed., T. II, México, Porrúa, 2006, p. 1422.

<sup>21</sup> Los procedimientos de investigación pueden *concluirse* por diversas causas: por incompetencia, por improcedencia, por tratarse de hechos no violatorios de derechos humanos, por desistimiento debidamente ratificado, salvo en los casos de excepción (previstos en la ley), por falta de interés del peticionario, por no existir elementos suficientes de pruebas para acreditar la presunta o alegada violación a los derechos humanos, por no haberse identificado a la autoridad responsable, por haberse extinguido (durante el trámite) la materia que da inicio al procedimiento, por haberse emitido un informe especial sobre el asunto planteado, por haberse remitido el asunto a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en virtud de su facultad de atracción, etc. (art. 145 del RIDDHPO).



*expediente*, determinándose las acciones que correspondan (art. 141 del RIDDHPO).

Durante el trámite conciliatorio la autoridad o servidor público podrá presentar a la Defensoría DHPO las *evidencias* que considere pertinentes para comprobar que en el caso particular no existen violaciones a derechos humanos o para oponer alguna causa de incompetencia al propio órgano no jurisdiccional (art. 143 del RIDDHPO).

Finalmente, de *lograrse una conciliación satisfactoria* para la persona ofendida, el Defensor —Regional, Adjunto o Especializado— que haya conocido de la queja lo hará constar por escrito y ordenará el *archivo del expediente*, el cual podrá *reabrirse* cuando los peticionarios expresen a la Defensoría DHPO que no se ha cumplido con el compromiso en un plazo de 15 días o en el plazo establecido en el acuerdo, contado a partir de la fecha de realización de la conciliación (art. 136 del RIDDHPO).

## F. Acuerdo de no responsabilidad y recomendación

Una vez que se ha concluido la investigación, el Defensor Regional, Adjunto o Especializado procederá a formular, según sea el caso, lo siguiente (art. 71 de la LDDHPO):

- Un *proyecto de recomendación*, o
- Un *proyecto de determinación de no violación a los derechos humanos* del peticionario.

En ambos proyectos se *analizarán* los *hechos*, los *argumentos* y las *pruebas*, así como los *elementos de convicción* y las *diligencias* practicadas, a fin de determinar si las autoridades o servidores públicos *han violado o no los derechos humanos* del quejoso o afectado, al haber incurrido en actos u omisiones ilegales, irrazonables, injustas,

inadecuadas o erróneas, o hubiesen dejado sin respuesta las solicitudes presentadas por los interesados durante de un periodo que exceda notoriamente los plazos fijados por la Ley de la Defensoría DHPO (art. 71 de la LDDHPO).

En el *proyecto de recomendación*, el Defensor Regional, Adjunto o Especializado deberá señalar las *medidas* que procedan para la efectiva *restitución* de los afectados en sus derechos humanos, y si procede, la *reparación de los daños y perjuicios* que se hubiesen ocasionado (art. 71 de la LDDHPO).

Los proyectos de referencia —de responsabilidad y no responsabilidad— serán presentados al *Defensor de los Derechos Humanos del Pueblo* para que realice la consideración final sobre el asunto (art. 71 de la LDDHPO).

Por lo que toca a los *acuerdos de no responsabilidad*, una vez que el Defensor Regional, Adjunto o Especializado, ha finalizado la investigación de las presuntas violaciones a los derechos humanos alegados en la petición, verificará si existen elementos de convicción necesarios para demostrar la *no existencia de violaciones* a tales derechos, o de *no haberse acreditado* estos de manera fehaciente. En cualquier supuesto, se lo hará del conocimiento al Coordinador General de Defensorías, quien, a su vez, someterá el *proyecto de acuerdo de no responsabilidad* al Defensor de los Derechos Humanos del Pueblo (arts. 72 de la LDDHPO y 149 del RIDDHPO).

Los acuerdos de no responsabilidad deberán cumplir con los requisitos siguientes (art. 150 del RIDDHPO):

- Los datos generales del peticionario;
- Los datos generales de la autoridad o servidor público señalado como responsable;
- El número del expediente de queja;
- El lugar y la fecha;



- La descripción clara y breve de los hechos que fueron indicados como violatorios de derechos humanos;
- La relación de las evidencias y los medios de convicción con los cuales se pruebe la no responsabilidad, o la inexistencia de las evidencias en que se soporta la queja;
- La consideración y el análisis de las causas de la resolución de no responsabilidad, y
- Las conclusiones.

La formulación del proyecto de acuerdo de no responsabilidad y su consecuente aprobación se realizarán conforme a los lineamientos que para las recomendaciones establece el Reglamento Interno de la DDHPO (art. 151 del RIDDHPO).

Los acuerdos de no responsabilidad serán *notificados* en el término de 3 días a los peticionarios, a las autoridades o servidores públicos a los que vayan dirigidos y a sus Superiores Jerárquicos. Estas determinaciones serán *publicadas* íntegramente en el órgano oficial de difusión de la Defensoría DHPO (arts. 77 de la LDDHPO y 152 del RIDDHPO).

Es importante mencionar que los *acuerdos de no responsabilidad* que despache la Defensoría DHPO se referirán a casos concretos cuyo origen sea un hecho específico (efecto *inter partes*), es decir, dichos acuerdos no son de aplicación general y no eximen de responsabilidad a la autoridad o servidor público respecto a otras peticiones de la misma naturaleza, en consecuencia, las autoridades no podrán aplicarlos a otros casos por analogía o mayoría de razón (arts. 75 de la LDDHPO y 153 del RIDDHPO).

Por otra parte, en lo que respecta a las *recomendaciones*, una vez que el Defensor Regional, Adjunto o Especializado ha finalizado la investigación de los hechos violatorios de derechos humanos alegados en la queja, reunirá los elementos de convicción necesarios para probar la *existencia de tales violaciones*. En tal virtud, lo hará del conocimiento al Coordinador Operativo de las Defensorías, para posteriormente abocarse a la elaboración del *proyecto de recomendación* correspondiente (art. 154 del RIDDHPO).

El Defensor encargado del proyecto de recomendación está obligado a consultar los *precedentes*<sup>22</sup> que sobre casos análogos

<sup>22</sup> Esta terminología adoptada por el RIDDHPO no es muy común en nuestro ordenamiento jurídico, pues tiene una connotación más cercana al sistema jurídico anglosajón o del *Common Law*. La figura del *precedente* implica que “las decisiones judiciales que resuelven una cuestión de derecho deben considerarse parámetro normativo en la resolución de casos similares que se presenten con posterioridad ante el mismo órgano resolutor o, en ocasiones, ante uno de menor rango. En consecuencia, la obligatoriedad que se desprende del precedente hace que una decisión sea congruente con una decisión previa dictada en casos similares, pero al mismo tiempo también se convierte en un parámetro normativo a seguir en futuros casos análogos”. A partir de tal consideración, algunos doctrinarios se han planteado la pregunta: ¿Pueden emitir jurisprudencia las Comisiones de Derechos Humanos? A primera vista, desde una *concepción formalista del derecho*, tomando en cuenta, además, que el derecho aplicable a nuestro país encuentra sus raíces en el sistema romano-germánico-canónico o del *civil law*, sin más, no sería esto posible. Desde un segundo punto de vista, muy debatible desde luego, de acuerdo a una *concepción antiformalista o sustancial* en la que se deja de paso, por ejemplo, que para que exista jurisprudencia debe haber cinco resoluciones en el mismo sentido, sin ninguna en contrario, con la finalidad de resolver un determinado asunto, se tendría, siguiendo las bases del derecho de los derechos humanos desarrolladas ampliamente por los órganos jurisdiccional y no jurisdiccionales especializados en la materia, que bastaría con tan solo una determinación que resuelva el asunto, verificando en lo sucesivo, si el precedente es aplicable o no, a otros casos similares o análogos. Esto sin que pase desapercibido que las recomendaciones, aun cuando no constituyen resoluciones jurisdiccionales de carácter vinculantes u obligatorias, el procedimiento para su emisión respeta las formalidades esenciales, lo que permite precisar de manera objetiva la violación a los derechos humanos, conscientemente son documentos con análisis jurídico detallado, fundado y motivado en los que se expone el criterio al que se llegó a fin de determinar la transgresión de los derechos humanos. El hecho de que una autoridad (responsable) no acepte una recomendación, no le resta valor jurídico a esta, porque sigue siendo un documento jurídico debidamente fundado y motivado, pudiendo emitirse una



o similares haya resuelto la Defensoría DHPO (art. 154 del RIDDHPO).

Concluido el proyecto de recomendación por parte del Defensor encargado, lo presentará a consideración del Coordinador Operativo de las Defensorías, para que este formule todas las *observaciones y consideraciones* que resulten pertinentes. Cuando las modificaciones hayan sido incorporadas al texto del proyecto, se presentará a consideración del Coordinador General de las Defensorías para firma del Defensor de los Derechos Humanos del Pueblo (art. 155 del RIDDHPO).

El Coordinador General de las Defensorías tiene la obligación de *analizar* todos los proyectos de recomendación que le sean sometidos a su consideración por el Coordinador Operativo de las Defensorías.

Efectuado el análisis exhaustivo del proyecto, el Coordinador General de las Defensorías formulará las *modificaciones, observaciones y consideraciones* que resulten convenientes y *suscribirá* el texto de la recomendación (art. 156 del RIDDHPO).

El proyecto de recomendación se enviará al Consejo Ciudadano para su conocimiento y opinión (art. 156 del RIDDHPO).

Las recomendaciones deberán cumplir con los requisitos siguientes (art. 157 del RIDDHPO):

- Los datos generales del peticionario;
- Los datos generales de la autoridad o servidor público señalado como responsable;

- El número del expediente de queja;
- El lugar y la fecha;
- La descripción clara y breve de los hechos que fueron indicados como violatorios de derechos humanos (art. 76 del RIDDHPO);
- La relación de las evidencias y los medios de convicción con los cuales se pruebe la responsabilidad ocasionada por los hechos violatorios de derechos humanos (art. 76 del RIDDHPO);
- La descripción de la situación jurídica generada por la violación a derechos humanos y del contexto en el que los hechos se presentaron;
- Las observaciones, valoración de pruebas, motivación y razonamientos lógico-jurídicos y de equidad con los cuales se soporta la recomendación (art. 76 del RIDDHPO);
- La fundamentación jurídica basada en las normas y principios de la Constitución Federal, la Constitución Local, los tratados, las declaraciones y demás instrumentos internacionales que consagren derechos humanos, leyes federales y estatales, reglamentos y otros ordenamientos legales (arts. 69 de la LDDHPO y 76 del RIDDHPO);
- Los puntos concretos a cargo de la autoridad o servidor público que constituyen la conclusión de la recomendación y que se hacen consistir en las acciones u omisiones para la preservación, conservación o restitución de los derechos humanos de la parte peticionaria (art. 69 de la LDDHPO), y

nueva recomendación en contra de esa autoridad o de cualquier otra con el mismo criterio jurídico. En síntesis, el efecto jurídico de las recomendaciones constituye uno de carácter declarativo, pero con una vinculación jurídica latente. Aclarando más la cuestión, por lo que toca a esta segunda concepción, Soberanes Fernández expone que “la jurisprudencia en el caso de la protección no jurisdiccional de los derechos humanos desde un punto de vista material, no formal, significa la obligatoriedad de un solo caso, el precedente, y no la obligación reiterada de un mismo criterio. La jurisprudencia en materia de derechos humanos se va formando con los criterios derivados de la actividad de interpretación de las normas que realizan los órganos no jurisdiccionales de protección de derechos y que se contienen en las recomendaciones, acuerdos o resoluciones de las Comisiones Nacional y estatales”. *Cfr.*, Soberanes Fernández, José Luis, *Derechos humanos y su protección constitucional*, México, Porrúa/IMDPC, 2012, pp. 189-202.



- El señalamiento respecto a la procedencia de la reparación del daño<sup>23</sup> que en su caso corresponda (art. 167 del RIDDHPO).

Las recomendaciones deben ser *suscritas* por el Defensor de los Derechos Humanos del Pueblo, y *notificadas* sin demora alguna, por escrito, a la autoridad o servidor público al que vaya dirigido, a fin de que tome las medidas necesarias para su cumplimiento. En la misma forma será *notificada* al peticionario (arts. 76 de la LDDHPO; 158 y 160 del RIDDHPO).

De igual manera, después de efectuada su notificación a la responsable, las

recomendaciones se darán a conocer a la *opinión pública*. No obstante lo anterior, cuando las acciones solicitadas en la recomendación no requieran de discreción para su cabal cumplimiento, estas se podrán dar a conocer de inmediato a los medios de comunicación (art. 158 del RIDDHPO).

Las recomendaciones pueden ser *publicadas* de manera íntegra o en síntesis en la Gaceta, informe anual y en la página Web Oficial de la Defensoría DHPO (arts. 77 de la LDDHPO y 159 del RIDDHPO).

Las *recomendaciones*<sup>24</sup> que dicte la Defensoría DHPO con motivo del procedimiento de queja

<sup>23</sup> En los casos que la Defensoría DHPO determine que han existido violaciones manifiestas, procederá a solicitar la consecuente *reparación del daño de manera integral (restitutio in integrum)*, abarcando todos los *daños y perjuicios* sufridos por la víctima y extendiéndose más allá del simple *daño patrimonial* para comprender aspectos no pecuniarios de la persona. Siempre se presumirá el *daño moral* tratándose de este tipo de violaciones (art. 167 del RIDDHPO).

La *indemnización* ha de concederse de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias del caso, por todos los *perjuicios* económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas (art. 170 del RIDDHPO).

Para cumplir con las reparaciones del daño causadas a las víctimas, la Defensoría DHPO en su recomendación atenderá el tipo de reparación que proceda, según el caso en cuestión.

Estas reparaciones pueden ser (art. 168 del RIDDHPO): a) *Restitución* (art. 169 del RIDDHPO); b) *Rehabilitación* (art. 171 del RIDDHPO); c) *Satisfacción* (art. 172 del RIDDHPO); y d) *Garantías de no repetición* (art. 173 del RIDDHPO).

La reparación del daño debe corresponder sin discriminación alguna a la *víctima directa* de la violación manifiesta, y cuando existan, a las *víctimas indirectas* de esas violaciones.

El Estado será *subsidiariamente responsable del pago de la reparación del daño* por las violaciones a derechos humanos cometidas por sus servidores públicos (art. 174 del RIDDHPO).

Sobre este tema, véase la *Ley Reglamentaria del artículo 4º de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, en materia de Justa Reparación del Daño en Derechos Humanos para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca* y la *Ley Reglamentaria del artículo 4º de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, por la que se crea el Fondo para la Reparación del Daño a Violaciones Graves y Víctimas de los Derechos Humanos en Oaxaca*.

<sup>24</sup> Soberanes Fernández refiere que “es preciso determinar la naturaleza jurídica de las propias recomendaciones, ya que el verbo recomendar no significa una simple súplica, un ruego o una exhortación, pero tampoco una orden o un mandato, sino una petición, propuesta o solicitud para que la autoridad a la que se dirige y a quien se imputa la infracción realice la conducta necesaria con el fin de reparar la violación de los derechos de los afectados”. De esta suerte, el mencionado autor distingue dos enfoques dentro de los cuales pueden observarse las recomendaciones dictadas por los órganos no jurisdiccionales de protección y promoción de los derechos humanos. El *primer enfoque*, como ya se ha dicho, consiste en que las recomendaciones no son obligatorias para las autoridades responsables y, por ello, como lo establece expresamente el art. 46 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos que incorpora un principio general aplicable a todos los organismos no jurisdiccionales, no podrán por sí mismas anular, modificar o dejar sin efecto las resoluciones o actos contra los cuales se hubiese presentado la queja o denuncia. El *segundo enfoque* entiende que las recomendaciones no son inocuas o carecen de efectos porque tienen carácter público, además de notificarse a los interesados, se dan a conocer a los medios de comunicación y también a los órganos del poder público de mayor jerarquía por conducto de los informes periódicos. No son simples sugerencias o insinuaciones a la autoridad responsable, sino que constituyen verdaderos títulos jurídicos. *Cfr.*, Soberanes Fernández, José Luis, “Cumplimiento de recomendaciones”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *et al.*, (coords), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 2ª. ed., México, UNAM/IIJ, 2014, p. 294. Por su parte, Martínez Bullé Goyri comenta: “las recomendaciones que son no obligatorias, que son públicas, que son autónomas, es decir, ninguna otra autoridad interviene más que la propia Comisión en la emisión de esas recomendaciones, y cuyo peso fundamental es el peso moral y el peso de la racionalidad y fundamentación jurídica de la propia resolución; la recomendación si bien no es obligatoria, si la autoridad la acepta asume el compromiso



son de carácter público y autónomo, no son imperativas —*obligatorias* o *vinculantes*— para la autoridad o servidor público responsable y, en consecuencia, no pueden por sí mismas anular, modificar o dejar sin efectos las resoluciones o actos contra los cuales se hubiese presentado la queja. Asimismo, surtirán efectos solamente para el caso en cuestión (efecto *inter partes*), no obstante ello, no eximen de responsabilidad a la autoridad o servidor público respecto a otras recomendaciones de la misma naturaleza; en consecuencia, las autoridades no podrán aplicarlos a otros casos por analogía o mayoría de razón. En síntesis, compartimos la idea de que *el efecto jurídico de las recomendaciones constituye uno de carácter declarativo, pero con una vinculación jurídica latente* (arts. 73 y 75 de la LDDHPO).

En todo caso, efectuada su debida notificación a la autoridad o servidor público responsable, este dispondrá de un plazo de 15 días hábiles, contados a partir del día siguiente a su notificación, para contestar si acepta o no la recomendación imputada (arts. 73 de la LDDHPO y 161 del RIDDHPO).

En el caso de que la autoridad o servidor público responsable *no conteste* dentro del plazo indicado, la Defensoría DHPO lo hará del conocimiento de su Superior Jerárquico (art. 161 del RIDDHPO).

En el supuesto de que la autoridad o servidor público responsable *no acepte* la recomendación, la Defensoría DHPO lo hará del conocimiento de la opinión pública (arts. 77 de la LDDHPO y 161 del RIDDHPO).

En la hipótesis de que la autoridad o servidor público responsable *acepte*<sup>25</sup> la recomendación, la Defensoría DHPO le concederá un plazo de 15 días adicionales, contados a partir del vencimiento del tiempo disponible para responder sobre la aceptación, a fin de que remita las pruebas que acrediten el cumplimiento de la recomendación imputada (arts. 73 de la LDDHPO y 161 del RIDDHPO).

## G. Cumplimiento de las recomendaciones

Cuando a juicio de la autoridad o servidor público responsable el plazo de los 15 días concedidos por la Defensoría DHPO para el envío de las pruebas que den por cumplida la recomendación sea insuficiente, lo hará del conocimiento de esta, exponiendo sus motivos de manera razonada y estableciendo una propuesta de fecha límite para dar por totalmente concluido cada uno de los puntos de la recomendación (arts. 73 de la LDDHPO; 161 y 162 del RIDDHPO).

y la vuelve obligatoria". *Cfr.*, Martínez Bullé Goyri, Víctor M, "El procedimiento ante los organismos autónomos protectores de los derechos humanos", *Op. cit.*, p. 1465. Finalmente, De la Barrera Solórzano de manera muy enfática nos dice: "la recomendación debe ser un recurso extremo, una última *ratio*, no solo porque la amigable composición es más rápida y porque el *Ombudsman* no es un enemigo de la autoridad sino un colaborador para la realización de la justicia en un caso concreto, sino, sobre todo, en consideración a que debe evitarse el desgaste del arma más espectacular de que dispone el defensor de los derechos humanos". *Cfr.*, Barrera Solórzano, Luis De la, "Los desafíos del Ombudsman", *Op. cit.*, p. 1421.

<sup>25</sup> Si la recomendación es *aceptada* por la autoridad respectiva, adquiere carácter obligatorio o imperativo para la misma autoridad, pues expresa su voluntad de cumplirla y, con ello, el organismo no jurisdiccional que la emite tiene la facultad de vigilar su cumplimiento y la propia autoridad debe demostrar con las pruebas necesarias que ha ejecutado la misma, dentro de un plazo que puede ampliarse de acuerdo con la naturaleza de la situación. Esta situación también constituye un principio general contenido en el artículo 47 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Sin embargo, aun en el caso de aceptación, el organismo que expide la recomendación no tiene atribuciones, en caso de incumplimiento total o parcial, de ejecutarla coactivamente, lo que significa que, si bien una recomendación aceptada es obligatoria, carece de carácter ejecutivo. *Cfr.*, Soberanes Fernández, José Luis, "Cumplimiento de Recomendaciones", *Op. cit.*, p. 294.



