

Temas Actuales sobre Investigación Jurídica en Iberoamérica

Zitlally Flores Fernández
Coordinadora



CONSEJO DE CIENCIA
Y TECNOLOGÍA



LA BIBLIOTECA



**TEMAS ACTUALES SOBRE
INVESTIGACIÓN JURÍDICA
EN IBEROAMÉRICA**

COMITÉ CIENTÍFICO

Dra. Mercedes Iglesias Bárez
Universidad de Salamanca
(España)

Dra. Yalenni Pérez Urquiza
Universidad de Oriente Santiago de Cuba
(Cuba)

Dr. Ignacio Jiménez Soto
Universidad de Granada
(España)

Dr. Carlos Sergio Quiñones Tinoco
Universidad Juárez del Estado de Durango
(México)

Dr. Juan Carlos Narváez Gutiérrez
Universidad Nacional Autónoma de México
(México)

Dr. Francisco Javier Pérez-Serrabona González
Universidad de Granada
(España)

Dr. Gonzalo Armienta Hernández
Universidad Autónoma de Sinaloa
(México)

Dr. Manuel Jiménez López
Universidad Juárez del Estado de Durango
(México)

Dr. Rafael Mier Cisneros
Universidad Juárez del Estado de Durango
(México)

Dr. Manuel Valadez Díaz
Universidad Juárez del Estado de Durango
(México)

Dr. Miguel Ángel Rodríguez Vázquez
Universidad Juárez del Estado de Durango
(México)

Dr. Cesar Miguel González Piña Nevárez
Universidad Juárez del Estado de Durango
(México)

Dr. Karel Luis Pachot Zambrana
Universidad de Oriente Santiago de Cuba
(Cuba)

Dr. Luis Carlos Quiñones Hernández
Universidad Juárez del Estado de Durango
(México)

Dra. Brenda Fabiola Chávez Bermúdez
Universidad Juárez del Estado de Durango
(México)

Dr. Damián Islas Mondragón
Universidad Juárez del Estado de Durango
(México)

Dr. Francisco Miguel Bombillar Sáenz
Universidad de Granada
(España)

TEMAS ACTUALES SOBRE INVESTIGACIÓN JURÍDICA EN IBEROAMÉRICA

Zitlally Flores Fernández
Coordinadora



CONSEJO DE CIENCIA
Y TECNOLOGÍA



UJED
Universidad Juárez
del Estado de Durango



LA BIBLIOTECA



Esta obra fue dictaminada por pares académicos y aprobada por el Consejo Editorial de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Juárez del Estado de Durango

**TEMAS ACTUALES SOBRE INVESTIGACIÓN JURÍDICA
EN IBEROAMÉRICA**

Zitlally Flores Fernández

Coordinadora

Primera edición: septiembre de 2021

D.R. © Universidad Juárez del Estado de Durango
Av. Universidad SN, Centro, 34100 Durango, Dgo.

D.R. © Ediciones La Biblioteca, S.A. de C.V.
Azcapotzalco la Villa No. 1151
Colonia San Bartolo Atepehuacán
C.P. 07730, México, D.F.
Tel. 55-6235-0157 y 55-3233-6910
Email: contacto@labiblioteca.com.mx

ISBN: 978-607-8733-43-9

Cuidado de la edición: Pedro Testas Bouzas

Queda prohibida la reproducción parcial o total, directa o indirecta, del contenido de la presente obra, sin contar previamente con la autorización expresa y por escrito de los editores, en términos de lo así previsto por la Ley Federal de Derechos de Autor y, en su caso, por los tratados internacionales aplicables.

Impreso y encuadernado en México
Printed and bound in México

ÍNDICE

PARTE I

Temas de Derechos Humanos 9

Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario Frente a Migrantes. Fragmentación y Convergencia.11
Diana Pamela Zambrano Vázquez

Posibilidades de Impacto del Litigio Estratégico sobre el Derecho al Desarrollo21
Gerardo Linden Torres

La Autonomía Progresiva de los Adolescentes: su Relevancia en los Contextos Jurisdiccionales en México.33
Alba Aurora Olvera Bustamante

Inclusión del Principio Pro-Persona en las Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.47
Sara Angélica Pérez Aguilar

La situación de los Derechos Humanos en el Asistencialismo. El Caso Concreto del Derecho al Desarrollo Social y Bienestar de las Personas con Discapacidad61
Juan Pablo Luna Leal

La Justicia Digital como una Alternativa para el Derecho Humano al Acceso a la Justicia73
Victoria Eugenia Gutiérrez Nevárez

La Ponderación Judicial y su Impacto en la Determinación del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en México . .83
Nadia Ivette Gutiérrez Hernández

PARTE II

Temas de Derecho Penal y Derecho Penitenciario99

Alternativas a la Lógica Punitiva Cambios Estructurales en las Políticas Públicas Penitenciarias en el Marco del Posacuerdo en Colombia.101
William Andrés Mesa Cárdenas

Cuestiones procesales sobre el testigo anónimo, un instrumento peligroso y eficaz en la lucha contra la delincuencia organizada . .113
Susana Sánchez González

La Justicia Restaurativa como Paradigma Emergente para Descongestionar al Sistema Penal y al Subsistema Carcelario en México	125
<i>Saul Adolfo Lamas Meza</i>	
26 Años tras la Ley 9.099 de 1995: Cómo la Realidad de la Cárcel Brasileña Refleja la Continua Necesidad de Discusión Respecto a la Oportunidad en el Ámbito de Delitos Leves	139
<i>Marina Oliveira Teixeira dos Santos</i>	
El Tribunal de Jurados: Una Comparación entre los Sistemas de Sentencia en España y Brasil.	149
<i>Mateus Marques</i>	
El deber de esclarecer los hechos y el problema con el secreto ministerial.	161
<i>Luis Alonso Hagelsieb Dórame</i>	