En virtud de lo anterior, el Coordinador General de las Defensorías deberá reportar al Defensor de los Derechos Humanos del Pueblo el *estado de cumplimiento o no de las recomendaciones*,<sup>26</sup> de acuerdo con las modalidades siguientes (art. 163 del RIDDHPO):

- Recomendaciones no aceptadas;
- Recomendaciones aceptadas, con pruebas de cumplimiento total;
- Recomendaciones aceptadas, con pruebas de cumplimiento parcial;
- Recomendaciones aceptadas, sin pruebas de cumplimiento;
- Recomendaciones aceptadas, con cumplimiento insatisfactorio;
- Recomendaciones aceptadas, en tiempo para presentar pruebas de cumplimiento;
- Recomendaciones en tiempo de ser contestadas, y
- Recomendaciones aceptadas cuyo cumplimiento reviste características peculiares.

Una vez que se ha expedido una recomendación la Defensoría DHPO solo tendrá competencia para darle seguimiento y verificar que se cumpla en forma cabal. En ningún caso tendrá competencia para intervenir con la autoridad involucrada en una nueva investigación, formar parte de una defensoría

administrativa o participar en una averiguación previa, sobre el contenido de la recomendación (art. 164 del RIDDHPO).

## H. Efectos del incumplimiento de las recomendaciones

En los supuestos de no aceptación o incumplimiento de las recomendaciones, tenemos que estas, por increíble que parezca, actualmente, generan efectos —o consecuencias— jurídicos para las autoridades responsables. Dichos efectos provienen de la propia Constitución Local, la cual por *imperativo constitucional*<sup>27</sup> prescribe que todo servidor público estatal o municipal responsable se encuentra *obligado* a responder las recomendaciones que le hayan sido formuladas por la Defensoría DHPO. De esta suerte, cuando *las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas* por dichas autoridades o servidores públicos, estos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa. En tales condiciones, ante el *incumplimiento reiterado de sus recomendaciones*, la Defensoría DHPO podrá hacerlas del *conocimiento del Congreso y de la autoridad que estime pertinente* para los efectos procedentes (artículo 114, apartado A, párrafo segundo, fracción IV, de la CPEO).<sup>28</sup>

<sup>26</sup> El éxito cabal de los organismos no jurisdiccionales de defensa de los derechos humanos tendrá lugar cuando prácticamente todo lo que recomienden se cumpla, esta es la regla general, su excepción el incumplimiento, el cual debe ser mínimo. En este tenor, De la Barrera Solórzano reitera vigorosamente: “la importancia de la causa amerita, justifica y aun obliga al *Ombudsman* a empeñar todo su prestigio, toda su autoridad moral, todo el respaldo de que goza socialmente, en una palabra, su alma de defensor de los derechos humanos, para conseguir que las recomendaciones se cumplan, todas, totalmente”. *Cfr.*, Barrera Solórzano, Luis De la, “Los desafíos del Ombudsman”, *Op. cit.*, p. 1423.

<sup>27</sup> En efecto, desde la Constitución Federal se impone esta obligación a cargo de las autoridades responsables (art. 102, apartado B, párrafo segundo, de la CPEUM).

<sup>28</sup> En los supuestos de incumplimiento o de no aceptación de las recomendaciones, es pertinente tomar en cuenta que aun cuando los organismos no jurisdiccionales no pueden imponer la conducta recomendada, la presión de los medios de comunicación, los informes periódicos ante los órganos de mayor jerarquía tienen el objeto de que estos últimos puedan exigir las responsabilidades correspondientes. *Cfr.*, Soberanes Fernández, José Luis, “Cumplimiento de recomendaciones”, *Op. cit.*, p. 294.



Luego de todo lo anterior, quizá como últimas opciones,<sup>29</sup> el Defensor de los Derechos Humanos del Pueblo cuenta con las potestades y obligaciones siguientes:

- *Rendir al Pueblo de Oaxaca un informe público anual de las actividades realizadas.* El informe deberá contener una descripción resumida del número y características de las peticiones y denuncias que se hayan presentado, los resultados de la labor de mediación y conciliación, las investigaciones realizadas, las *recomendaciones* emitidas que hayan sido rechazadas, cumplidas y las pendientes de cumplir, los acuerdos de no responsabilidad que hubiesen emitido, los informes o publicaciones realizadas y los resultados logrados, así como las estadísticas y demás casos que se consideren de interés. Adicionalmente, el informe podrá contener propuestas dirigidas a las autoridades o servidores públicos competentes, tanto federales como locales y municipales para promover la expedición o modificación de disposiciones legislativas y reglamentarias, así como para perfeccionar las prácticas administrativas correspondientes, con el objeto de tutelar de manera más efectiva los derechos humanos de los ciudadanos

y lograr una mayor eficiencia en la prestación de los servicios públicos (arts. 25, fracción XIV y 78 de la LDDHPO).

- *Iniciar el juicio para la protección de los derechos humanos ante la Sala Constitucional del Poder Judicial de Oaxaca,*<sup>30</sup> esto con motivo del incumplimiento de las recomendaciones imputadas a las autoridades o servidores públicos responsables (arts. 106, apartado B, fracción V, de la CPEO y 165 del RIDDHPO).

## I. Inconformidades

En contra de las recomendaciones, acuerdos u omisiones de la Defensoría DHPO solamente procederán dos tipos de recursos, a saber:

- El recurso de queja, y
- El recurso de impugnación.

Ambos recursos serán tramitados ante la *Comisión Nacional de los Derechos Humanos* (art. 102, apartado B, de la CPEUM, se encuentran regulados a detalle en la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos).

Por un lado, el *recurso de queja* procede en los casos siguientes:

<sup>29</sup> La Defensoría DHPO también cuenta con facultades para emitir *recomendaciones de carácter general y públicas*. Los supuestos son los siguientes: a) Cuando existan violaciones sistemáticas a los derechos humanos por parte de algún servidor público; b) Cuando existan violaciones sistemáticas a los derechos humanos de un grupo específico de la población; y c) Cuando existan violaciones sistemáticas a uno o más derechos humanos específicos.

En estos casos, la recomendación general se basará en las recomendaciones específicas que la Defensoría DHPO hubiere emitido en casos particulares. Esta recomendación general deberá contener un breve informe en donde se especifiquen los casos específicos y que, por su reiteración, constituyen violaciones sistemáticas en los términos descritos. La recomendación será dirigida a todos los servidores públicos que se encuentren relacionados con los hechos, y se ofrecerán propuestas de solución que pretendan disminuir y, en su momento, erradicar las violaciones a los derechos humanos de carácter sistemáticas (art. 166 del RIDDHPO).

<sup>30</sup> Normalmente el *sistema de derechos y garantías* adquiere su total plenitud con la puesta en marcha de la *maquinaria jurisdiccional o contenciosa*, en este caso, representada por la *Sala Constitucional —y el Pleno del Tribunal Superior de Justicia—* quien es la encargada de poner en funcionamiento los mecanismos procesales de carácter netamente vinculantes que hagan posible la realización de los derechos y libertades del ser humano consagrados constitucionalmente.



- Por las omisiones en que hubiera incurrido la Defensoría DHPO durante el tratamiento de un expediente de petición en el que se describan actos presuntamente violatorios de derechos humanos, siempre y cuando tal omisión hubiera causado un perjuicio grave al peticionario y que pueda tener efectos sobre el resultado final del expediente, y
- Por la manifiesta inactividad de la Defensoría DHPO en el tratamiento de un expediente de queja en el que se describan actos presuntamente violatorios de derechos humanos.

Por otro lado, el *recurso de impugnación* procede en los supuestos siguientes:

- En contra de las resoluciones definitivas dictadas por la Defensoría DHPO que le

ocasionen algún perjuicio al quejoso. Se entiende por resolución definitiva toda forma de conclusión de un expediente abierto con motivo de presuntas violaciones a los derechos humanos;

- En contra de las recomendaciones dictadas por la Defensoría DHPO, cuando a juicio del peticionario estas no tiendan a reparar debidamente la violación denunciada;
- En contra del deficiente o insatisfactorio cumplimiento por parte de la autoridad responsable, de una recomendación emitida por la Defensoría DHPO, y
- En el caso de que la autoridad responsable no acepte, de manera expresa o tácita, una recomendación emitida por la Defensoría DHPO.

## IV. El juicio para la protección de los Derechos Humanos ante la Sala Constitucional del Estado de Oaxaca

Una vez comprendidos los tópicos centrales del sector contencioso del sistema de los derechos humanos, estamos en condiciones de estudiar, etapa por etapa, la tramitación de la garantía jurisdiccional de los derechos humanos ante el órgano constitucional especializado.

### A. Juicio para la protección de los derechos humanos

El *juicio para la protección de los derechos humanos*: es un mecanismo de carácter jurisdiccional, de tramitación sencilla y expeditiva, prevista por el ordenamiento constitucional, con la finalidad de asegurar una

tutela judicial efectiva a los derechos del ser humano. En otros términos, esta garantía tiene por *objeto* los conflictos originados por actos u omisiones de la autoridad estatal y sus agentes, con motivo de violaciones a los derechos humanos reconocidos en la Constitución; y su *finalidad* consiste en restituir, reparar, prevenir o asegurar, según sea el caso, la esfera de derechos y libertades de la persona, considerada en su acepción individual o colectiva.

### B. Reglas generales

Antes de entrar al estudio del juicio para la protección de los derechos humanos, es preciso



hacer mención de algunas *reglas y terminologías* ilustrativas que nos servirán de gran ayuda para su mejor comprensión (sin perjuicio de las denominaciones y abreviaturas utilizadas en este trabajo).

Así, por un lado, la Ley Reglamentaria de la Sala Constitucional en su Título Primero, Capítulo I, Disposiciones Generales, artículos 1° al 9; Capítulo II de la Personalidad, artículos 10 al 12; Capítulo III de las Notificaciones y los Plazos, artículos 13 al 20, y Capítulo IV de los Incidentes, artículos 21 al 25 (así como el apartado de los Transitorios), establece ciertas reglas generales del juicio de tutela. En lo que sean compatibles, estas reglas pueden aplicarse a la tramitación procesal de las *demás garantías constitucionales*, esto en virtud de que la Ley Reglamentaria del órgano jurisdiccional tiene por objeto regular la organización e integración, competencia y los procedimientos de tutela. También resulta interesante destacar que a falta de disposición aplicable a un caso por el referido instrumento reglamentario o en caso de duda sobre la interpretación de alguna de sus disposiciones, la Sala Constitucional, como última *ratio*, decidirá lo conducente, observando en todo momento los *principios de igualdad, contradicción, concentración y publicidad* (art. 119 de la LRSC).

Ahora bien, en lo que toca a las terminologías empleadas por el ordenamiento reglamentario, estas se encuentran plasmadas de manera muy categórica en su artículo 3, relativo a las Disposiciones Generales.

En primer lugar, nos referiremos a las definiciones utilizadas por la Ley Reglamentaria de la Sala Constitucional. De este modo, tenemos:

Artículo 3.- Para los efectos de esta Ley se entenderá por:

“Constitución”: la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca;

“Defensoría”: la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca;

“Ley”: la Ley Reglamentaria del Artículo 106 Apartado B de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca;

“Pleno”: el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado;

“Sala”: la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado; y

“Tribunal”: el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca.

En segundo lugar, aunque sea de manera muy superficial, mencionaremos las reglas generales del mecanismo de tutela que nos ocupa. Dichas reglas se encuentran comprendidas de los artículos 1 al 25 de la Ley Reglamentaria.

*Título Primero: Capítulo I, Disposiciones Generales:* objeto de la ley reglamentaria (art. 1°), intérpretes de la Constitución (art. 2°), terminología empleada (art. 3°), garantías constitucionales (art. 4°), supletoriedad (art. 5°), presentación de promociones (art. 6°), medios de apremio (art. 7°), medidas o correcciones disciplinarias (art. 8°), regla general de instrucción de los procesos y procedimientos (art. 9°); *Capítulo II, De la Personalidad:* personalidad y representación (arts. 10, 11 y 12); *Capítulo III, De las Notificaciones y de los Plazos:* tipos y formas de las notificaciones (arts. 13 al 16), plazos, cómputo y efectos de las notificaciones (arts. 17 al 20); *Capítulo IV, De los Incidentes:* tipos de incidentes (arts. 21 y 25), tiempo para promover los incidentes (art. 22), forma de substanciación de los



incidentes (art. 23), regla general y excepción sobre el modo en que se resolverán los incidentes (art. 24).

Por último, consideramos que también constituyen reglas generales las disposiciones relativas a los *Transitorios (constitucionales y legales)*, en virtud de la competencia *ratione temporis* del órgano constitucional, la cual, a nuestro modo de ver, se actualiza a partir de la fecha de su instalación material —y no formal— en el orden jurídico estatal.

### C. Etapa escrita del procedimiento

Los sujetos legitimados (actores) para la instauración de una *causa* son:

- La Defensoría DHPO (Defensor).<sup>31</sup>
- La presunta víctima<sup>32</sup> (Coadyuvante).<sup>33</sup>
- Los familiares de las víctimas.

El *actor* o *promovente* someterá el caso a conocimiento de la Sala Constitucional mediante una *demanda* en la cual se *expresará*:

- El nombre, carácter y designación del promovente.
- El domicilio para recibir notificaciones.
- Las partes<sup>34</sup> en el caso y sus domicilios.

- Las pretensiones (se especifica el monto de la reparación del daño y los perjuicios reclamados).
- Los hechos del caso.
- Las observaciones (narradas con claridad, precisión, sucintamente y cronológicamente) sobre la respuesta de la autoridad responsable en relación con la(s) recomendación(es)<sup>35</sup> de la Defensoría DHPO.
- Los fundamentos de derecho.
- Las conclusiones.

Con su demanda el actor deberá *presentar*:<sup>36</sup>

- Copia certificada de todo el expediente de queja que dio origen a la recomendación dictada por la Defensoría DHPO.
- Copias certificadas de las medidas que se hayan adoptado para lograr el cumplimiento de la recomendación.
- Copias certificadas de la resolución en que se declare el incumplimiento de la recomendación.
- Las pruebas que se estimen pertinentes.

Una vez que se ha *admitida* la demanda,<sup>37</sup> se *notifica* de la misma a la *Autoridad Responsable* o *Demandado* (el cual puede designar a un Delegado),<sup>38</sup> se le corre traslado y se le *emplaza* para que la *conteste* dentro del plazo de 10 días.

<sup>31</sup> La persona designada por la DDHPO para representarla ante la Sala Constitucional (art. 120, inciso 4), de la LRSC.

<sup>32</sup> La persona que en la recomendación de la DDHPO se señala le han sido violados sus derechos humanos (art. 120, inciso 8), de la LRSC.

<sup>33</sup> La persona (por ejemplo, un abogado), grupos de personas u organización de la sociedad civil (ONG) que la presunta víctima designe como su representante (art. 120, inciso 5), de la LRSC.

<sup>34</sup> Las presuntas víctimas, en su caso, los familiares, el coadyuvante, la DDHPO, la autoridad responsable, el Estado, el Municipio o el órgano autónomo al que pertenezca el servidor público señalado como responsable de la violación de derechos humanos (art. 120, inciso 7), de la LRSC.

<sup>35</sup> La resolución emitida por la DDHPO (art. 120, inciso 6), de la LRSC.

<sup>36</sup> Después de presentada la demanda, solo se podrán ofrecer documentos supervenientes, o aquellos que no fueron oportunamente entregados por causa no imputable al interesado (art. 125 LRSC).

<sup>37</sup> En el *auto admisorio* se ordena notificar al quejoso original, si se conoce, así como a la presunta víctima, sus familiares o representantes.

<sup>38</sup> La persona designada por la autoridad responsable para representarlo en el proceso ante la Sala Constitucional (art. 120, inciso 2), de la LRSC.



Notificada la demanda, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes legales podrán presentar su *escrito de solicitudes argumentos y pruebas (ESAP)* e intervenir en forma autónoma durante todo el proceso.

Por su parte, la Autoridad Responsable en su *escrito de contestación a la demanda* —que deberá cumplir con los *requisitos* que se exigen para la demanda— podrá oponer las *excepciones*<sup>39</sup> que estime pertinentes.

En la contestación de demanda la Autoridad Responsable *expresará, opondrá, acompañará u ofrecerá* lo siguiente:

- Expresar si acepta los hechos y las pretensiones, o si los contradice.<sup>40</sup>
- Oponer excepciones, en las que deberá exponer:
  - Los hechos en que se hace consistir.
  - Los fundamentos de derecho.
  - Las conclusiones.
- Acompañar los documentos que acrediten los hechos y el derecho.<sup>41</sup>
- Ofrecer pruebas.

Las excepciones no suspenden el procedimiento en cuanto al fondo, ni los plazos o términos respectivos.

La Sala Constitucional resolverá en una sola sentencia las excepciones y el fondo del caso.<sup>42</sup>

Contestada la demanda, el Presidente de la Sala Constitucional resolverá sobre las *pruebas*<sup>43</sup> que hubieren ofrecido las partes. Y en el mismo auto dictará las medidas y providencias necesarias para la preparación de las mismas y su oportuna recepción.

Después de la demanda y su contestación,<sup>44</sup> y antes de la apertura de la etapa oral del procedimiento las partes podrán solicitar la celebración de *otros actos del procedimiento escrito*.

## D. Etapa oral del procedimiento

En una sola *audiencia pública* (en la que cobran capital importancia los *principios de oralidad, publicidad, inmediatez, imparcialidad, igualdad, contradicción, concentración y continuidad*),<sup>45</sup> que será continua hasta su conclusión (solo podrá diferirse por causa justificada), la Sala

<sup>39</sup> Las excepciones no suspenden el procedimiento en cuanto al fondo, ni los plazos o términos respectivos. De igual forma, es oportuno mencionar que la Sala Constitucional resolverá en una sola sentencia las excepciones y el fondo del caso. (art. 129 LRSC).

<sup>40</sup> Si la Autoridad Responsable no contesta en el plazo concedido, o habiéndola contestado, no controvierte algunos hechos o pretensiones, se presumirá que confiesa tales hechos o acepta las pretensiones correspondientes (art. 129 LRSC).

<sup>41</sup> Solo los hechos están sujetos a prueba; el *derecho* lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras o en usos, costumbres o jurisprudencia (art. 282 del Código de Procedimientos civiles para el Estado de Oaxaca).

<sup>42</sup> Las Partes pueden promover incidentes (arts. 21 a 25 LRSC): a) *Incidentes de especial pronunciamiento* (nulidad de notificaciones, reposición de autos, falsedad de documentos), se substancian en una audiencia en la que se reciben las pruebas y alegatos de las partes, enseguida se resuelven; b) *Incidentes que surgen durante la tramitación del juicio* se substancian en la audiencia de juicio en la que se reciben las pruebas y alegatos de las partes, se resuelven en la sentencia definitiva; c) *Incidente de suspensión* no se resuelve en la sentencia definitiva. También es un incidente de especial pronunciamiento, se substancian en una audiencia en la que se reciben las pruebas y alegatos de las partes, enseguida se resuelve.

<sup>43</sup> Las pruebas deben ser pertinentes, idóneas y no deben ser contrarias a la moral o al derecho (art. 132 LRSC).

<sup>44</sup> Cuando alguna de las partes no comparezca o promueva el proceso, la Sala Constitucional de *oficio* lo impulsará hasta su finalización (art. 130 LRSC).

<sup>45</sup> Véase el art. 119 LRSC.



Constitucional reunida en Pleno *recibirá y desahogará las pruebas* admitidas.<sup>46</sup>

El Presidente es quién dirigirá los debates en las audiencias, determinará el orden en el desahogo de las pruebas y el uso de la palabra a las personas que en ellas puedan intervenir. Además, podrá disponer de las medidas que sean pertinentes para la adecuada realización de las audiencias.

Iniciada la audiencia y antes de que declare el *testigo*, se verificará su identidad y se le tomará la protesta de ley, en el entendido de que deberá conducirse con verdad en el desarrollo de esta; de igual forma, se harán constar sus datos personales.

Por lo que respecta a los *peritos*, después de verificada su identidad y antes de que desempeñe su oficio, se procederá a la protesta de su cargo, en el entendido de que deberá ejercer sus funciones con honor y conciencia.

En lo que toca a las *presuntas víctimas*, únicamente se procederá a verificar su identidad, esto es, no realizarán la protesta de ley en virtud de su especial situación en el caso.

De cada audiencia el Secretario de la Sala Constitucional levantará un *acta resumen* que será firmada por los intervinientes en la misma (Magistrados, Secretario, las partes, testigos, peritos, etc.). Asimismo, se *videograbarán* las audiencias y se anexará una copia de la videograbación al expediente.

En el acta que levante el Secretario se hará *constar*:

- El nombre de los magistrados intervinientes.
- El nombre de los intervinientes en la audiencia.
- Los nombres y datos personales de los declarantes en la audiencia.
- Un resumen de las declaraciones y del contenido de las pruebas desahogadas en la audiencia.
- Una síntesis de los acuerdos y resoluciones adoptadas durante el desarrollo de la audiencia.

En cuanto a la materia probatoria, se tiene que las *pruebas rendidas ante la Defensoría DHPO* serán *incorporadas* al expediente, siempre y cuando hayan sido recibidas en *procedimiento contradictorio*, salvo que el órgano jurisdiccional considere pertinente su repetición.

Las pruebas *admitidas* son:

- La *confesional*.
- La *testimonial*.<sup>47</sup>
- La *pericial*.<sup>48</sup>

En realidad, se pueden admitir todo tipo de pruebas, siempre y cuando no sean contrarias al derecho y la moral.

Las pruebas deben producir convicción en el ánimo del juzgador.

El desahogo de las declaraciones de las presuntas víctimas y los testigos será de forma

<sup>46</sup> Cuando alguna prueba deba desahogarse fuera de la Sede de la Sala Constitucional, esta podrá comisionar a uno o varios *juces* para su desahogo (art. 134 LRSC).

<sup>47</sup> La parte que haya ofrecido la declaración de un testigo se encargará de su comparecencia a la audiencia respectiva o, en su caso, manifestará la imposibilidad que tenga para ello. En este caso la Sala Constitucional solicitará la cooperación de otras instituciones para lograr la comparecencia del testigo (art. 136 LRSC).

<sup>48</sup> Si se promoviere prueba pericial, el Presidente de la Sala hará la designación de un perito o de los que estime convenientes para la práctica de la diligencia. Sin embargo, cada parte podrá designar un perito para que se asocie al nombrado por la Sala o rinda dictamen por separado (art. 136 LRSC).



separada y sucesivamente, por lo que unos no podrán presenciar ni oír las declaraciones de los otros.

Los testigos, peritos y *cualquier otra persona* que la Sala Constitucional considere indispensable para la solución del caso, podrán ser interrogadas por las partes y los magistrados integrantes de la misma.

Las partes podrán formular repreguntas por escrito o adicionar el cuestionario de su contraparte.

El Presidente de la Sala Constitucional resolverá sobre la pertinencia de las preguntas<sup>49</sup> y dispensará de responderlas a las partes. En igual sentido, deberá resolver todas las cuestiones que se presenten.

Excepcionalmente y oído el parecer de las partes en el caso, la Sala Constitucional podrá *admitir* una prueba, siempre y cuando sea *justificada* su admisión por el oferente. Asimismo, se podrán admitir las *pruebas supervenientes*.

En cualquier estado de la causa, la Sala Constitucional podrá practicar todas aquellas *diligencias* que sean necesarias *para mejor proveer* en el juicio, y *allegarse* de toda *prueba* que considere útil y necesaria.

En lo tocante a los alegatos, una vez concluida la recepción y desahogo de las pruebas, las partes, dentro de la audiencia, podrán formular sus respectivos *alegatos*.

Llegado a esta instancia, es indispensable mencionar que se puede presentar durante el desarrollo de las etapas procedimentales la *terminación anticipada del proceso*.

El juicio puede terminar por:

- *Desistimiento* de la demanda del actor.
- *Confesión* o *allanamiento* a la demanda y sus pretensiones, por parte del Demandado.
- Porque las partes han llegado a una *solución amistosa, avenimiento, transacción* o *cualquier hecho idóneo* con el que se solucione el conflicto.

En estos supuestos, la Sala Constitucional oír a las partes y, acto seguido, resolverá lo conducente.

El *acuerdo recaído* a cualquiera de las formas de terminación anticipada al proceso será examinado por el órgano jurisdiccional y, en caso de ser aprobado total o parcialmente,<sup>50</sup> tendrá *efectos de cosa juzgada*.

## E. Etapa de emisión de la sentencia

Las *sentencias* emitidas por la Sala Constitucional deberán *contener* lo siguiente:

- El nombre de los Magistrados y del Secretario.
- El nombre de las partes y de sus representantes.
- Una relación de los actos del procedimiento.
- La determinación de los hechos que configuran el juicio.
- Las consideraciones en que se sustenta la decisión del caso.
- Los fundamentos de derecho.
- El pronunciamiento sobre las reparaciones y costas, de resultar procedente.

<sup>49</sup> No serán admitidas las preguntas que induzcan las respuestas y que no se refieran al objeto de la *litis* (art. 136 LRSC).

<sup>50</sup> En los casos de homologación parcial, continuará el procedimiento solo respecto de los puntos no aprobados. Lo mismo se decretará si no se aprueba el acuerdo (art. 143 LRSC).



- El resultado de la votación.<sup>51</sup>
- La orden de notificación y ejecución.
- La firma de los Magistrados que dictaron la sentencia y la del Secretario.

Los efectos que producen las *sentencias condenatorias* de la Sala Constitucional son los siguientes:

- Dejar sin efecto los actos violatorios de derechos humanos, restituyendo al agraviado el ejercicio pleno de los mismos.
- Que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban hasta antes de la violación de los derechos humanos.
- En su caso, la condena al pago de la reparación de los daños y perjuicios<sup>52</sup> sufridos por la víctima.<sup>53</sup>
- La determinación de las acciones que el Estado, los Municipios o el órgano público<sup>54</sup> (autoridad responsable) correspondiente, deba efectuar para prevenir futuras violaciones de derechos humanos o evitar la consumación de otras, principalmente relacionadas con derechos económicos, sociales y culturales.

## F. Etapa recursiva

En materia recursiva encontramos dos supuestos:

- Por un lado, contra los *acuerdos de trámite* procede el *recurso de revisión*. Este recurso se interpondrá dentro de un plazo de tres días siguientes a la notificación del acuerdo correspondiente, pero cuando la determinación se dicte en audiencia, se deberá interponer en el propio acto. En ambos casos se expresarán agravios y se resolverá de plano.
- Por otro lado, contra las *sentencias* dictadas por la Sala Constitucional *no procede recurso alguno*.

En atención al segundo punto, el artículo 149, primera parte, de la Ley Reglamentaria de la Sala Constitucional establece que, en contra de las sentencias dictadas por la Sala Constitucional en un juicio para la protección de los derechos humanos, no procede recurso o medio de defensa alguno que hacer valer, por lo que dichas sentencias son inmodificables e irrevocables, es decir, constituyen *cosa juzgada*. Sin embargo, esto no es así, porque por vía jurisprudencial (contradicción de tesis), la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que, en contra de las sentencias dictadas por las Salas Constitucionales u órganos similares de las entidades federativas, si procede un medio de defensa que hacer valer, el *juicio de amparo directo*. En este sentido, es posible el surgimiento de una *segunda instancia* ante el *juez federal de amparo*.<sup>55</sup>

<sup>51</sup> Los magistrados tienen el derecho de engrosar a la sentencia su *voto particular o razonado* (art. 145 LRSC).

<sup>52</sup> Cuando hubiere *condena al pago de la reparación de daños y perjuicios*, se fijará en la sentencia su importe en cantidad líquida o se establecerán por lo menos las bases con arreglo a las cuales deba hacerse el cumplimiento y la liquidación en ejecución de sentencia (art. 147 LRSC).

<sup>53</sup> La persona que le han sido violado sus derechos humanos, de acuerdo con la *sentencia* dictada por la Sala Constitucional [art. 120, inciso 9), LRSC].

<sup>54</sup> Son solidariamente responsables, el servidor público que haya cometido la violación de derechos humanos y el Estado, el Municipio o el órgano público al que pertenezca dicho servidor público (art. 148 LRSC).

<sup>55</sup> Véase "AMPARO DIRECTO. PROCEDE CONTRA LAS SENTENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE VERACRUZ, EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, SALVO TRATÁNDOSE DE CUESTIONES ELECTORALES". Tesis: P./J. 68/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXII, agosto



## G. Etapa de ejecución y verificación de cumplimiento de la sentencia

Por regla general, las sentencias de la Sala Constitucional deben ser puntualmente cumplidas.

En el caso en que las partes hagan del conocimiento a la Sala Constitucional que han llegado a un *acuerdo sobre el cumplimiento del fondo de la sentencia*, dicho órgano jurisdiccional procederá a verificar si el acuerdo al que han llegado las partes es *conforme a la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos*.

El procedimiento para la *supervisión del cumplimiento de las sentencias* de la Sala Constitucional se lleva a cabo mediante: a) el requerimiento de *informes* a la autoridad responsable o, en su caso, a su superior jerárquico; y b) la presentación de *observaciones a dichos informes* por parte de las partes (víctima o sus representantes).

Por su parte, la Sala Constitucional podrá solicitar otras fuentes de información y peritajes sobre datos relevantes del caso, los cuales

permitan determinar el estado de cumplimiento de sus sentencias. De igual forma, siempre y cuando lo considere pertinente, podrá convocar a las partes a una *audiencia de supervisión de sentencias*, con el objetivo de verificar si se está cumpliendo o no con el fallo.

En este orden de ideas, una vez notificada la sentencia a las partes, la Sala Constitucional requerirá a la autoridad responsable para que la cumpla dentro de un plazo que estime prudente. Para la determinación del plazo de cumplimiento de la sentencia, la Sala Constitucional deberá considerar principalmente: a) la *naturaleza de los actos de reparación*; b) las *circunstancias de los hechos*; y c) las *circunstancias de las personas*.

Asimismo, prevendrá a la autoridad responsable para que le informe sobre los actos o acciones realizadas tendientes al cumplimiento de su fallo.

Una vez fijado el plazo para el cumplimiento del fallo, la Sala Constitucional apercebirá a la autoridad responsable y, de ser el caso, a su *superior jerárquico*, para que, de no hacerlo sin causa justificada, se les imponga a sus titulares

de 2010, p. 5. Al respecto, la CPEUM (vía normativa constitucional) en su artículo 107, fr. III, inciso a), primera parte, y fr. V, primer y último párrafo, respectivamente, establecen: III. Cuando se reclamen *actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo*, el *amparo* solo *procederá* en los casos siguientes: (...) a) Contra *sentencias definitivas*, laudos y resoluciones *que pongan fin al juicio*, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte las defensas del quejoso trascendiendo al resultado del fallo. V. El *amparo contra sentencias definitivas*, laudos o resoluciones *que pongan fin al juicio* se promoverá ante el *Tribunal Colegiado de Circuito* competente de conformidad con la ley (...). La *Suprema Corte de Justicia*, de *oficio* o a *petición* fundada del correspondiente *Tribunal Colegiado de Circuito*, del *Fiscal General de la República*, en los asuntos en que el *Ministerio Público de la Federación* sea parte, o del *Ejecutivo Federal*, por conducto del *Consejero Jurídico del Gobierno*, podrá *conocer* de los *amparos directos* que por su interés y trascendencia así lo ameriten. Y, por su parte, la *Ley de Amparo* (vía normativa legal), en su artículo 170, fr. I, párrafo primero y segundo, primera parte, dispone: El *juicio de amparo directo* procede: I. Contra *sentencias definitivas*, laudos y resoluciones *que pongan fin al juicio*, dictadas por *tribunales judiciales*, administrativos, agrarios o del trabajo, ya sea que la violación se cometa en ellos, o que, cometida durante el procedimiento, afecte las defensas del quejoso trascendiendo al resultado del fallo. Se entenderá por *sentencias definitivas* o laudos, los que *decidan el juicio en lo principal*; por resoluciones que pongan fin al juicio, las que sin decidirlo en lo principal lo den por concluido. De igual manera, por vía convencional (regional interamericana), el artículo XVIII (Derecho de justicia), de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* establece: Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un *procedimiento sencillo y breve* por el cual la justicia lo *“ampare”* contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. En similar sentido, el artículo 25.1 (Protección judicial) de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* dispone: Toda persona tiene derecho a un *recurso sencillo y rápido* o a *cualquier otro recurso efectivo* ante los jueces o tribunales competentes, que la *ampare* contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.



una multa de 100 a 500 días de salario mínimo vigente en la entidad.

El órgano jurisdiccional al hacer los requerimientos podrá *ampliar el plazo de cumplimiento del fallo* por una sola vez. Para tal efecto, tomará en cuenta su complejidad o dificultad, debiendo fijar un plazo razonable y estrictamente determinado.

En los *casos urgentes y de notorio perjuicio para el interesado*, la Sala Constitucional ordenará el *cumplimiento inmediato del fallo*, utilizando para tal fin los medios oficiales de que disponga.

Si la autoridad responsable demuestra que la sentencia está en *vías de cumplimiento o justifica la causa del retraso*, la Sala Constitucional podrá ampliar el plazo por una sola vez, subsistiendo los apercibimientos efectuados.

En el supuesto de que sea necesario *precisar, definir o concretar la forma o términos del cumplimiento de la sentencia*, la Sala Constitucional podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, que se abra un *incidente* para tal cuestión.

Cuando la autoridad responsable informe a la Sala Constitucional que ya ha *cumplido con la sentencia*, esta dará vista a las partes para que dentro de un plazo que no exceda de 10 días hábiles manifiesten lo que a su derecho convenga, dentro de dicho plazo las partes tendrán el *derecho de alegar el defecto o exceso en el cumplimiento de la sentencia*.

Transcurrido el plazo dado a las partes, con desahogo de la vista o sin ella, la Sala Constitucional *dictará una resolución fundada y motivada en la que declarará si la sentencia se encuentra efectivamente cumplida o no, si se incurrió en exceso o defecto, o si existe alguna imposibilidad para su cumplimiento*.

La sentencia de la Sala Constitucional se entenderá por *cumplida* cuando lo esté en su

*totalidad*, es decir, sin excesos ni defectos.

En este sentido, una vez declarada por cumplida la sentencia y el asunto como totalmente concluido, el órgano jurisdiccional ordenará el *archivo del expediente*.

El *cumplimiento extemporáneo de la sentencia* si es injustificado no exime de responsabilidad a la autoridad responsable, ni en su caso, a su superior jerárquico, pero se tomará en consideración al momento de la individualización de la *sanción penal* a que se hagan acreedores.

Por el contrario, si la sentencia *no ha quedado cumplida*<sup>56</sup> dentro del plazo fijado (o su ampliación), la Sala Constitucional hará el *pronunciamiento respectivo, impondrá las multas* que procedan y notificará a la autoridad responsable y, en su caso, a su superior jerárquico, cuyos titulares seguirán teniendo responsabilidad aunque dejen el cargo.

En dicha hipótesis, la Sala Constitucional continuará de *oficio el trámite de inejecución*, teniendo las más amplias *facultades para lograr el cumplimiento de la sentencia*, incluyendo la *separación del puesto y consignación de la autoridad responsable remisa*. En efecto, si la sentencia no quedó cumplida dentro del plazo fijado, el órgano jurisdiccional remitirá los autos al *Pleno del Tribunal Superior de Justicia con proyecto de separación del cargo* de los titulares de la autoridad responsable y del superior jerárquico, según corresponda.

Una vez que se han recibido los autos ante el Pleno del Tribunal Superior de Justicia, los magistrados procederán a la brevedad posible al *análisis del proyecto* de la Sala Constitucional, para el efecto de su votación y el dictado de la resolución correspondiente.

Cuando el Pleno del Tribunal Superior de Justicia estime que el *retraso en el cumplimiento*

<sup>56</sup> Se considera incumplimiento de la sentencia el retraso por medio de evasivas o procedimientos ilegales de la autoridad responsable, o de cualquiera otra que intervenga en el trámite relativo (art. 155, párrafo tercero, de la LRSC).



de la sentencia emitida por la Sala Constitucional es *justificado*, otorgará un plazo razonable a la autoridad responsable para que proceda a su cumplimiento. Dicho plazo podrá *ampliarse*, siempre y cuando sea solicitado de manera fundada por la autoridad responsable.

Si el Pleno del Tribunal Superior de Justicia considera que *es inexcusable o ya hubiere transcurrido el plazo otorgado (o su ampliación)*, tomará en cuenta el *proyecto* de la Sala Constitucional y procederá a *separar de su cargo* al titular de la autoridad responsable, inclusive a su superior jerárquico.

En la misma resolución el Pleno del Tribunal Superior de Justicia ordenará que se devuelvan

los autos a la Sala Constitucional para que *reinicie el trámite del cumplimiento de la sentencia* ante los nuevos titulares o quienes los sustituyan en la función, sin perjuicio de la consignación que proceda contra los anteriores que hayan sido considerados responsables del incumplimiento de la sentencia.

Cuando *no se pueda cumplir con una sentencia*, a pesar de los requerimientos, la Sala Constitucional podrá disponer del *cumplimiento sustituto de la sentencia*, mediante el resarcimiento de *daños y perjuicios*, para lo cual emitirá las resoluciones que juzgue pertinentes.

## V. Conclusiones

Este trabajo, a diferencia de los diversos que nos dimos a la tarea de revisar y analizar, que no es el caso citar, para no evidenciar y demeritar las “contribuciones” de los juristas en esta importante materia, creemos que cumple razonablemente con una *misión pedagógica teórica-práctica* que, en verdad, *no ha sido afrontada con la debida seriedad y profundidad que se merece* (máxime que desde el 2011, con mayor vigor, estamos viviendo el *tiempo de los derechos humanos*, pero *nos olvidamos de su protección*, al menos a nivel Estatal). Y esto, si usted amable lector (inquieto estudioso), como en mi caso, se pone a revisar la bibliografía sobre el *procedimiento de queja ante el Ombudsman y el juicio para la protección de los derechos humanos ante el Juez Constitucional*, encontrará que en su mayoría, salvo honrosas excepciones (como los autores aquí citados, que son muy pocos), se refieren a temas muy genéricos, como el origen, fundamento jurídico, nombramiento, integración, competencias, atribuciones, del *Ombudsman y el Juez*

*Constitucional* (sobre este último y su juicio de tutela de derechos fundamentales, al menos por lo que toca al caso oaxaqueño, muy poco se ha escrito, en esta responsabilidad, como maestro en derecho constitucional he realizado desde el 2015 algunas contribuciones, a mis compañeros de estudio, que no alumnos, porque yo también aprendo mucho de ellos, honestamente les digo: “no es lo mejor, pero es lo único que hay”). Pero, precisamente, *de los procedimientos no jurisdiccionales y jurisdiccionales de tutela de los derechos humanos poco o nada se dice en realidad* (se alude genéricamente a ellos, deteniéndose, como si fuera eso solo lo más importante, en las características y efectos de las resoluciones). Los “especialistas” en la materia, generalmente, *no hacen el esfuerzo debido* para describir y explicar, de la mano del derecho positivo y vigente (Constitución, ley, reglamento, jurisprudencia, doctrina) y la práctica jurídica (casos jurídicos, recomendaciones, sentencias), cuál es el trámite procesal, de principio a fin, de estos mecanismos de protección y promoción



de los derechos humanos. Es por este *casi* vacío doctrinal que nos impusimos la tarea de escribir estas líneas, pensando fundamentalmente en las nuevas generaciones de estudiantes de Derecho, quienes deben aprenderlo y practicarlo de cara a la sociedad con una perspectiva de derechos humanos.<sup>57</sup> Expuesto lo anterior, analítica y críticamente, podemos concluir en lo siguiente:

- a) Los *Sistemas de Derechos Humanos y Garantías Procesales* se encuentran integrados por: I) derechos y libertades fundamentales; II) garantías procesales constitucionales; III) instituciones, órganos u operadores jurídicos especializados; y iv) una sociedad civilizada.
- b) En el *Estado de Oaxaca*, el *Sistema EPPDH* tiene una *doble naturaleza*: I) no jurisdiccional, administrativa o cuasijurisdiccional; y II) jurisdiccional o contenciosa.
- c) La *vertiente no jurisdiccional* se encuentra representada por: I) la Defensoría DHPO (*magistratura de persuasión, Ombudsman o Defensor del Pueblo*); II) el procedimiento de queja en materia de derechos humanos, su arma más poderosa (*garantía no jurisdiccional*); y III) la recomendación, su recurso extremo, su última ratio (*la fuerza normativa persuasiva del sistema*).

- d) La *vertiente jurisdiccional* se encuentra representada por: I) la Sala Constitucional (*magistratura constitucional*); II) el juicio para la protección de los derechos humanos, su arma más poderosa (*garantía jurisdiccional*); y III) la sentencia, su producto predilecto (*la fuerza normativa vinculante del sistema*).
- e) En los *Sistemas de Derechos Humanos y Garantías Procesales*, el *derecho humano* es la sustancia o materia, y la *garantía procesal* es el instrumento que le sirve para su conservación y realización efectiva. El primero es independiente, aunque solo relativamente puede existir (no basta con su *garantía primaria* de consagración expresa o implícita en la Constitución); por ese motivo, necesita del segundo, como un reaseguro de su vigencia (cuando los derechos humanos no son respetados, esto es, son violados por las autoridades o, incluso, los particulares, lo que toda sociedad constitucional y democrática de derecho ha inventado, entre otras cosas, para reparar dicha transgresión a la esfera de derechos de las personas, son las *garantías secundarias*, es decir, los mecanismos procesales de tutela jurídica efectiva que los hacen exigibles por medio de su fuerza moral, ética, jurídica, etc.).

<sup>57</sup> En esta contribución —algo extensa ya— solo faltaría ilustrar las bondades del Sistema No Jurisdiccional y Jurisdiccional de Tutela de los Derechos Humanos con casos prácticos. Espero, a los fines de lograr una adecuada pedagogía sobre el tema, pagar responsablemente esa “deuda” con un escrito posterior (los casos cambian, pero las reglas, principios y etapas de cualquier proceso son generalmente las mismas, si aprendemos bien lo segundo, resolver lo primero será más fácil). Pero sería bueno que, mejor que un simple *profesor de Derecho*, el *Ombudsman* y los *Jueces Constitucionales* (locales), como los prácticos por excelencia de la profesión jurídica, también, en la medida de lo posible, nos ayudaran con su rica experiencia. Para el caso, no debemos olvidar: Todo profesional del Derecho es, porque no puede dejar de serlo, un digno estudiante de eso mismo. Hay que pagar, si es el caso, nuestras deudas. Y esto porque: Al final del día, pensando en la legitimidad democrática de las instituciones de impartición de justicia, el juez de todos los jueces es nuestra sociedad civilizada. Ella nos necesita, pero también nos exige cuentas.



## VI. Bibliografía

- Barreda Solórzano, Luis de la, "Los desafíos del Ombudsman", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord), *Derecho procesal constitucional*, 5ª. ed., T. II, México, Porrúa, 2006.
- García Ruiz, María de Lourdes, "Queja en el procedimiento de derechos humanos", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, et al., (coords), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 2ª. ed., México, UNAM/IJ, 2014.
- Fix-Zamudio, Héctor, "Ombudsman", en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario jurídico mexicano*, ed. histórica, T. I-O, México, Porrúa/UNAM, 2011.
- Hernández Ruiz, Marcos Geraldo, *Introducción al estudio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tesis (Licenciatura en Derecho), UABJO, Oaxaca, 2014 (calificada con *mención honorífica*).
- "El juicio para la protección de los derechos humanos en Oaxaca. ¿La garantía jurisdiccional de la libertad?", en *Jus Semper Loquitur*, Oaxaca, Tribunal Superior de Justicia/Escuela Judicial, No. 14, julio-diciembre, 2015.
- "Breve estudio de microcomparación entre el proceso contencioso interamericano y el juicio para la protección de los derechos humanos oaxaqueño", en *Jus Semper Loquitur*, Oaxaca, Tribunal Superior de Justicia/Escuela Judicial, No. 16, enero-junio, 2016.
- "El juicio para la protección de los derechos humanos y su dinámica jurisdiccional", en Cuadernos de Literatura Jurídica, Oaxaca, Cuerpo Académico Jurisprudencia/Facultad de Derecho y Ciencias Sociales/Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, No. 10, noviembre, 2017.
- "Derecho procesal de los derechos humanos", en *Boletín de derechos humanos, género y justicia*, Oaxaca, Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Oaxaca/Dirección de Derechos Humanos, No. 2, marzo, 2020, pp. 3-6.
- "El juicio para la protección de los derechos humanos ante la Sala Constitucional del Estado de Oaxaca", en *Jus Semper Loquitur*, Oaxaca, Tribunal Superior de Justicia/Escuela Judicial, No. 23, enero-junio, 2021.
- "El procedimiento de queja ante la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca", en *Jus Semper Loquitur*, Oaxaca, Tribunal Superior de Justicia/Escuela Judicial, No. 25, enero-junio, 2021, pp. 64-83.
- Estudio crítico comparado entre el proceso contencioso interamericano de derechos humanos y el juicio para la protección de los derechos humanos oaxaqueño*, Tesis (Maestría en Derecho Constitucional) UABJO, Oaxaca, 2021 (calificada con *mención honorífica*).
- Martínez Bullé Goyri, Víctor M, "El procedimiento ante los organismos autónomos protectores de los derechos humanos", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord), *Derecho procesal constitucional*, 5ª. ed., T. II, México, Porrúa, 2006.
- Pavani, Giorgia, "Defensor del Pueblo", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, et al., (coords), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 2ª. ed., México, UNAM/IJ, 2014.
- Soberanes Fernández, José Luis, *Derechos humanos y su protección constitucional*, México, Porrúa/IMDPC, 2012.
- "Ombudsman", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, et al., (coords), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 2ª. ed., México, UNAM/IJ, 2014.
- "Cumplimiento de recomendaciones", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, et al., (coords), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 2ª. ed., México, UNAM/IJ, 2014.



# Amparo en revisión 928/2019. La adjudicación del derecho a la consulta de pueblos y comunidades indígenas en el ámbito legislativo

Irving Ilán Rodríguez Vargas\*

---

**Resumen:** La decisión de la Suprema delimitó las causales por las que es posible adjudicar el derecho a la consulta de pueblos y comunidades indígenas y tribales en el ámbito legislativo. En este texto se analizan las razones de la Corte para determinar que la ley no debió ser consultada y sus implicaciones en la delimitación de los casos en los que existe este derecho y sus impactos en el juicio de amparo.

**Palabras clave:** Consulta; pueblos; comunidades; legislativo; indígena; interés; amparo; afectación; legítimo; leyes; territorio; autodeterminación.

**Sumario:** **I.** Introducción; **II.** La decisión de la Corte; **III.** La adjudicación del derecho a la consulta en el ámbito legislativo en los precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; **IV.** Análisis de la sentencia: problemáticas en la adjudicación del derecho a la consulta; **V.** Conclusión.

---

\* Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM; Profesional operativo en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Agradezco los comentarios de Adriana Suárez.



## I. Introducción

En 2015 representantes<sup>1</sup> de diversas comunidades<sup>2</sup> del pueblo indígena maseual, asentado en la sierra norte del Estado de Puebla, interpusieron un juicio de amparo en contra de tres concesiones mineras otorgadas por la Secretaría de Economía y de diversas disposiciones de la Ley Minera.

Dentro de sus conceptos de violación, las y los quejosos reclamaron la constitucionalidad de los artículos 6, primer párrafo, 7, fracción VI, 10, primer párrafo, 13, párrafos primero y tercero, 13 bis, 15 y 19, fracciones I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI y XII, de la Ley Minera, relativos a la naturaleza jurídica de las concesiones mineras, al procedimiento administrativo para otorgar títulos de concesión minera, a los derechos que arrojan dichas concesiones y las obligaciones a cargo de los beneficiarios, debido a que consideraron que estos preceptos vulneraban

sus derechos humanos, especialmente su derecho al territorio ancestral, al acceso a recursos naturales tradicionalmente manejados, al agua, a la identidad cultural y el derecho a la consulta.

El 26 de septiembre de 2018, el Juzgado Quinto de Distrito en Materia de Amparo Civil, Administrativa y de Trabajo y de Juicios Federales en el Estado de Puebla sobreseyó en el juicio por falta de interés legítimo en tanto las disposiciones no se materializaron en las y los quejosos.

En contra de dicha resolución, se interpuso recurso de revisión, que tocó conocer al Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito, quien se declaró legalmente incompetente para conocer del asunto y remitió el asunto a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a fin de que reasumiera su competencia originaria.

<sup>1</sup> Nazario Diego Téllez, Juan Isaac Carmona López, Lucero Juárez Rosas, Pedro Trinidad Lima Meno, Francisco Martín Molina, Anastacio Agustín Martínez, Benito Ordoñez Juárez, Benigno Alvarado Galindo, Antonio López Vázquez, Juan Gómez Méndez, Zenaida Juárez Zorrilla, Antonio Robles de Jesús, José Francisco Amador Esteban, Uriel Limón Hernández, Herminio García Vázquez, Juana Paulina Chino Calderón, Rosa Anzures Arriaga, Fernando Jacobo Santiago, Rodrigo Álvarez López, Xóchitl Leal Moreno, Pedro Antonio de Jesús Hernández, Pedro Álvaro López Castro, Abdón Vázquez Leal, Fortino Báez Leal, Isidro González Mirón, Dionisio Nolasco Dolores, Joel Vargas Soto, Justino Santiago Romano, Pedro Ignacio Félix, Rita Vázquez Patiño, Gonzalo Guzmán Jacobo y Cupertino Guzmán Hernández.

<sup>2</sup> Coatectzin, Cuacualxtila, El Campanario, Huaxtla, Tepetzinta, Mazatepec, Túnel Dos, Zapotitan, Municipio de Tlatlauquitepec; Acaxiloco, Amateno, Atalpan, Atemoloj, Atepatahua, Ayotzinapan, Cacatecuahuta, Chicueyaco, Chilcuaujta, Coapan, Colonia Centro, Cuahutamazaco, Cuamono, Cuapech, Cuauhtapanaloyan, Cuetzalan, Huaxtitan, Ixtahuata, La Chaca, La Providencia, Lomontitan, Nectepoc, Octimaxal, Olopioco, Pahpatapan, Pepechta, Pezmapan, Zacatipan, Pinahuista, Quezapa, Reyesogpan, Tacuapan, Tecuautla, Tenango, Tenexteta, Tenextepoc, Tepango, Tepetitan, Tepetzala, Tonalix, Totocuautla, Tuzamapan, Tzinacapan, Tzoquiaco, Vista Hermosa, Xalcuahuta, Xalpatzingo, Xaltipan, Xaltzintan, Xiloxochico, Xochical, Xocoyolo, Yancuictlapan, Zacatipan y Zoquita, en el Municipio de Cuetzalan del Progreso; Huitziltepec y Tuzamapan de Galeana, Municipio de Tuzamapan de Galeana; Jonotla, Municipio de Jonotla; El Guayabal, Municipio de Nauzontla; Atotocoyan y Ocotepec, Municipio de Yaonahuac, todas en el Estado de Puebla.



## II. La decisión de la Corte

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación radicó el asunto con el expediente del amparo en revisión 928/2019. El 13 de enero de 2021, la Segunda Sala emitió sentencia en el presente asunto por la cual negó el amparo a las y los quejosos del pueblo indígena masehual.<sup>3</sup>

La Corte justificó su decisión en: (I) falta de interés por no existir un agravio; (II) improcedencia en contra de vicios legislativos; e (III) inexistencia de una obligación de las autoridades de consultar la emisión de la Ley Minera.<sup>4</sup>

En primer sitio, la Segunda Sala señaló que el concepto relativo a la falta de consulta de las disposiciones impugnadas previo a la emisión de la Ley Minera fue desestimado, ya que tales afectaciones no son susceptibles de ser analizadas a través del juicio de amparo.

Lo anterior, debido a que la procedencia y viabilidad de este medio de control de constitucionalidad requiere la existencia de un agravio personal que legitime al o a la quejosa, es decir, una afectación a su esfera jurídica.

Además, la Corte señaló que solo pueden controvertirse por esta vía la constitucionalidad por aspectos formales —exposición de vicios en el proceso legislativo que le dio origen— de las disposiciones normativas que afectan su esfera jurídica y no así de otros que no

formen parte de la impugnación. De esta forma, la Segunda señaló que no son admisibles en amparo los argumentos tendentes a evidenciar la inconstitucionalidad de un instrumento que únicamente refiera a aspectos genéricos del ordenamiento que no se relacionen directamente con las normas impugnadas.<sup>5</sup>

En otras palabras, a diferencia de los medios de control abstracto como la acción de inconstitucionalidad, en el juicio de amparo no son analizables los argumentos que combaten toda la ley o instrumento jurídico, salvo que haya sido aplicados en perjuicio del o la quejosa. Por tanto, la Suprema Corte desestimó este concepto.

En adición, la Segunda Sala se pronunció sobre la inexistencia de la obligación de las autoridades legislativas de realizar una consulta sobre la Ley Minera.

La Sala determinó que la obligación de consultar a los pueblos y comunidades indígenas se actualiza cuando existe una medida que afecta o es susceptible de afectar directamente los intereses y derechos de estos grupos. Estableció que, en el ámbito legislativo, este deber se actualiza a partir de elementos “objetivos” —como lo es el núcleo u objeto de regulación del ordenamiento controvertido— y en atención al contenido y finalidad de la ley o instrumento normativo,<sup>6</sup> los cuales debe relacionarse “directamente” con los intereses

<sup>3</sup> Es necesario señalar que la Segunda Sala sólo examinó los conceptos de violación relativos a la falta de consulta en la adopción de la Ley Minera, sin que en algún momento se hayan analizado los argumentos sobre la legalidad de los títulos de concesión minera, lo cual fue materia de análisis del Tribunal Colegiado.

<sup>4</sup> Sentencia recaída al Amparo en Revisión 928/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Javier Laynez Potisek, 13 de enero de 2021. Por unanimidad de cinco votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, Luis María Aguilar Morales, José Fernando Franco González Salas, Javier Laynez Potisek (ponente) y Presidenta Yasmín Esquivel Mossa, quien se reservó su derecho para formular voto concurrente.

<sup>5</sup> La Suprema Corte destacó como ejemplos: “no existir el quórum exigido para su discusión, porque el dictamen respectivo no se repartió con la anticipación que exige la ley, porque las comisiones dictaminadoras no se reunieron, porque se dispensó indebidamente alguna de las lecturas, etcétera”.

<sup>6</sup> Sentencia recaída al Amparo en Revisión 928/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Javier Laynez Potisek, 13 de enero de 2021, párr. 105.



y derechos al regular algún aspecto que implican o conllevan la vida social, económica o política de los pueblos y comunidades indígenas.<sup>7</sup>

Adicionalmente, la Corte señaló que pueden existir instrumentos normativos que puedan contener precepto que puedan vincularse con los derechos e intereses de los pueblos y comunidades indígenas o su aplicación puede conllevar eventuales escenarios de aplicación, sin embargo, si el objeto de regulación no se relaciona directamente no existe obligación de realizar una consulta.

Atender a eventuales supuestos de aplicación, destacó el tribunal, sería adoptar una posición “subjetiva” sobre la actualización del derecho de consulta que poseen los pueblos y comunidades indígenas, lo que, además, brinda certeza jurídica.

Por todo lo anterior, la Sala determinó que el objeto de la Ley Minera —minería y los actos que conlleva, como la exploración, explotación

y beneficio de los minerales o sustancias mencionados, así como de las salinas, sales y sus subproductos— no relacionaban directamente con los intereses y derechos de los pueblos y comunidades indígenas, ya que su objeto o finalidad no es regular algún aspecto de la vida social, económica o política de estos grupos.<sup>8</sup>

En concordancia con lo anterior, la Corte también consideró que tampoco existía una obligación de contener el derecho a la consulta previa.

Por lo anterior, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación negó el amparo al pueblo indígena maseual.

La Primera Sala esgrimió consideraciones similares al resolver el Amparo en Revisión 134/2021,<sup>9</sup> lo que derivó en la jurisprudencia de rubro **“CONSULTA PREVIA A LAS COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS. NO ERA EXIGIBLE QUE LA AUTORIDAD LEGISLATIVA LA REALIZARA RESPECTO DE LA EXPEDICIÓN DE LA LEY MINERA”**.<sup>10</sup>

### III. La adjudicación del derecho a la consulta en el ámbito legislativo en los precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Distintas normas e interpretaciones que componen el parámetro de control de regularidad de constitucionalidad reconocen

el derecho y obligación de consulta en aquellos casos que existan medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar

<sup>7</sup> Sentencia recaída al Amparo en Revisión 928/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Javier Laynez Potisek, 13 de enero de 2021, párr. 107.

<sup>8</sup> Sentencia recaída al Amparo en Revisión 928/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Javier Laynez Potisek, 13 de enero de 2021, párr. 134.

<sup>9</sup> Sentencia recaída al Amparo en Revisión 134/2021, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 16 de febrero de 2022.

<sup>10</sup> Tesis: 1a./J. 60/2022 (11a.), publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Junio de 2022, registro digital 2024739.



directamente los derechos e intereses de los pueblos y comunidades indígenas y tribales,<sup>11</sup> que, además, constituye un principio general de derecho internacional.<sup>12</sup>

Este derecho supone que las decisiones que afecten los intereses y derechos de estas comunidades deben ser consultados de forma previa, libre, informada, de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo, de forma adecuadas y accesible,<sup>13</sup> y en algunos casos se ha señalado la necesidad de obtener el consentimiento previo, libre e informado.<sup>14</sup>

Por lo que hace a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, este tribunal ha analizado la consulta en el ámbito legislativo principalmente a través de diversas acciones de inconstitucionalidad. En estas ha reconocido que este derecho también se encuentra reconocido en el artículo 2° de la Constitución.<sup>15</sup>

Además, la Corte ha señalado que esta obligación supone que los poderes legislativos prevean una fase adicional en los procesos de creación de leyes para realizar la consulta en aquellos casos que las medidas legislativas sean susceptibles de afectarles directamente.

Para determinar en qué casos la consulta es aplicable, el Pleno de la Suprema Corte ha señalado que se debe atender a un parámetro objetivo, que verificar que la actividad tenga relación con los intereses y derechos de los pueblos y comunidades indígenas.<sup>16</sup> Para ello, ha acudido al objeto de la ley y el contenido de las normas promulgadas o reformadas, que, valorados sistemáticamente, *inciden o pueden llegar a incidir* de forma directa los derechos o autonomía de los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas.<sup>17</sup>

<sup>11</sup> OIT, Convenio 169 “sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, 1989, artículo 6; CIDH, Informe de Fondo No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos, 27 de diciembre de 2002; OEA, Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2016, artículo XXIII; ONU, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2007, artículo 19. Asimismo, Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, “Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007”, Serie C No. 172, párr. 133, y Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, “Fondo y reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012”, párr. 177. Disponibles en: [https://www.corteidh.or.cr/casos\\_sentencias.cfm](https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm).

<sup>12</sup> Cfr. Quintana Osuna, Karla I. y Brunner, Lisl, “El derecho a la consulta en el sistema interamericano de derechos humanos: estándares después del caso Sarayaku”, *Métodos*, n° 4, 2013, p. 126.

<sup>13</sup> Cfr. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, “Fondo y reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012”, párrs. 159 y ss., y Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras, “Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 08 de octubre de 2015”, párr. 160. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/casos\\_sentencias.cfm](https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm).

<sup>14</sup> Cfr. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 134. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf).

OEA, Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2016, artículo XXIII; ONU, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2007, artículo 19; y ONU, CERD (1997), Recomendación general N° 23 relativa a los derechos de los pueblos indígenas. 51° periodo de sesiones, A/52/18.

<sup>15</sup> Sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 83/2015 y sus acumuladas 86/2015, 91/2015 y 98/2015, Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 19 de octubre de 2015, p. 88.

<sup>16</sup> Sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 108/2019 y su acumulada 118/2019, Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Yasmín Esquivel Mossa, 5 de diciembre de 2019, p. 64.

<sup>17</sup> Sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 116/2019 y su acumulada 117/2019, Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Luis María Aguilar Morales, 12 de marzo de 2020, párr. 129.



Mientras que, la Segunda Sala también ha determinado —en un entendimiento erróneo de la jurisprudencia interamericana—<sup>18</sup> que no todos los actos administrativos o legislativos en los que se vean involucrados los derechos

e intereses de los pueblos y comunidades indígenas deben ser consultados, únicamente aquellos que impacten significativamente su entorno.<sup>19</sup>

## IV. Análisis de la sentencia: problemáticas en la adjudicación del derecho a la consulta

La sentencia dictada por la Segunda Sala posee distintos retos para la adjudicación del derecho a la consulta de pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas, a saber: parámetro de adjudicación del derecho a la consulta, y el entendimiento del interés legítimo en el ámbito del juicio de amparo en casos relativos al derecho a la consulta, principalmente en relación con medidas legislativas.

### 1. Parámetro de adjudicación del derecho a la consulta

La decisión de la Segunda Sala supone una interpretación que delimita, de forma muy específica, el ámbito del derecho a la consulta en materia legislativa, lo cual podría acarrear

afectaciones a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas.

Atender únicamente al objeto formal de regulación de una normativa y a la posible relación directa con derechos e intereses de los pueblos y comunidades, si bien busca delimitar una aplicación irrazonable del derecho a la consulta, puede hacer poco efectivo este derecho en otras situaciones no previstas.

Lo anterior, ya que se ha señalado que es irrazonable que el Estado realice consultas en todas y cada uno de los procesos legislativos que puedan afectar los derechos o intereses de los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas, por ello solo es aplicable cuando las decisiones de los Estados puedan afectar a los pueblos y comunidades “en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad”,<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Como sustento de este criterio, la Segunda Sala ha citado los casos del Pueblo Saramaka vs. Surinam y Uzcátegui y otros Vs. Venezuela. Sin embargo, el primero de ellos refiere a la necesidad de obtener el consentimiento de los pueblos y comunidades indígenas o tribales cuando exista un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales derivado de planes de desarrollo o inversión a grande escala; mientras que el segundo refiere a daños estructurales y a mobiliario de la vivienda derivados de un operativo policial.

<sup>19</sup> Sentencia recaída al Amparo en Revisión 410/2015, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas, 4 de noviembre de 2015, pp. 54-55. En el mismo sentido, Sentencia recaída a los Amparos en Revisión; 499/2015, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Eduardo Medina Mora I., 4 de noviembre de 2015; 500/2015, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Eduardo Medina Mora I., 4 de noviembre de 2015; 241/2015, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas, 4 de noviembre de 2015; y 498/2015, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Eduardo Medina Mora I., 4 de noviembre de 2015.

<sup>20</sup> Cfr. ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 43, y Sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 81/2018, Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 20 de abril de 2020, párr. 85.



sea porque se modifiquen sus instituciones, tradiciones o porque tengan injerencia en sus territorios.<sup>21</sup>

En consecuencia, si bien es posible adoptar criterios para delimitar y dotar de certeza jurídica a las obligaciones de las autoridades respecto al derecho a la consulta, tal cuestión debe evaluarse de conformidad con las circunstancias particulares de cada caso,<sup>22</sup> ya que proponer criterios rígidos podría tener como efecto uniformar a los pueblos y comunidades sobre un patrón.<sup>23</sup>

Bajo este entendimiento, en el ámbito legislativo, la consulta debe ser procedente cuando la ley posea disposiciones susceptibles de dar lugar a una afectación directa a las y los destinatarios, sea positivo o negativo.<sup>24</sup>

La precisión respecto a en qué casos es aplicable el derecho a la consulta puede atender, por un lado, a una decisión expresa de regular las instituciones, tradiciones o territorios de los pueblos y comunidades, o, por otro lado, cuando del contenido material de la norma —aunque haya sido concebida con un alcance

general— se desprenda una posible afectación a tales comunidades.<sup>25</sup>

De esta forma, si se atiende a un criterio que reconozca las afectaciones diferenciadas en modos no percibidos, se puede hacer exigible el derecho a la consulta en el ámbito legislativo incluso si el objeto y los efectos de la norma son mucho más amplios. Así, por ejemplo, se ha señalado que legislación en materia de uso de tierra o recursos puede tener un efecto general, pero al mismo tiempo puede afectar intereses, de forma particular, de los pueblos y comunidades de modos especiales, en atención a su especial relación con su territorio.<sup>26</sup>

Por tanto, resultaba imperativo que la Suprema Corte analizará si el contenido material no impactaba directamente en los derechos e intereses de las comunidades, e inclusive señalaban derechos preferenciales para este tipo de comunidades, sobre los cuales no puede aceptarse, *prima facie*, que eran un beneficio, pues justamente ese es uno de los objetivos de la consulta.<sup>27</sup>

---

Así, por ejemplo, se ha señalado que “la legislación sobre el uso de la tierra o de los recursos puede tener efecto general pero, al mismo tiempo, puede afectar los intereses de los pueblos indígenas de modos especiales debido a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos, lo que, en consecuencia, da lugar al deber de celebrar consultas”.

<sup>21</sup> Cfr. Quintana Osuna, Karla, *El control de convencionalidad: un estudio del derecho interamericano de los derechos humanos y del derecho mexicano*, México, Porrúa, 2017, p. 208.

“La noción de territorio indígena supera los espectros simplemente jurídicos y económicos, toda vez que los pueblos están ligados a él de una manera comunitaria, espiritual y cosmogónica, precisamente por el carácter ancestral y sagrado que este ostenta, constituyéndose entonces en un elemento integrante de la forma como aquellos ven y entienden el mundo”. CCC (2008), “Sentencia C-030/08”, 23 de enero de 2008, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-030-08.htm>.

<sup>22</sup> Cfr. Corte IDH, “Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de febrero de 2020”, Serie C No. 400, párr. 179.

<sup>23</sup> Cfr. CIDH, *Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales*, OEA/Ser.LV/II, Doc. 413, 28 diciembre 2021, párr. 180.

<sup>24</sup> Cfr. CCC (2008), “Sentencia C-030/08”, 23 de enero de 2008, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-030-08.htm>.

<sup>25</sup> CCC (2008), “Sentencia C-030/08”, 23 de enero de 2008, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-030-08.htm>.

<sup>26</sup> Cfr. ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 43.

<sup>27</sup> La Corte Constitucional de Colombia ha señalado que “las medidas legislativas que regulen la actividad de exploración y explotación minera, que pueda afectar los territorios de dichas comunidades, deben ser sujetas al trámite de consulta previa”. CCC (2011), “Sentencia C-366/11”, 11 de mayo de 2011, párr. 22.3, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-366-11.htm>.



Por otra parte, el criterio sustentado por la Segunda Sala respecto al impacto significativo al entorno tampoco es suficiente para delimitar las medidas legislativas o administrativas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos y comunidades, ya que no deben considerarse únicamente las afectaciones a su territorio<sup>28</sup> o definir, bajo concepciones que puedan ser paternalistas, si un impacto es o no significativo para determinada comunidad.

## 2. Interés legítimo en el ámbito del juicio de amparo en casos relativos al derecho a la consulta

De conformidad con la ley de amparo y la jurisprudencia de la Suprema Corte, el juicio de amparo se sigue a instancia de parte agraviada, sea bajo un interés jurídico o un interés legítimo. Este último supone la existencia de una afectación en la esfera jurídica —bajo un parámetro de razonabilidad— debido a la situación jurídica concreta de la persona o grupo de personas frente a un acto u omisión.<sup>29</sup>

La Segunda Sala determinó que el juicio, respecto a la discusión y aprobación de la

ley, era improcedente e inviable en tanto que las normas impugnadas no se habían individualizado en perjuicios de las y los quejosos, debido a que estos actos del proceso legislativo no invadían la esfera jurídica. Así, a criterio de la Sala, únicamente aquellos vicios legislativos que trasciendan a la norma aplicada pueden ser controvertidos en esta vía.

El primer punto por analizar es el criterio sustentado por la Sala respecto al carácter de la consulta previa, ya que la argumentación adoptada pareciera equipara este mecanismo de participación con otras fases del procedimiento legislativo.

En algunos casos y en el marco de acciones de inconstitucionalidad, la Suprema Corte ha determinado, sin mucha claridad respecto a la naturaleza, la vulneración del derecho a la consulta desde una perspectiva sustancial (violación directa al artículo 2° de la Constitución)<sup>30</sup> y desde una perspectiva formal (como vicio del procedimiento legislativo).<sup>31</sup>

El reconocimiento del derecho a la consulta como derecho humano autónomo —tal y como lo ha señalado la Suprema Corte—<sup>32</sup> relacionado con la autonomía y libre determinación de los pueblos y comunidades posee implicaciones

<sup>28</sup> Cfr. Quintana Osuna, Karla, *op. cit.*, p. 208.

<sup>29</sup> Tesis P./J. 50/2014 (10a.), publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo I, página 60, registro digital 2007921, de rubro: “**INTERÉS LEGÍTIMO. CONTENIDO Y ALCANCE PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)**”.

<sup>30</sup> Sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 83/2015 y sus acumuladas 86/2015, 91/2015 y 98/2015, Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 19 de octubre de 2015, p. 101; Sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 84/2016, Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Eduardo Medina Mora I., 28 de junio de 2018, párr. 59; Sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 151/2017, Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, párr. 55; Sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 81/2018, Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 20 de abril de 2020, párr. 149.

<sup>31</sup> Sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 31/2014, Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas, 8 de marzo de 2016, pp. 15 y 29.

<sup>32</sup> Sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 81/2018, Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 20 de abril de 2020, párr. 48.



en torno a su aplicación, efectividad, las obligaciones de las autoridades y su procedencia en el juicio de amparo.

La Corte ha establecido que este derecho se activa cuando las normas o modificaciones legislativas son susceptibles de afectarles directamente, lo que también supone no adoptar una posición valorativa sobre qué les beneficia o afecta,<sup>33</sup> e inclusive se ha señalado que es una prerrogativa que puede actualizarse en momentos distintos.<sup>34</sup>

En el ámbito legislativo, la consulta supone que las autoridades, previo a su promulgación, deban consultar a los pueblos y comunidades. Naturalmente, es posible advertir que ello pueda implicar una etapa adicional dentro del proceso legislativo, no obstante, la falta de consulta no puede suponer un vicio legislativo general (como la falta de quorum, la dispensa de alguna lectura, el retardo en el reparto del dictamen, etc.), sino que constituye una afectación real a la esfera jurídica de los pueblos y comunidades.

Es por ello que, el análisis del interés legítimo en el caso de normas cuyo objeto formal, en principio, no son los derechos e intereses de los pueblos y comunidades, debe atender a

un parámetro de razonabilidad que permita vislumbrar si las y los quejosos se encuentran en una situación jurídica identificable, surgida de una relación específica con el objeto de protección que alega, sea de carácter particular o derivado de una regulación sectorial o grupal, a partir de un agravio diferenciado.<sup>35</sup>

Lo anterior, ya que el parámetro de razonabilidad supone una coherencia externa, con los supuestos fácticos, más allá de una lógica formal,<sup>36</sup> en especial si entendemos que no se encuentra en un estudio de los conceptos de violación, sino del interés de las y los quejosos para acudir a dicha instancia.

Asimismo, el otorgamiento del amparo se traduciría en un beneficio jurídico actual y futuro en favor de las y los quejosos, en tanto el derecho a la consulta podría verse garantizado, así como los derechos que lo sustentan: el derecho al territorio y el derecho a la autoderminación, ya que los artículos impugnados contienen diversas implicaciones diferenciadas para los pueblos y comunidades en materia territorial —incluyendo los elementos de la naturaleza— al relacionarse con concesiones de minería.<sup>37</sup>

<sup>33</sup> Sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 81/2018, Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 20 de abril de 2020, párr. 50.

<sup>34</sup> Cfr. Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, “Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012”, Serie C No. 245, párr. 176, y Voto concurrente conjunto de los jueces Humberto Antonio Sierra Porto y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot al Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, “Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2015”, Serie C No. 309, párr. 14. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/casos\\_sentencias.cfm](https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm).

<sup>35</sup> Sentencia recaída Amparo en Revisión 307/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 14 de noviembre de 2018, párr. 154.

<sup>36</sup> Cfr. CCC (1996), “Sentencia T-322/96”, sentencia de 23 de julio de 1996, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-322-96.htm#:~:text=T%2D322%2D96%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=Todas%20las%20personas%2C%20naturales%20o,pueden%20instaurar%20acci%C3%B3n%20de%20tutela>.

<sup>37</sup> El Relator de las Naciones Unidas ha señalado que “[l]os Estados suelen considerar los recursos minerales, petrolíferos y de gas, así como otros recursos naturales, como activos estratégicos y, en consecuencia, al regular las industrias, muchos de ellos realizan una planificación a largo y corto plazo del desarrollo de esos recursos, incluidos los existentes dentro o cerca de territorios indígenas. Dicha planificación estratégica de los Estados influye en la definición de las leyes y determina los controles regulatorios y las políticas pertinentes para la extracción de recursos. También sienta las bases para las decisiones sobre el desarrollo y la ejecución de los proyectos de extracción de recursos. Con esas características, la planificación estratégica del desarrollo de los recursos puede tener efectos profundos, aunque no sean inmediatos, en los pueblos indígenas y en el disfrute de sus derechos”. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, “Las industrias extractivas y los pueblos indígenas”, A/HRC/24/41, 1 de julio de 2013, párr. 49.



## V. Conclusión

La decisión de la Segunda Sala presentó distintas problemáticas para la adjudicación del derecho a la consulta, especialmente en el ámbito legislativo.

El análisis de la Suprema Corte debió atender al contenido de la ley controvertida para determinar si esta podía incidir o no directamente en los derechos e intereses de los pueblos y comunidades indígenas, y, en consecuencia, si podía exigirlo a través del juicio de amparo.

Lo anterior cobra gran relevancia si atendemos al sistema de precedentes que se estableció en recientes años sobre las decisiones de la Suprema Corte.

---

En el mismo sentido, la CIDH ha establecido que “los Estados deben abstenerse de usar conceptos como “utilidad pública”, “interés social” o similares para favorecer al sector privado por encima del bien común y de los derechos de las comunidades y pueblos indígenas y tribales”. CIDH, *Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 413, 28 diciembre 2021, párr. 181.



# La justiciabilidad del derecho a la salud en el sistema interamericano: el caso Poblete Vilches y otros vs. Chile

Irving Luna Hernández\*

---

**Resumen:** El presente comentario jurisprudencial tiene por objeto analizar las implicaciones del caso Poblete Vilches en la construcción de la doctrina interamericana sobre la justiciabilidad del derecho a la salud, por vía directa del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

**Palabras clave:** Derecho a la salud, jueces, adultos mayores, sentencia.

**Abstract:** *This paper shall analyze the implications of the Poblete Vilches case in the construction of the Inter American doctrine on justiciability of the right to health, through direct application of article 26 of the American Convention on Human Rights.*

**Key words:** *Right to health, judges, older adults, sentence.*

**Sumario:** **I.** Introducción; **II.** Hechos del caso; **III.** Faceta normativa de los DESCAs; **IV.** El desarrollo jurisprudencial previo; **V.** La especial contribución del caso; **VI.** A modo de conclusión; **VII.** Bibliografía.

---

\* Máster Universitario en Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España.



## I. Introducción

El caso contencioso Poblete Vilches y otros vs. Chile<sup>1</sup> continuó el desarrollo de la doctrina de protección autónoma de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales —en adelante DESCAs— iniciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante Corte IDH— a partir del reexamen de los alcances del artículo 26 de la Convención. La sentencia emitida contiene la primera condena en nuestro sistema regional por violación directa, entre otros, del derecho humano a la salud, en el contexto de personas mayores de edad como sujetos de especial vulnerabilidad y protección reforzada.

El caso en estudio proporciona insumos temáticos de gran valía sobre diversas materias; sin embargo, su aportación más significativa se relaciona no solo con los estándares internacionales de protección del derecho

a la salud de adultos de edad avanzada considerados de forma aislada, sino con la dimensión de su exigencia en sede judicial. Por tal motivo, en las siguientes líneas dirigiremos nuestra atención en realizar un recorrido panorámico sobre algunas de sus implicaciones directas e indirectas en materia de derechos sociales.

Comenzaremos realizando un análisis descriptivo de los hechos relevantes con el objeto de identificar la novedad que se propuso con el caso; después, analizaremos algunas consideraciones jurídicas relevantes sobre los DESCAs que sustentaron su resolución; posteriormente, revisaremos el desarrollo jurisprudencial relacionado con el tópico en estudio; y, finalmente, formularemos breves reflexiones sobre las contribuciones del fallo y los retos que se plantean.

## II. Hechos del caso

El señor Vinicio Antonio Poblete Vilches, de 76 años de edad, ingresó el 17 de enero de 2001 al Hospital Público Sótero del Río en Santiago de Chile, a causa de una insuficiencia respiratoria grave. A pesar de no contar con autorización expresa del paciente ni de sus familiares, el personal de salud decidió intervenirlos quirúrgicamente mientras aquel se encontraba inconsciente. El 2 de febrero de ese año, la institución sanitaria autorizó prematuramente el alta del paciente y su entrega a los familiares, sin disposición de asistencia médica continua ni traslado ambulatorio.

Tres días después y tras una consulta médica atendida por profesional privado, el señor Poblete Vilches fue nuevamente ingresado al Hospital Sótero del Río, Servicio de Urgencias, debido a la complicación con un *cuadro febril, shock séptico, bronconeumonía bilateral y diabetes mellitus*. Acorde con el expediente clínico, el paciente requería ingreso inmediato a la unidad de cuidados intensivos y apoyo de ventilador —equipo técnico respiratorio—; sin embargo, bajo el diagnóstico de “simple bronconeumonía”, no fue atendido con el equipo médico adecuado.

<sup>1</sup> Corte IDH, Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de marzo de 2018, Serie C, No. 349.



El 7 de febrero de 2001, el paciente falleció a causa de un shock séptico y una bronconeumonía bilateral. No obstante, los familiares recibieron una llamada telefónica informando que la causa de muerte había sido por paro cardíaco; y, al acudir por el cuerpo de la víctima, el señor Poblete Vilches tenía una cinta en su pecho que refería como motivo de muerte un “edema pulmonar”. Los acontecimientos dieron lugar a la presentación de diversas querrelas criminales y procedimientos

administrativos en los años subsecuentes, alegando esencialmente causas de negligencia médica y deficiencia en los servicios de salud.

A la luz de los apuntes formulados, surge la siguiente pregunta: ¿Es posible la justiciabilidad del derecho a la salud como un derecho autónomo en el sistema interamericano, alegando el incumplimiento o violación del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos?

### III. Faceta normativa de los DESCAs

Que los DESCAs tengan la calidad de justiciables<sup>2</sup> en el Sistema Regional de Protección de Derechos Humanos en América Latina no es ninguna afirmación retórica. Pocas voces discutirían hoy en día que estos son auténticos derechos subjetivos que deben ser garantizados por cauces específicos.<sup>3</sup> Sin embargo, esto no parece haber contado con la claridad jurisprudencial suficiente hasta bien entrado el siglo XXI. Ferrer Mac-Gregor advierte que hasta hace poco se seguían suscitando debates en el seno de la Corte IDH respecto a la suficiencia autónoma de esta categoría de derechos, prefiriendo por mucho tiempo orientarse hacia una “lectura social de los derechos civiles”<sup>4</sup> para justificar su protección.

Cierto, la Convención Americana de Derechos Humanos no contiene disposiciones normativas específicas que expliciten el alcance de tales derechos, limitándose a realizar una remisión a la Carta de la OEA, por lo que la dificultad supuesta no fue menor: dotar de contenido específico a los DESCAs requería un gran esfuerzo interpretativo. Rossi y Abramovich advirtieron las potenciales dudas acerca del grado de eficacia que había de conferirles a estos, pero entienden que una lectura de buena fe del artículo 26 de la Convención implicaba la derivación de auténticas obligaciones estatales y no una expresión genérica de valores y buenos principios sin fuerza vinculante.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Cfr. De la Paz González, Isaac, *Constitucionalismo y justiciabilidad de los Derechos Sociales, Estudio Comparado Internacional y Leading cases a través del juicio de amparo en México*, México, Editorial Porrúa, 2016, pp. 93-94. Se destaca la diferencia conceptual que realiza Isaac de la Paz González —como género y especie— de las nociones *justiciable* y *exigible*. Cuando se dice que un derecho es exigible, la expresión se encausa al espectro de la administración pública en la elaboración de normas sustantivas, políticas públicas o lineamientos; en cambio, cuando hablamos en de la intervención de un tribunal, es preferible usar el término justiciable en el contexto de garantías procesales de protección.

<sup>3</sup> Sobre el concepto de derecho subjetivo en la teoría general de los derechos fundamentales, consúltese Robles, Gregorio, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, 1ª. ed., Madrid, Cuadernos Cívitas, 1992, pp. 17-27.

<sup>4</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 1ª. ed., México, Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia, número 5), 2017, p. 1.

<sup>5</sup> Rossi, Julieta y Abramovich, Víctor, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, abril, volumen 9, número especial 2007, Universidad del Rosario Bogotá, Colombia, pp. 37 a 46. Disponible en <http://www.oda-alc.org/documentos/1366994804.pdf>.



Esto no quiere decir que no existan estándares internacionales que doten a los DESCAs de un denso contenido normativo. Véase con detenimiento el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”,<sup>6</sup> la Carta Social de las Américas, el Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (*Belem do Pará*), la Convención sobre los Derechos del Niño, para encontrar con facilidad derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de distinto tipo, que constituyen un auténtico parámetro de enjuiciamiento convencional.

## IV. El desarrollo jurisprudencial previo

Como se anticipó, la producción jurisprudencial que abordó la justiciabilidad de los DESCAs en el sistema interamericano fue escasa, pues la Corte IDH prefirió durante mucho tiempo realizar un análisis indirecto de estos, bajo la cobertura de protección los derechos civiles y políticos. La línea evolutiva no fue homogénea y se produjeron pronunciamientos moderados al respecto. Considérese el caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú,<sup>7</sup> que versó sobre la vulneración de un derecho de connotación evidentemente social (régimen de pensiones de jubilados), cuyo fallo se inclinó a declarar la transgresión de los artículos 8 (garantías judiciales), 21 (propiedad privada) y 25 (protección judicial), desestimando la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los DESCAs en el Estado responsable.

Fueron los jueces interamericanos Margarete May Macaulay y Eduardo Ferrer Mac-Gregor quienes construyeron nuevas fronteras de discusión y realizaron importantes contribuciones al respecto en sendos votos particulares efectuados en el marco de la discusión de los casos contenciosos Furlan y Familiares vs. Argentina<sup>8</sup> y Suárez Peralta vs. Ecuador,<sup>9</sup> en específico sobre el análisis de la competencia de la Corte IDH para hacer justiciables de forma explícita y autónoma los derechos a la salud y seguridad social, por vía directa del artículo 26, considerando que las obligaciones de “respeto” y “garantía” a cargo del Estado, valen a todos los derechos, sean civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales, sin distinción ni jerarquía alguna.

En el caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador<sup>10</sup> se dio un paso más al reconocer y declarar la violación directa, entre otros, de un derecho

<sup>6</sup> Ferrer Mac-Gregor ya ha explicado la inexistencia de la alegada incompatibilidad entre la restricción del artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador y el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Loc. Cit.*, “La Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales en el Sistema Interamericano...”.

<sup>7</sup> Corte IDH, Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C, No. 98.

<sup>8</sup> Corte IDH, Caso Furlán y familiares Vs. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C, No. 246.

<sup>9</sup> Corte IDH, Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de mayo de 2013, Serie C, No. 261.

<sup>10</sup> Corte IDH, Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Serie C, No. 298.



social a la luz del Protocolo de San Salvador, en el marco de la demanda por responsabilidad internacional contra Ecuador, específicamente sobre el derecho a la educación de las personas con condiciones médicas potencialmente generadoras de discapacidad como el VIH/SIDA, pero sin mayor trascendencia para la interpretación del artículo 26, pues se estimó como punto importante la vulneración a los derechos de vida e integridad personal.

El punto de inflexión se produjo a raíz del caso Lagos del Campo vs. Perú,<sup>11</sup> en el cual se

modificaron los parámetros de protección de los DESCAs en el sistema regional latinoamericano. Treinta y ocho años después del inicio de funciones de la Corte IDH<sup>12</sup> fueron necesarios para dar este viraje jurisprudencial que bien podría calificarse como histórico: por primera vez en su historia la Corte IDH reconoció explícitamente su competencia para analizar y reparar vulneraciones a derechos laborales por vía del artículo 26, específicamente los de libertad de asociación y estabilidad en el empleo.

## V. La especial contribución del caso

¿Son los derechos de naturaleza laboral los únicos derechos sociales justiciables de forma directa? Evidentemente la respuesta es negativa; la escasez de precedentes no sería un motivo que invite a pensar en ello, sino que otros derechos de idéntica categoría deben y pueden gozar de esa especial protección reforzada. El caso Poblete Vilches vs. Chile planteó nuevos escenarios hasta ese momento insólitos que contribuyen a la aún inacabada construcción interpretativa del multicitado artículo 26, a saber: (1) el derecho a la salud es un derecho social autónomo a la luz de este enunciado normativo; y (2) las personas adultas mayores

son parte de un grupo vulnerable que exige la concesión de mayores garantías de protección.<sup>13</sup>

Es necesario entender que esta doctrina iniciada por la Corte IDH no supone un mero juego de palabras. El hecho de que se condene a un Estado —en este caso a Chile— por violación al artículo 26 de la Convención se relaciona con una categoría distinta de transgresión que exige reparaciones específicas. Estos pronunciamientos judiciales desde luego invitan a repensar las objeciones planteadas para admitir la plena justiciabilidad de los DESCAs,<sup>14</sup> tales como la carencia de idoneidad técnica de los jueces, la falta de legitimidad democrática,

<sup>11</sup> Corte IDH, Caso Lagos del Campo Vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2017, Serie C, No. 340.

<sup>12</sup> Cfr. Parra Vera, Oscar, "La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.) *Inclusión, lus Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, 1ª. ed., México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, pp. 181-230.

<sup>13</sup> Aldao, Martín y Clérico, Laura, "El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos. El caso Poblete Vilches y el examen de (in)cumplimiento de las obligaciones impostergables y no ponderables", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.) *Interamericanización del derecho a la salud Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*, 1ª. ed., México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019, p. 336.

<sup>14</sup> Cfr. Acuña, Juan Manuel, "La exigibilidad jurisdiccional de los derechos sociales como vía para el control de racionalidad de las políticas públicas", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La protección constitucional de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007.



el coste presupuestario y manejo de recursos disponibles, entre otras.

Sin desconocer la complejidad de las discusiones apuntadas, resulta claro que la dimensión colectiva, estructural e institucional inherente a los derechos sociales ocasiona el tránsito del problema de competencia hacia el problema de los resultados. Ya había anticipado Sunstein que el conflicto de los derechos sociales no radicaba en la ambigüedad o vaguedad de las previsiones normativas, sino en los recursos limitados del gobierno, pues incluso países “ricos”, como Estados Unidos de América no podrían garantizar

programas de vivienda o atención médica a todos sus ciudadanos, siendo inevitable que haya un margen de desprotección previsible.<sup>15</sup>

Esto se vuelve especialmente significativo considerando que, entre otras medidas de reparación en el caso Poblete Vilches, se condenó al Estado chileno a rediseñar la política general de salud geriátrica, que incluye la infraestructura de la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital Sotero del Río, los protocolos de atención de urgencias médicas en la Unidad de Cuidados Intensivos, lo cual aún no ha sido cumplido.<sup>16</sup>

## VI. A modo de conclusión

Los problemas apuntados no restan mérito a la doctrina vanguardista de protección judicial iniciada por la Corte IDH, al fijar determinadamente los estándares de desarrollo progresivo y cumplimiento inmediato del derecho a la salud a cargo del Estado, mediante la fijación de políticas públicas que procuren el acceso a servicios

esenciales y prestaciones médicas eficientes y de calidad, lo cual se ve notablemente reforzado en casos que involucren adultos mayores, como sujetos de especial protección. Sin embargo, aún queda un largo camino por delante para afrontar la difícil necesidad de incentivar la operatividad de los derechos sociales en las sociedades democráticas de América Latina.

<sup>15</sup> Sunstein, Cass, *Las cuentas pendientes del sueño americano. Por qué los derechos sociales y económicos son más necesarios que nunca*, Ana Bello (trad.), Colección derecho y política, Buenos Aires, Editores Siglo XXI, 2018, pp. 217-219.

<sup>16</sup> Corte IDH, Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, 14 de mayo de 2019.



## VII. Bibliografía

- Acuña, Juan Manuel, "La exigibilidad jurisdiccional de los derechos sociales como vía para el control de racionalidad de las políticas públicas", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La protección constitucional de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007.
- Aldao, Martín y Clérico, Laura, "El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos. El caso Poblete Vilches y el examen de (in)cumplimiento de las obligaciones impostergables y no ponderables", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.) *Interamericanización del derecho a la salud Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*, 1ª. ed., México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.
- De la Paz González, Isaac, *Constitucionalismo y Justiciabilidad de los Derechos Sociales, Estudio Comparado Internacional y Leading cases a través del juicio de amparo en México*, México, Editorial Porrúa, 2016.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 1ª. ed., México, Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia, número 5), 2017.
- Parra Vera, Oscar, "La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.) *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, 1ª. ed., México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.
- Robles, Gregorio, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, 1ª. ed., Madrid, Cuadernos Cívitas, 1992.
- Rossi, Julieta y Abramovich, Víctor, "La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, abril, volumen 9, número especial 2007, Universidad del Rosario Bogotá, Colombia, pp. 34-53. Disponible en <http://www.oda-alc.org/documentos/1366994804.pdf>.
- Sunstein, Cass, *Las cuentas pendientes del sueño americano. Por qué los derechos sociales y económicos son más necesarios que nunca*, Ana Bello (trad.), Colección derecho y política, Buenos Aires, Editores Siglo XXI, 2018.

### a) Jurisprudencia

- Corte IDH, Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C, No. 98.
- Corte IDH, Caso Furlán y familiares Vs. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C, No. 246.
- Corte IDH, Caso Gonzales Llu y otros Vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Serie C, No. 298.
- Corte IDH, Caso Lagos del Campo Vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2017, Serie C, No. 340.
- Corte IDH, Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de mayo de 2013, Serie C, No. 261.
- Corte IDH, Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de marzo de 2018, Serie C, No. 349.
- Corte IDH, Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, 14 de mayo de 2019.



# El deber de realizar el control difuso de leyes por parte de los órganos del Poder Judicial de la Federación, en su faceta de tribunales constitucionales

*The duty to carry out the diffuse control of laws by the federal judicial branch, in their role as constitutional courts*

Rafael Obregón Orendain\*

**Resumen:** Mediante el análisis de la contradicción de tesis 351/2014, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se expone el último avance que dicho tribunal ha propuesto con respecto a la doctrina del control constitucional difuso de leyes en materia de derechos humanos: la competencia que tienen los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, cuando conocen juicio de amparo directo e indirecto, de realizar el control difuso de las normas que se hayan aplicado en el procedimiento de origen (de donde deriva el acto reclamado).

**Abstract:** *Through the study of the contradiction of thesis 351/2014 issued by the Plenary of the Supreme Court of Justice, it exposes the latest breakthrough that said Court has proposed regarding the doctrine of diffuse constitutional control of laws in human rights: the competence that the Courts of the Federal Judicial Branch have, when they hear the writ of amparo, of making diffuse control of the laws applied to the original proceeding (from where the contested act initiates).*

**Palabras clave:** Control constitucional de leyes, derechos humanos, juicio de amparo, competencia, Poder Judicial Federal.

**Keywords:** *Judicial review, human rights, amparo trial, competence, Federal Judicial Branch.*

\* Abogado litigante. Cuenta con estudios de posgrado: Maestría en Ciencias Jurídicas con enfoque en Derecho Constitucional, por la Universidad Autónoma de Baja California, campus Mexicali, B.C. y estudios de especialidad impartidos por la Escuela Federal de Formación Judicial: Curso Básico de Formación y Preparación de Secretarios del Poder Judicial de la Federación, generación 2018, sede Mexicali, B.C. Constitucional, por la Universidad Autónoma de Baja California, campus Mexicali, B.C. y estudios de especialidad impartidos por la Escuela Federal de Formación Judicial: Curso Básico de Formación y Preparación de Secretarios del Poder Judicial de la Federación, generación 2018, sede Mexicali, B.C.



**Sumario:** I. Introducción; II. Antecedentes del control constitucional difuso en México  
III. Contradicción de tesis 351/2014; IV. Conclusiones; V. Bibliografía.

## I. Introducción

Tan importantes son los derechos humanos como las herramientas para su defensa, vigilancia y correcta aplicación. Es bajo esta idea en donde los modelos de control de regularidad constitucional encuentran empleo en cualquier Estado democrático de derecho. Es por ello que su estudio cobra relevancia.

En ese sentido, en las páginas siguientes se analizará la sentencia recaída en la contradicción de tesis 351/2014 resuelta por el Pleno de nuestro Máximo Tribunal en septiembre de 2021.<sup>1</sup>

Precedente que modificó significativamente la forma en que se ejercerá de ahora en adelante el control difuso *ex officio* del parámetro de regularidad constitucional en materia de derechos humanos en México,

debido a que mediante ese precedente se impone la obligación a cargo de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, cuando conocen juicio de amparo directo e indirecto, de realizar el control difuso de las normas que se hayan aplicado en el procedimiento de origen (de donde deriva el acto reclamado), escenario que se encontraba en veda hasta antes de dicho precedente.

Lo anterior, no sin antes hacer un sucinto repaso sobre la doctrina jurisdiccional que nuestro Máximo Tribunal ha construido con respecto al control difuso, a más de 10 años de haber introducido esa figura jurídica a nuestro ordenamiento mediante lo resuelto en el emblemático expediente varios 912/2010.

## II. Antecedentes del control constitucional difuso en México

El modelo difuso de control de regularidad constitucional en México no es una novedad que apareció en nuestro sistema jurídico a partir de lo decidido por el Pleno de nuestro Máximo Tribunal en el célebre expediente varios 912/2010; tampoco por la reforma constitucional de 10 de junio de 2011. Lo cierto es que este modelo de control ha estado contemplado en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos

Mexicanos, pero en letargo, inactivo, sin aplicación práctica en beneficio de la supremacía de nuestra Carta Magna.

El control difuso en México tuvo su primer asomo en el artículo 126 de la Constitución de 1857; dispositivo normativo supremo que replicó lo expresado en su homólogo internacional: artículo VI, numeral 2, de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787. Posteriormente, este mismo esquema protector

<sup>1</sup> Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 351/2014, Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, resuelto por mayoría de nueve votos el 28 de septiembre de 2021.



de la supremacía constitucional fue plasmado por el poder constituyente en el artículo 133 de la Constitución mexicana de 1917.

Así, resulta correcto aseverar que el control difuso de leyes estuvo positivizado en el derecho mexicano desde las datas apuntadas, pues la derogada Constitución de 1857 y la vigente de 1917 reprodujeron un texto —de interpretación clara— que derivaba de la Constitución estadounidense. Esto es definitorio para la conclusión expresada, en la medida en que el tribunal constitucional garante de esta última norma fue pionero en el desarrollo de la doctrina jurisdiccional del control difuso de leyes, a raíz del fallo emitido por el caso *Marbury vs. Madison* del año de 1803.

Sin embargo, pese a la claridad literal e histórica que daba el artículo 133 de nuestra Constitución, en México no se pudo definir de manera contundente la facultad del control de leyes por parte de todos los órganos jurisdiccionales del Estado mexicano. Por ejemplo, en el siglo XX y en la primera década del XXI, hubo voces en la doctrina mexicana que se expresaban, tanto a favor como en contra, de la aplicabilidad del control difuso de normas en México. Lo mismo sucedió con los criterios emanados por los tribunales del Poder Judicial de la Federación. Esta discusión siempre se inclinó por las razones que se pronunciaban en contra de la facultad de los jueces de las entidades federativas para realizar dicho control; y se puso fin manifiesto en las jurisprudencias emitidas por el Pleno en el año de 1999 de rubros: “CONTROL DIFUSO DE LA

CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN”<sup>2</sup> y “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN”;<sup>3</sup> con la cual se patentizó el llamado monopolio del control constitucional de leyes por parte del Poder Judicial Federal.<sup>4</sup>

Entonces, el control difuso de leyes en México no fue reconocido y, por tanto, no tuvo aplicación práctica a pesar de las razones de peso que existían en contrario. Lo anterior fue así hasta la reforma al artículo 1o constitucional de 10 de junio 2011 y lo resuelto por el Pleno de nuestro Máximo Tribunal en el expediente varios 912/2010, que se formó en cumplimiento del fallo que emitido la Corte IDH en el caso *Radilla Pacheco Vs. México. A través de esos acontecimientos se introdujo el control difuso de leyes relacionadas con derechos humanos.*

Así, en julio de 2011 el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictó una sentencia que rompió paradigmas con respecto a la justiciabilidad de los derechos humanos en el Estado mexicano. Se trata del fallo emitido en el conocido expediente varios 912/2010. Entre otras cosas, a través de esta resolución surgieron criterios jurisdiccionales que: (1) introdujeron a nuestro ordenamiento jurídico, de manera formal, el control difuso de regularidad constitucional<sup>5</sup> en materia de derechos humanos; también, (2) hablaron de la simbiosis entre el control concentrado y el control difuso, como modelos válidos de control del parámetro de regularidad constitucional

<sup>2</sup> Tesis: P./J. 74/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, p. 5. Registro digital: 193435.

<sup>3</sup> Tesis: P./J. 73/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, p. 18. registro digital: 193558.

<sup>4</sup> Cfr. Rojas Caballero, Ariel Abelardo, *El control difuso y la recepción del control de convencionalidad en materia de derechos humanos en México*, 1ª ed., México, Editorial Porrúa, 2015, pp. 272-281.

<sup>5</sup> Tesis: P. LXVII/2011(9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, diciembre de 2011, Tomo 1, p. 535. Registro digital: 160589.



en materia de derechos humanos en México<sup>6</sup> y; por último, (3) se expresaron los primeros lineamientos para el ejercicio práctico del control difuso por parte de los jueces de nuestro país.<sup>7</sup>

Posteriormente, surgieron precedentes para esclarecer cuestiones que quedaron imprecisas en la ejecutoria que se dictó en el expediente varios 912/2010. A continuación, se enuncian los temas más significativos:

- Aclaración del significado y alcance de la expresión *ex officio* que se predica del control judicial difuso.<sup>8</sup>
- Aclaración de la consecuencias del control constitucional difuso (*ex officio*): no conlleva, necesariamente, a la inaplicación de la norma sometida a ese control; debido que esta preserva su presunción de constitucionalidad y, puede, al momento de su análisis de constitucionalidad, que la misma sea salvada a través de una interpretación conforme (en sentido amplio o estricto).<sup>9</sup>
- Imprudencia del control difuso con respecto a la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte.<sup>10</sup> Imposibilidad

de realizar ese control sobre preceptos constitucionales.<sup>11</sup>

- La calificación de los conceptos de violación en donde se alegare la omisión, por parte de las autoridades responsables, de hacer control difuso de normas. Esos argumentos deberán de calificarse como inoperantes.<sup>12</sup>
- Se responde la interrogante con relación a qué pasa cuando convergen ambos medios de control constitucional (difuso y concentrado): el control difuso no condiciona ni limita el posterior ejercicio del control concentrado que hagan los juzgadores de amparo.<sup>13</sup>
- Se define la competencia de las autoridades administrativas para realizar este tipo de control: no lo pueden ejercer, pues está reservado para autoridades jurisdiccionales o administrativa con funciones materialmente jurisdiccionales.<sup>14</sup>

## 1. Amparo directo en revisión 1046/2012

El precedente que continuación se detallará es de capital importancia para fin de este trabajo,

<sup>6</sup> Tesis: P. LXX/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, diciembre de 2011, Tomo 1, p. 557. Registro digital: 160480.

<sup>7</sup> Tesis: P. LXIX/2011(9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, diciembre de 2011, Tomo 1, p. 552. Registro digital: 160525.

<sup>8</sup> Tesis: 1a. CCCLX/2013 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 1, diciembre de 2013, Tomo I, p. 512. Registro digital: 2005116.

<sup>9</sup> Tesis: 1a. CCCLIX/2013 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 1, diciembre de 2013, Tomo I, p. 511. Registro digital: 2005115.

<sup>10</sup> Tesis: P./J. 64/2014 (10a.) *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época Libro 13, diciembre de 2014, Tomo I, página 8. Registro digital: 2008148.

<sup>11</sup> Tesis: 2a./J. 3/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 3, febrero de 2014, Tomo II, p. 938. Registro digital: 2005466.

<sup>12</sup> Tesis: 2a./J. 16/2014 (10a.), Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, abril de 2014, Tomo I, p. 984. Registro digital: 2006186.

<sup>13</sup> Tesis: 1a. CCXC/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 23, octubre de 2015, Tomo II, p. 1648 Registro digital: 2010144.

Tesis: 2a. XLII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 6, mayo de 2014, Tomo II, p. 1094 Registro digital: 2006391.

<sup>14</sup> Tesis: 2a. CIV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 11, octubre de 2014, Tomo I, p. 1097. Registro digital: 2007573.



ya que fue la antítesis de la contradicción tesis sobre la que orbita nuestro análisis. Se trata del amparo directo en revisión 1046/2012, en donde el Pleno del Tribunal Constitucional mexicano definió la competencia de los Tribunales Colegiados para aplicar el control difuso de leyes cuando actúan como tribunales constitucionales (en control concentrado de normas) en los juicios de amparo directo o, indirecto en revisión, que les toca conocer.

Al respecto, el Pleno apuntó que los tribunales no están facultados para ejercer el control difuso de las normas que se aplicaron en el procedimiento de donde deriva el acto reclamado porque:

... tal asignación corresponde, en su caso, a las autoridades judiciales encargadas de su aplicación (autoridades administrativas, jueces, salas de instancia, etc.), pues sostener lo contrario, es decir, que los Tribunales Colegiados de Circuito pueden, mediante un control difuso de regularidad constitucional declarar, en amparo directo, la inconstitucionalidad de disposiciones contenidas en leyes que rigen el procedimiento o juicio de origen generaría inseguridad jurídica para las partes...<sup>15</sup>

En ese orden de ideas, la Corte explicó que los Tribunales Colegiados sí pueden ejercer control difuso de normas cuando actúan como juzgadores de amparo, pero ese ejercicio estará limitado a las normas que regulan su competencia (Ley de Amparo, Código Federal de Procedimientos Civiles etc.). Así, el Pleno dijo:

...los Tribunales Colegiados de Circuito, como órganos del Poder Judicial de la Federación, deben ejercer el control difuso de regularidad constitucional ante la violación de derechos humanos, con la observación de que solo pueden hacerlo en el ámbito de su competencia, es decir, respecto de las disposiciones que ellos mismos están facultados para aplicar, específicamente, las contenidas en los ordenamientos que rigen el procedimiento del juicio de amparo, esto es, la Ley de Amparo, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y el Código Federal de Procedimientos Civiles, supletorio de aquella.<sup>16</sup>

De lo anterior se colige que, para nuestro Máximo Tribunal, los Tribunales Colegiados no podrían realizar el control *ex officio* o difuso de las leyes aplicadas en el procedimiento de origen —de donde deriva el acto reclamado— pues, por un lado, ese actuar generaría inseguridad jurídica en perjuicio de las partes contendientes y, por otro lado —según la doctrina respectiva— los Tribunales Colegiados solo podrían realizarlo, cuando actúen como tribunales constitucionales, sobre las leyes que rijan su competencia: Ley de Amparo, Código Federal de Procedimientos Civiles, entre otras.

Cabe destacar que este precedente, por identidad de razón, aplicaba para los otros juzgadores de amparo: juzgados de distrito, tribunales unitarios (ahora tribunales colegiados de apelación).

<sup>15</sup> Tesis: P. X/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 21, agosto de 2015, Tomo I, p. 356. Registro digital: 2009817.

<sup>16</sup> Tesis: P. IX/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 21, agosto de 2015, Tomo I, p. 355. Registro digital: 2009816.



### III. Contradicción de tesis 351/2014

Después de un breve pasaje por la doctrina jurisdiccional que ha emitido nuestro Máximo Tribunal con respecto al control difuso de leyes en México, toca analizar uno de los precedentes más significativos que se ha emitido al respecto: contradicción de tesis 351/2014, resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el mes de septiembre de 2021. En esta ejecutoria (1) se define el contenido y alcance del deber de los órganos del Poder Judicial de la Federación para ejercer el control difuso de leyes cuando conocen del juicio de amparo en sus dos vías; (2) se exponen las razones por las cuales el Pleno se alejó del criterio adoptado en el amparo directo de en revisión 1046/2012 y; por último, pero no menos importante, (3) se emiten lineamientos dirigidos a los juzgadores de amparo para ejercer este control.

#### 1. Materia de la contradicción

La sentencia emitida por el Pleno precisa la materia sobre la que versó la contradicción (*thema decidendi*). Por su claridad se cita literalmente:

110. La materia de esta contradicción reside, exclusivamente, en determinar cuál es el objeto y alcance del deber de realizar control de constitucionalidad *ex officio* a cargo del Poder Judicial de la Federación cuando actúan como tribunal de amparo, a saber: si ese control deber recaer únicamente sobre las normas procesales que aplica en el trámite y resolución en los juicios de amparo (Ley de Amparo,

Código Federal de Procedimientos Civiles y Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, básicamente) o, además de estas, también sobre cualquier otra norma, substantiva o adjetiva, de la que tenga conocimiento en el ejercicio de su competencia porque hubiera sido aplicada en el acto reclamado.<sup>17</sup>

Si bien la materia de la contradicción versó en resolver la cuestión arriba plantada, la sentencia marca parámetros para la aplicación práctica, por parte de los jueces constitucionales, del control difuso de leyes en los juicios de amparo directo e indirecto. Cuestiones que, aunque sean *obiter dicta*, por su importancia se abordarán posteriormente.

#### 2. Razones que llevaron a la corte a apartarse del criterio adoptado en el amparo directo en revisión 1046/2012

La motivación que ejerció el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para apartarse del juicio que había adoptado al respecto en el amparo en revisión 1046/2012 fue de peso y profusa. Sin embargo, la razón principal por la que nuestro Máximo Tribunal se divorció del criterio anteriormente adoptado se refleja en el siguiente argumento:

- Si bien es cierto que el juicio de amparo no es una instancia más de los procedimientos ordinarios de donde este deriva, también es cierto que ello no justifica limitar el alcance del control *ex officio* de constitucionalidad;

<sup>17</sup> Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 351/2014, Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, resuelto por mayoría de nueve votos el 28 de septiembre de 2021, párr. 110.



debido a las obligaciones que el artículo 1 constitucional establece a cargo de los tribunales de amparo: respetar, promover, proteger y garantizar los derechos humanos, así como evitar o prevenir violaciones a estos.<sup>18</sup> Por lo cual, si los juzgadores de amparo advierten que en el acto reclamado se aplicaron normas inconstitucionales, deben subsanar esa irregularidad, aunque no lo hayan alegado las partes; ello, en ejercicio del control difuso *ex officio*. Si no actúan así, esa omisión se traduciría en un desacato al deber establecido en el artículo 1 de la Constitución: evitar la violación de derechos humanos en el ejercicio de su competencia al conocer del juicio de amparo.<sup>19</sup>

### 2.1. Seguridad jurídica vs. La regularidad de los derechos humanos.

Un aspecto que se consideró en el amparo directo en revisión 1046/2012 fue que el ejercicio del control constitucional difuso por parte de los Tribunales Colegiados, con respecto de las normas que se hubieran aplicado en el procedimiento, se dificultaría de cara a la garantía de seguridad jurídica, pues generaría incertidumbre entre las partes y se desconocerían instituciones como la preclusión o la cosa juzgada.

En contra del anterior argumento, en esta ocasión, por lo que hace a la seguridad jurídica, el Pleno expreso, en términos generales:

- La seguridad jurídica es un valor instrumental orientado a hacer previsible el respeto a los derechos humanos, por lo que esta institución no puede

servir como justificación para la violación de estos, al excluir la aplicación de normas inconstitucionales.<sup>20</sup> Esta garantía se devalúa cuando sirve de sustento para aplicar normas que vulneren derechos humanos.<sup>21</sup>

- Mediante una formación rigurosa de los operadores jurídicos en el entendimiento de los derechos humanos, con la intención de que el ejercicio del control difuso se realice, excepcionalmente, ante violaciones relevantes de derechos humanos en sentido estricto, y no de cualquier norma constitucional distinta a la que reconoce derechos humanos.<sup>22</sup>

#### 2.1.1. Instituciones procesales de cosa juzgada y preclusión

En particular, el Tribunal Pleno analizó dos instituciones jurídicas que se desprenden del principio de seguridad jurídica: las instituciones de preclusión y cosa juzgada. Ello, debido a que el acatamiento estricto a estas figuras jurídicas sirvió como fundamento para sostener el criterio que anteriormente se habían adoptado (ADR 1046/2012), es decir, sirvieron como obstáculo para impedir la justiciabilidad de los derechos humanos mediante el control difuso *ex officio* de constitucionalidad.

En esa línea, por lo que respecta a la preclusión del derecho que tienen las partes para quejarse sobre la inconstitucionalidad de preceptos normativos que, *prima facie*, vulneren sus derechos humanos, el Pleno manifestó:

<sup>18</sup> Cfr. *Ibidem*, párr. 162-176.

<sup>19</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>20</sup> *Ibidem*, párr. 215.

<sup>21</sup> *Ibidem*, párr. 216.

<sup>22</sup> *Ibidem*, párr. 219.



- El ejercicio del control *ex officio* no depende de la voluntad de las partes para recurrir las violaciones de derechos humanos, en realidad, es un deber público, reconocido en la Constitución con la fin de proteger derechos humanos.<sup>23</sup>
- El control *ex officio* de regularidad constitucional es compatible con la figura de la preclusión pues, (1) por un lado, este deriva de las facultades de las partes para impugnar normas violatorias derechos humanos, pero no de los deberes públicos de las autoridades jurisdiccionales contenidos en el artículo 1 constitucional. Por otro lado, (2) ese control debe realizarse en el primer juicio de amparo directo y no en posteriores ocasiones.<sup>24</sup>

Por lo que hace a la institución de la cosa juzgada, el Máximo Tribunal no advirtió que la aplicación del control difuso *ex officio* de leyes atentara contra dicha institución, debido a que mientras el acto reclamado esté *sub judice*, no operaría esa figura procesal. En otras palabras, si la norma se somete a control difuso durante el trámite del juicio de amparo, significa que el análisis de su constitucionalidad aún no se ha resuelto en ninguna instancia constitucional; consecuentemente, no existe, al respecto, cosa juzgada en sentido estricto.<sup>25</sup>

### 3. Criterio jurídico emitido por el pleno

De las consideraciones argumentadas en la contradicción de tesis que nos ocupa se

siguió una jurisprudencia que sintetizó exitosamente el criterio jurídico que en esa ejecutoria el Pleno adoptó:

Criterio jurídico: Los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación cuando actúan en amparo directo e indirecto deben realizar control de regularidad constitucional *ex officio*, tanto respecto de las disposiciones procesales que regulan el juicio de amparo, como sobre las normas sustantivas y procesales que se aplicaron en el acto reclamado.<sup>26</sup>

Criterio anterior que, a partir del 14 de febrero de 2022, se convirtió en obligatorio en términos del artículo 217 de la Ley de Amparo.

#### 3.1. Lineamientos para el control difuso en amparo directo

De manera periférica, pero igualmente importante, el Pleno de la Suprema Corte formuló pautas para el ejercicio de este tipo de control, dirigidas a los Tribunales Colegiados, cuando estos realicen funciones de tribunales constitucional en los juicios de amparo directo. Al respecto, expuso:

- Antes de realizar el control *ex officio* de leyes, el Tribunal Colegiado deberá publicar el proyecto de sentencia respectivo y dar vista a las partes.<sup>27</sup>
- El control *ex officio* se realizará incidentalmente, sin abrir cuerda separada y de conformidad con las reglas procesal del juicio de amparo directo. Por tanto: (1) las normas no se considerarán actos reclamados destacados y; (2) los efectos de la sentencia se limitan a la inaplicación

<sup>23</sup> *Ibidem*, párr. 237.

<sup>24</sup> *Ibidem*, párr. 253.

<sup>25</sup> *Ibidem*, párr. 243.

<sup>26</sup> Tesis: P./J. 2/2022 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Undécima Época*, Libro 10, febrero de 2022, Tomo I, p. 7. Registro digital: 2024159.

<sup>27</sup> *Op. cit.*, párr. 255.



de la norma.<sup>28</sup> El control *ex officio* también se realizará en amparo indirecto en revisión, con la obligación de publicar, previamente, el proyecto de sentencia y dar vista a las partes.<sup>29</sup>

### 3.2. Lineamientos para el control difuso en amparo indirecto

Nuestro Máximo Tribunal no pasó desapercibido que, por similitud, los argumentos que aplicaban en favor de la facultad que tienen los Tribunales Colegiados para ejercer el control difuso *ex officio* de leyes también reflejan para el resto de los órganos del Poder Judicial Federal que

conocen del juicio de amparo indirecto. Por lo que el Pleno hace lo propio y emite ciertos lineamientos para ejercer esa herramienta de regulación constitucional. Esto fue lo enunciado en la ejecutoria:

- Los efectos de la sentencia se limitan a la inaplicación de la norma; por lo cual, no se hará declaración de invalidez de esta. Asimismo, la sentencia no tendrá efectos futuros mediante la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico con relación a la esfera jurídica del justiciable.<sup>30</sup>

## IV. Conclusiones

En la contradicción de tesis 351/2014 el Tribunal Pleno mudó de opinión con la finalidad de ampliar el campo de acción de los juzgadores de amparo por lo que respecta a la protección y defensa de los derechos humanos. A partir de este precedente los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, en su función de tribunales constitucionales, podrán, de ser el caso, ejercer el control difuso sobre normas en materia de derechos humanos y previo a una interpretación que permita parámetro de regularidad, sin que obre petición de las partes y sin importar que sea durante la secuela procesal del juicio de amparo.

Lo anterior puede sonar ilógico para los partidarios del principio de estricto derecho. Sin embargo, como lo explicó la Corte, por motivo del mandato establecido en el artículo primero constitucional, que compele a los jueces a respetar los derechos humanos, no existe una razón de peso que impida pensar lo contrario.

Hay que resaltar con particular intensidad que sí existe un roce entre el ejercicio del control difuso *ex officio* durante la sustanciación del juicio de amparo y la garantía de seguridad jurídica; sin embargo, para que convivan ambos modelos de control de constitucionalidad (concentrado y difuso) sin afectar a esta, el ejercicio del control difuso deberá realizarse con sensatez y medida, únicamente con respecto a normas que reflejen una desarmonía flagrante con el parámetro de regularidad constitucional en materia de derechos humanos, apartando del campo de control aquellos preceptos de naturaleza procesal que no son propiamente violatorios de derechos fundamentales en sentido estricto. Asimismo, deberá de privilegiarse metodología argumentativa que permita salvar la norma y, al mismo tiempo, el orden constitucional.

<sup>28</sup> *Ibidem*, párr. 260.

<sup>29</sup> *Ibidem*, párr. 273.

<sup>30</sup> *Ibidem*, párr. 271.



## V. Bibliografía

### a) Libros

- Rojas Caballero, Ariel, *El control difuso y la recepción del control de convencionalidad en materia de derechos humanos en México*, 1ª ed., México, Editorial Porrúa, 2015.
- Ramoz Quiroz, Francisco, *Historia del control constitucional en México*, 1ª ed., México, Editorial Porrúa, 2021.

### b) Jurisprudenciales

- Tesis: P./J. 74/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, p. 5. Registro digital: 193435.
- Tesis: P./J. 73/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, p. 18. registro digital: 193558.
- Tesis: P. LXVII/2011(9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, diciembre de 2011, Tomo 1, p. 535. Registro digital: 160589.
- Tesis: P. LXX/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, diciembre de 2011, Tomo 1, p. 557. Registro digital: 160480.
- Tesis: P. LXIX/2011(9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, diciembre de 2011, Tomo 1, p. 552. Registro digital: 160525.
- Tesis: 1a. CCCLX/2013 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 1, diciembre de 2013, Tomo I, p. 512. Registro digital: 2005116.
- Tesis: 1a. CCCLIX/2013 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 1, diciembre de 2013, Tomo I, p. 511. Registro digital: 2005115.
- Tesis: P./J. 64/2014 (10a.) *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época Libro 13, diciembre de 2014, Tomo I, página 8. Registro digital: 2008148.
- Tesis: 2a./J. 3/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 3, febrero de 2014, Tomo II, p. 938. Registro digital: 2005466.
- Tesis: 2a./J. 16/2014 (10a.), Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, abril de 2014, Tomo I, p. 984. Registro digital: 2006186.

- Tesis: 1a. CCXC/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 23, octubre de 2015, Tomo II, p. 1648 Registro digital: 2010144.
- Tesis: 2a. XLII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 6, mayo de 2014, Tomo II, p. 1094 Registro digital: 2006391.
- Tesis: 2a. CIV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 11, octubre de 2014, Tomo I, p. 1097. Registro digital: 2007573.
- Tesis: P. X/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 21, agosto de 2015, Tomo I, p. 356. Registro digital: 2009817.
- Tesis: P. IX/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 21, agosto de 2015, Tomo I, p. 355. Registro digital: 2009816.
- Tesis: P./J. 2/2022 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, Libro 10, febrero de 2022, Tomo I, p. 7. Registro digital: 2024159.

### c) Sentencias nacionales

- Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 351/2014, Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, resuelto por mayoría de nueve votos el 28 de septiembre de 2021.

### d) Normativas

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_120419.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_120419.pdf).

### e) Internacional

- Constitución de los Estados Unidos de América; [https://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const\\_mex/const\\_eua.pdf](https://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_eua.pdf).



# 10 años de derechos. *Autobiografía jurisprudencial* Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo

**Ciudad de México, Tirant lo Blanch,  
2022, 419 páginas.**

Antonio de Jesús Ramírez Aguilar\*

---

*10 años de derechos. Autobiografía jurisprudencial* es un libro que se nutre de sentencias judiciales que resolvieron diversos problemas sociales reales sobre derechos humanos en México. Se conforma por nueve capítulos, dentro de los cuales el autor explica mediante un metalenguaje el contexto y razonamiento de 50 sentencias falladas a propuesta de la ponencia del propio autor como ministro de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a lo largo de 10 años en ejercicio de sus funciones. A través de esta explicación, el autor trata de demostrar el cumplimiento de compromisos como juzgador de amparo, pero al final ese no es el único cometido que logra. Para entender el contenido de la obra y por la peculiaridad de esta como libro de casos, se acudirá a cada capítulo y se tratará de extraer las interrogantes más relevantes que cada una de las sentencias analizadas responde.

En el capítulo primero sobre el parámetro de control de regularidad constitucional, el autor analiza la sentencia de la conocida Contradicción de tesis 293/2011. En este se inicia dando un contexto en el que se vivió el cambio trascendental en el sistema jurídico mexicano con la apertura al derecho internacional de los derechos humanos, que dio pie a dos posturas basadas en el entendimiento de la función de la Constitución. Una de las preguntas que responde es si los derechos humanos tienen jerarquía constitucional con independencia de si su fuente es nacional o internacional. Para que la respuesta fuese afirmativa, el proyecto tuvo que ceder a la pluralidad de criterios de los ministros del Pleno, lo que dio origen a la inclusión de la también conocida cláusula de restricción “cuando en la Constitución hubiera una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica el texto constitucional”, pero con la introducción también de catálogo de derechos humanos de ambas fuentes. En el capítulo se trata de explicar el cambio

---

\* Maestro en argumentación jurídica por la Universidad de Alicante. Secretario del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, en Monterrey, Nuevo León.



de paradigma constitucional y justificar que aun cuando prevaleció la restricción constitucional, se permitió el paso para desarrollo de los derechos humanos. Asimismo, es el punto de partida que abre la puerta al desarrollo de los derechos humanos en México.

En el capítulo segundo sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad, se abordan dos sentencias relacionadas con ese derecho: una, sobre divorcio y otra, sobre consumo de marihuana. Se inicia con un contexto sobre las ideas libertarias de la autonomía de las personas sobre libertad de realizar cualquier conducta sin dañar a otros. Sobre la primera sentencia, una de las preguntas a resolver es si una persona puede divorciarse de su pareja sin necesidad de acreditar una causa establecida en la ley, que tiende a proteger la unidad de la familia. Sobre la segunda y restante sentencia, una de las preguntas es si es válido que la ley prohíba que una persona mayor de edad consuma marihuana para uso recreativo. Al final, se explica que estas sentencias contribuyen a cambiar la visión paternalista del Estado, por una que respete las decisiones de las personas. Los principales actores en estas sentencias a quienes se protegieron sus derechos humanos son las personas parejas que buscan divorciarse y los adultos que desean entretenerse con consumo de marihuana, actores normalmente invisibilizados en la sociedad. Se muestra cómo las personas pueden tomar las decisiones que dirijan el plan de vida que deseen vivir, sin dañar a terceros y sin restricciones injustificadas de la autoridad, que busca actuar como padre de familia pretendiendo saber qué hacer en las vidas de las personas.

En el capítulo tercero sobre libertad de expresión se analizan ocho sentencias. Caso *La Jornada vs Letras Libres*. Sobre la libertad de expresión y el derecho al honor de medios de comunicación. Una de las presuntas es si los medios de comunicación como especie

de figura pública tienen amplia libertad para criticar u opinar sobre temas relevantes, pero por estar voluntariamente expuestos a la mirada pública, deben tolerar mayores ataques a su honor o reputación, incluyendo ataques desagradables y mordaces. Sobre la calidad de periodista y federalización de delitos en su contra, ¿es necesario trabajar en un medio de comunicación o contar con título en periodismo para acreditar ser periodista y acceder a los derechos inherentes a esa función?, ¿por qué los delitos contra periodistas deben verse en fuero federal? Libertad de expresión y vida privada, ¿cuál es el criterio que se usa para justificar la intromisión al derecho al honor?, ¿cuál para justificar la intromisión a la vida privada?, ¿cuál para la malicia efectiva? Sobre periodismo de entretenimiento y derecho a la imagen, ¿cuándo la publicación de imágenes de una persona puede estar protegida por la libertad de expresión? Regulación de publicidad oficial de medios, ¿el uso discrecional del presupuesto público puede permitir que los gobiernos orienten la línea editorial de los medios silenciando las voces críticas o contrarias? Libertad de expresión en el discurso comercial, ¿es más tolerable el riesgo de daños generados por la libertad de expresión que por su limitación general? Tipo penal de halconeos y derecho a la información, ¿el hecho de que el tipo penal busque proteger la seguridad pública al penalizar la investigación de información sobre operaciones de las fuerzas de seguridad genera un efecto inhibitorio en la tarea del periodista? Acceso a la información y violaciones graves a derechos humanos, ¿puede reservarse información sobre investigaciones de violaciones graves a derechos humanos, siendo que no solo afectan a la víctima y familiares, sino a la sociedad por su gravedad y las repercusiones democráticas que implican?

Los actores principales en estas sentencias son medios de comunicación a quienes les



hacen señalamientos públicos con lenguaje mordaz; a periodistas que critican la labor de los gobernantes o que hacen periodismo de investigación; a los que informan hechos policiales o situaciones de riesgo; a personas de los medios a quienes les publican fotografías de ellos desnudos sin consentimiento; a periódicos o medios pequeños que ocupan recursos del gobierno para ejercer el periodismo e informar; a consumidores con derecho a estar informados de los productos que cumplen con parámetros de calidad; y a víctimas y familiares del delito. Además, muestra protección no solo a periodistas o medios, sino a la sociedad quienes estamos interesados en los acontecimientos relevantes en nuestras comunidades, pues si se censura al periodismo, se censura a la sociedad. Se pone de relieve el papel trascendental para lograr un Estado democrático, del derecho humano a la libertad de expresión tanto desde su faceta individual como de la social.

En el capítulo cuarto sobre igualdad y no discriminación se analizan siete sentencias. Sobre discriminación por discapacidad y seguros médicos, ¿conforme al modelo social de discapacidad, esta deriva de las condiciones físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de la persona, o bien, de las barreras que le impone la propia sociedad a esa persona? Estado de interdicción y modelo social de discapacidad, ¿las personas tutoras pueden estar por encima de la voluntad de las personas con discapacidad? Padres con discapacidad a no ser discriminados, ¿un padre con discapacidad mental en estado de interdicción, con suspensión temporal de patria potestad, puede negar el consentimiento de adopción de su hijo? Matrimonio igualitario, ¿solo las parejas heterosexuales pueden acceder al matrimonio? Separados pero iguales, ¿es válido crear figuras como enlaces conyugales para que personas homosexuales puedan unirse legalmente, pero sin los mismos derechos que

derivan del matrimonio? Pluriculturalidad, ¿las personas indígenas tienen derecho a expresarse en su lengua a través de cualquier estación de radio? Autoadscripción en procesos penales, ¿las personas indígenas pierden sus derechos cuando se autoadscriben como pertenecientes a un grupo indígena en etapas posteriores a la inicial en el proceso penal?

Los actores principales protegidos a través de estas sentencias son: una persona con discapacidad que desea adquirir un seguro médico; un adulto con discapacidad que desea tomar sus propias decisiones de vida; una persona con discapacidad a causa de un accidente vial que no desea perder a su hijo, el cual pretende ser adoptado por la pareja de su ex esposa; personas homosexuales que desean acceder al matrimonio y a los derechos inherentes a este; y personas indígenas que desean expresarse en su lengua y que son sometidas a procesos penales. Se muestra cómo a través del derecho a la igualdad, todas las personas y no solo unas pocas privilegiadas, acceden a los derechos humanos.

En el capítulo quinto sobre la igualdad sustantiva se analizan siete sentencias. Derecho a decidir, ¿puede una mujer decidir interrumpir su embarazo? Orden de apellidos, ¿el derecho de los padres a decidir el nombre y orden de apellidos está protegido por el derecho a la vida privada, familiar y al nombre? Derecho de los padres a no ser discriminados, ¿una madre pierde el derecho de guarda y custodia sobre sus hijos solo por tener un padecimiento médico? Doble jornada, ¿la mujer tiene derecho a una indemnización económica durante el tiempo que se dedicó al hogar, aun cuando tuvo un trabajo? Perspectiva de género, ¿si una mujer es acusada de matar a su pareja y alega que esta ejercía violencia física, sexual y emocional, debe ordenarse el desahogo de pruebas para determinar si existía o no un escenario de violencia y, en caso de acreditarse, valorar



la pena y la modalidad de forma proporcional? Indemnización por violencia familiar, ¿la violencia intrafamiliar es hecho ilícito para la responsabilidad civil? Paridad de género, ¿el principio de garantizar la igualdad sustancial entre géneros tanto en candidaturas como en órganos de representación, debe verse reflejado en los espacios de decisión?

Los principales actores en este capítulo son: mujeres víctimas de violencia sexual que desean interrumpir su embarazo; padres que desean cambiar el orden de los apellidos de sus hijos; madres con enfermedad que desean cuidar a sus hijos; mujer separada que trabajó en casa y en un trabajo formal; mujer víctima de violencia sexual que desea poner fin a su sufrimiento; mujer víctima de violencia familiar que desea una indemnización por el daño; y mujeres que buscan acceder a puestos de decisión en la sociedad. Se muestra cómo a través de las sentencias se establece una igualdad no solo de formas, sino de resultados.

En el capítulo sexto sobre derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNA) se analizaron siete sentencias. Guardería ABC, ¿deben los altos mandos del gobierno tener responsabilidad por negligencia en prevención de riesgos que provoca la muerte de niños en una guardería? Testigos de Jehová y transfusiones sanguíneas, cuando se pone en riesgo la vida de un niño, ¿la autoridad de protección de la infancia puede sustituir la voluntad de los padres y ordenar el tratamiento médico para salvarle la vida? Separación de niños en contextos carcelarios, ¿todo menor en cárcel debe ser separado de su madre por el solo hecho de cumplir tres años de edad?, ¿o debe ser una separación gradual, progresiva y sensible que no genere consecuencias desproporcionadas e irreparables en su vida? NNA, ¿los NNA tienen derecho a ser escuchados y participar en procedimientos judiciales? Obtención de declaraciones de NNA víctima de abuso sexual en procedimientos

de pérdida de patria potestad, ¿cómo se debe recabar la declaración de NNA víctimas de abuso sexual?, ¿qué estándar de prueba debe aplicarse? Patria potestad y responsabilidad parental, ¿la pérdida de la patria potestad es una sanción? Realidad social y biológica, ¿se ha consolidado una realidad familiar distinta a la biológica?

Los principales actores en este capítulo son bebés y padres víctimas de un incendio que pudo evitarse con debida diligencia; niñas que para salvar su vida necesitaban transfusión sanguínea a pesar de la negativa de consentimiento de sus padres por creencias religiosas; madres y bebés en cárceles que no desean ser separados; hijos que desean ser escuchados en procedimientos judiciales entre sus padres; NNA víctimas de violencia sexual por su padres; hija dada en adopción y buscada después de cinco años de edad; e hijos abandonados que después de ser adoptados, acogidos en una familia, pretenden que se les devuelvan a sus padres biológicos.

En el capítulo séptimo sobre derechos sociales se analizaron tres sentencias. Acceso a la cultura, ¿quién se ve afectado por falta de construcción de obra cultural? Participación cultural, ¿las prácticas culturales deben ser protegidas solo por su antigüedad y arraigo aun cuando son negativas o causan daños a los animales? Derecho a la salud, ¿la omisión de autoridad de ampliar un hospital afecta el derecho a la salud? Los principales actores son personas que se dedican a actividades culturales; animales usados para duelos a muerte; personas beneficiadas con los servicios y capacidad de un hospital. Se muestran ejemplos de cómo se logra la efectividad de los derechos sociales.

En el capítulo octavo sobre garantías penales se analizaron once sentencias. Debido proceso, ¿la asistencia consular a extranjeros es un derecho humano? Defensa, ¿derecho a la



defensa adecuada implica ser asistido por abogado incluso cuando el artículo 20 de la Constitución General permite que sea incluso una persona de confianza? Presunción de inocencia, ¿los tribunales de amparo pueden analizar la duda razonable en procesos penales? Libertad persona, ¿las restricciones a la libertad personal son excepcionales? Tortura, ¿la tortura debe ser investigada solo como delito o también como violación a derechos humanos? Derecho a la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones privadas, ¿la policía puede entrar a un domicilio sin orden de cateo solo con autorización del propietario?, ¿se requiere autorización judicial para que el Ministerio Público acceda a llamadas y ubicación de celulares cuando una de las partes de la conversación está desaparecida? Reinserción social, ¿la pena de prisión debe traer una función transformadora de la personalidad o lograr la plena reinserción del sentenciado a la sociedad con trabajo, capacitación, salud, educación y deporte? Etapas del sistema penal acusatorio y el amparo directo, ¿pueden reclamarse en amparo directo violaciones en etapas previas en el proceso penal acusatorio? Derecho de las víctimas, ¿las víctimas del delito pueden impugnar el desechamiento de pruebas que ofrecen para coadyuvar en la demostración de la responsabilidad penal?

Los principales actores son: una extranjera sometida a proceso penal; persona condenada por un delito, asistida solo por una persona de confianza y sin abogado que la defienda; sentenciado por delito que alegó duda razonable en su responsabilidad; persona detenida sin orden de aprehensión; sentenciado de delito que alegó ser torturado para confesar; sentenciado de delito con prueba obtenida por haber entrado a domicilio sin orden; una mujer desaparecida posible víctima de secuestro; persona sentenciada por delito que busca un beneficio preliberacional; víctima del delito

que busca una reparación del daño; y víctimas indirectas que buscan participar en medios de defensa del sentenciado. En palabras del ministro Guillermo Guzmán Orozco en algunos de sus votos, parece malo dejar libre a presuntos responsables, pero es más malo no respetar los derechos y garantías de las personas.

En el capítulo noveno sobre responsabilidad se analizaron cuatro sentencias. Anestesia, ¿los daños ocasionados por aplicación de anestesia generan responsabilidad civil? Daños punitivos, ¿la negligencia en la presentación de servicios de entretenimiento donde se pierde la vida debe traer un alto costo para el responsable? *Bullying*, ¿las autoridades educativas deben tomar medidas reforzadas para prevenir y remediar el hostigamiento a NNA? Responsabilidad patrimonial del Estado, ¿aplica daños punitivos en responsabilidad patrimonial del Estado? Los principales actores en este capítulo son: un adolescente y sus padres por negligencia de hotel; niño víctima de acoso escolar; y niña fallecida por negligencia de personal de albergue público. Se muestra la utilidad de las sanciones ejemplares para no repetir situaciones tan trágicas.

En cada una de las sentencias vemos varios actores importantes, el juicio de amparo como medio de defensa de las personas contra actores del poder público y privado; los juzgadores que protegen los derechos humanos de las personas; y, en especial, las personas. Destacan las personas que, como en *El Extranjero* de Albert Camus, se sienten solos, desamparados en el mundo, sin alguien que pueda escucharlos, defenderlos, protegerlos y repararles los daños que les causan otras personas o las propias autoridades, extranjeros en su propia tierra.

La obra muestra la visión de la realidad social de un ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. También es prueba



de llevar a la práctica esa cosmovisión de protección de la persona más desaventajada de la sociedad. No solo en las personas de cada uno de los casos analizados, sino todas las que se benefician de los lineamientos que dieron las sentencias a todos los tribunales y juzgadores del país, y las sanciones ejemplares para disuadir a los poderes de oprimir al débil.

La sociedad en general puede darse cuenta del trabajo trascendental del Poder Judicial de la Federación, conocer sus derechos y obligaciones y cómo defenderse cuando violan sus derechos humanos. Los estudiantes de derecho tienen un amplio catálogo de casos reales sobre derechos humanos para entender el derecho y su aplicación práctica. Los operadores jurídicos en general tienen a su alcance herramientas

para proponer y resolver problemas que involucren derechos humanos. La utilidad de la obra rebasa a un solo ministro de la Corte, sería adecuado que todos los ministros siguieran el ejemplo y plasmaran su cosmovisión de los derechos humanos y cómo la han llevado a la práctica.

En fin, la obra no solo da difusión de la cultura del Estado de Derecho democrático y protección de los derechos humanos desde el Poder Judicial de la Federación, sino también es muestra de compromisos cumplidos, de retos por venir para la justicia constitucional y del entendimiento de la realidad social de México, a través de la mirada de derechos humanos de un juzgador constitucional mexicano.



# El nuevo sistema de justicia laboral en México

Molina Martínez, Sergio Javier

Ciudad de México, Porrúa, 2021,  
284 páginas.

Pilar Juana Monroy Guevara\*

El 24 de febrero de 2017 fue reformada la Constitución sobre justicia laboral, libertad sindical y negociación colectiva, y a razón de ello, el 1o de mayo de 2019, también la Ley Federal del Trabajo. Desde entonces, autoridades federales y locales trabajan conjuntamente para garantizar el acceso a la impartición de justicia laboral mediante la implementación del nuevo sistema, a través de los centros de conciliación y de la judicatura federal y local, que desde hace poco y en buena parte de las entidades federativas comenzaron a construir los peldaños del acceso a la renovada justicia laboral como un proyecto endógeno, que se nutre y fortalece de la puesta en práctica de la conciliación, la oralidad y la intermediación judicial, en aras de materializar el derecho a obtener justicia pronta y expedita que tutela el artículo 17 de la Constitución Federal.

La reforma fue impulsada por el compromiso internacional asumido por México en relación con los derechos sociales, pero también por la inestabilidad del sistema de justicia laboral de antaño que alcanza su caducidad. Así, la resolución de conflictos a través de la conciliación y arbitraje a cargo de órganos tripartitas abre paso al nuevo modelo de impartición de justicia en manos de órganos jurisdiccionales independientes, previa oportunidad de conciliar ante un órgano especializado y con personal capacitado en la materia.

Este libro se publica casi a la par que inicia el quehacer de los tribunales laborales fraguados en la citada reforma, pero se adelanta en varias problemáticas que hasta ahora enfrentan los operadores en los centros de conciliación y tribunales laborales en el nuevo procedimiento laboral, como los relativos a la conciliación prejudicial y judicial, la proactividad al conducir de los juicios, la resolución de los conflictos acorde al principio de primacía de la realidad,

\* Maestra en Derecho Constitucional y Amparo por la Universidad Autónoma de Tlaxcala, Secretaria de Tribunal adscrita al Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Tercer Circuito, actualmente alumna de la Maestría de Derechos Humanos en la Escuela Federal de Formación Judicial.



por citar algunos ejemplos; lo cual nos da noticia del conocimiento y experticia sobre derecho del trabajo que han quedado plasmados en la obra.

El comentario viene a colación porque, a primera vista, el título del libro nos podría llevar a pensar que se trata de una obra meramente descriptiva de las reformas y del nuevo contenido de la legislación laboral; sin embargo, no es así, porque muy pronto la lectura nos lleva a reflexionar sobre los nuevos fundamentos del derecho procesal laboral y, también, a replantear la forma de practicar el derecho del trabajo, al proporcionar un bagaje tremendo sobre impartición de justicia, libertad sindical, negociación colectiva y derechos humanos, así como las bases y esquemas desde los cuales se desarrolla el nuevo procedimiento judicial.

El primer capítulo se desarrolla en torno a la conciliación, desde su nueva forma de regulación normativa, prejudicial y judicial. De una manera muy enriquecedora, el autor introduce reflexiones sobre varios temas que se interrelacionan, como la figura de la cosa juzgada llevada a la fase prejudicial, el respeto al principio de voluntariedad, la forma de materializar en el quehacer jurisdiccional el principio de realidad; incluso, ofrece elementos metodológicos para que las juezas y jueces logren ser facilitadores de la conciliación en la fase judicial y asuman de la mejor manera una actitud proactiva al dar solución a los casos, que son temas previstos en la ley, pero sin desarrollarlos.

En el capítulo segundo, se aborda el derecho sindical en México, a través de un pasaje que narra la evolución jurídica hasta la actualidad, de tal manera que quedan expuestos los porqués de la reforma laboral en relación con los derechos sociales colectivos; asimismo, con enriquecido marco teórico y normativo, se describen los principales contenidos de la libertad sindical individual y colectiva y la libre contratación colectiva.

Se tocan los temas con miras a dos aspectos: por un lado, los derechos desde lo individual, para que los trabajadores tengan oportunidad real de acceder libremente a los derechos colectivos; y, por otro lado, los derechos desde lo colectivo, como la democracia al interior de los sindicatos en sus principales decisiones y la obligación de rendir cuentas a sus agremiados.

Se analizan temas de mucho interés, como el hecho de que ahora la democracia sindical se debe cimentar con el voto personal, libre y directo de cada uno de los trabajadores; la materialización de la equidad de género, principalmente tratándose de dirigencias sindicales; y la justicia a cargo exclusivamente de tribunales federales de asuntos colectivos, es decir, de jueces especializados que conocen exclusivamente de ese tipo de conflictos y que tienen competencia para todas las regiones del país.

En el capítulo tercero se analizan los principios en el nuevo juicio laboral, donde se subrayan temas, como la técnica oral y los principios de inmediatez, concentración, celeridad, publicidad y primacía de la realidad. Se enfatiza un tema vertebral: la oralidad procesal acompañada de la presencia del juez o jueza, con separación de funciones entre la figura del Secretario Instructor y de la persona juzgadora, a fin de que sea esta última quien directamente escuche a las partes y resuelva el conflicto, en aras de espontaneidad al debatir los hechos y desahogar las pruebas, de manera que el procedimiento sea más asequible para las partes.

En el capítulo cuarto se desarrolla un tema un tanto novedoso, ya que últimamente ha venido ocupando buena parte de los foros de discusión: la defensa adecuada. En el libro se interrelaciona este derecho con el diverso de acceso a la justicia, para explicar su significado y alcance enfocado al procedimiento laboral.



El capítulo quinto se refiere a las tecnologías de la información. El autor visibiliza los retos que enfrenta la justicia laboral, principalmente el poder judicial, así como el trabajo que ya se viene haciendo para que a través de la tecnología se allane el camino y se abone a la celeridad al impartir justicia, reflejada en la agilidad del juicio y dictado de las sentencias.

Finalmente, contiene un capítulo donde se reflexiona sobre la comprensión de la reforma laboral, el antes y después de las modificaciones a la Constitución y a la Ley Federal del Trabajo; donde, de una manera sistemática, el autor comenta la Ley Federal del Trabajo respecto de setenta y ocho puntos concretos, relacionados con los principales rubros de la reforma laboral (conciliación, proceso, derecho colectivo, defensa pública y disposiciones transitorias).

Así, a través de ese capitulado, el libro nos aporta un esquema organizado de la reforma laboral, donde de manera sistemática se presenta la teoría jurídica, el derecho positivo y la praxis a cargo de los operadores jurídicos, siempre con evocación de los derechos humanos y su protección nacional e internacional. Definitivamente, abona al raciocinio crítico y constituye una herramienta para adentrarnos a esta nueva realidad jurídica, al nuevo paradigma del derecho laboral en México, pues el autor nos trasmite conocimiento de primera mano acerca de las particularidades de la reforma y la resolución de problemáticas que surgen en la práctica del nuevo sistema de justicia laboral.