PARTE III

Temas sobre Estado, Corrupción y Economía	175
El Pacto Mundial de Marrakech y la Arbitrariedad de los Estados	177
<i>Isabel Seixas Vicente</i>	
Estado actual del combate a la corrupción. Una posibilidad para el Derecho a la buena administración pública	187
<i>David Quitano Díaz</i>	
<i>Criminal Compliance</i> y Acuerdo de Colaboración Eficaz: Perspectiva Latinoamericana en la Lucha Contra la Corrupción Transnacional	199
<i>Daniel Mario Laborde</i>	
Economic Diplomacy. Marocco's New Political Strenght Assent at the National and Continental Level	215
<i>El Yattioui Yassine</i>	
El Federalismo y la Distribución de Competencias en Materia Ambiental.	237
<i>Jessica Bravo Ramírez</i>	

PARTE IV

Temas sobre Política. 251

Necesidad y Factibilidad, Dos Razones para el Acceso a Escaños
por la Vía de Representación Proporcional en el Congreso
de la Unión para los Candidatos Independientes. 253
Nicolás Nieto Nava

Hacia un nuevo modelo de comunicación política en México. . . 277
Alberto de la Rosa Olvera

La Participación Ciudadana Efectiva, Elemento Clave
del Diseño y Evaluación de Políticas Públicas en México. . . . 291
Germán Rodrigo Martínez Ramos

PARTE V

Temas sobre Género y Vida Libre de Violencia 305

El *Corpus Iuris* Internacional de Protección de las Mujeres a
una Vida Libre de Violencia y su Compatibilidad con la
Justicia Restaurativa 307
Armando Jesús Meneses Larios

La Tutela Penal de la Violencia de Género en el Ordenamiento
Jurídico Español 323
María Lorena Arrobo Fernández

El Derecho a la identidad de género en las niñas y los niños.
Una aproximación conceptual y propuesta de garantía jurídica
desde el estudio de casos en México 337
Claudia Elisa Martínez Castillo

Violence Against Women in Politics in Mexico 351
Paloma Cecilia Barraza Cárdenas

Victimizaciones en el contexto de los procedimientos judiciales
familiares. Reflexiones desde los estudios de género 369
Bárbara Mancera Amezcua

PARTE VI

Otros temas de Relevancia Jurídica 389

Una Aproximación Lógica y Cognitiva para la Evaluación de
la Evidencia Jurídica 391
Damian Islas Mondragón

Derecho y Literatura: Encuentros y Desencuentros	401
<i>Alba Nidia Morin Flores</i>	
El Régimen Jurídico de las Competiciones Deportivas. Marco de Actuación y Propuestas de Futuro.	413
<i>José Carlos Pérez Arias</i>	
El Deslinde Inmobiliario en Cuba	425
<i>Leonor de los Dolores Estrada Jimenez</i>	
El Derecho, las Neurociencias y la Investigación Multidisciplinaria	443
<i>Karla Alejandra Obregón Avelar</i>	

PARTE I

TEMAS DE DERECHOS HUMANOS

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO FRENTE A MIGRANTES. FRAGMENTACIÓN Y CONVERGENCIA

DIANA PAMELA ZAMBRANO VÁZQUEZ
Universidad de Colima

Resumen: La actividad migratoria es tan antigua como la propia humanidad y hasta el día de hoy se sigue visualizando como un movimiento que en determinadas latitudes adquiere mayor resonancia. Sin embargo, a raíz del contexto en el que transitan los migrantes, es posible observar una serie de eventos que han provocado violaciones a sus derechos, incluso la situación se ha agudizado en mayor medida a causa de la pandemia que actualmente se vive.

Es por ello que la protección a los derechos de los migrantes es una actividad que ha sido constante desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos así como por el derecho interno de cada Estado.

No obstante, el Derecho Internacional Humanitario, cuyo eje de estudio son los conflictos armados internacionales y no internacionales, así como otras formas de violencia, también ha mostrado interés sobre la protección a los migrantes, de manera que se trata de una rama del derecho que complementa la protección del grupo señalado.

En este orden de ideas, un aspecto que nos genera inquietud es que a pesar de que el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tienen sus áreas de estudio, convergen en un punto respecto a la defensa de los derechos de las personas. Sin embargo, resulta pertinente revisar la implementación de la vertiente humanitaria a nivel interno del Estado, con el propósito de analizar los elementos que coadyuvan para la efectiva ejecución de la vertiente humanitaria al interior del Estado mexicano.

Palabras clave: Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Derecho Internacional Humanitario. Migrantes.

INTRODUCCIÓN

El espacio por el que transitan los flujos migratorios, constituye un campo fértil en el que se presentan constantemente situaciones que vulneran los derechos de los migrantes, ello representa un escenario preocupante para la comunidad internacional toda vez que muchas violaciones pueden causar afectaciones de difícil reparación, de tal suerte que a raíz de esta situación han surgido estándares con tendencia a reconocer y promover el respeto a sus derechos.

En este tenor, desde el plano interno de los Estados se logra apreciar la labor que implica el pleno reconocimiento y protección de libertades fundamentales hacia los migrantes, lo cual se corrobora por conducto de leyes, tal es el caso de la Ley de Migración del Estado mexicano, pero también lo podemos corroborar con la actuación de las Comisiones de derechos humanos, que operan a nivel nacional y desde luego en cada entidad federativa y aunado a ello, con la actividad que se refleja por parte de los activistas sociales ubicados en diversos puntos de las rutas migratorias.

Bajo esta óptica, la actividad estatal es imprescindible para la tutela de los derechos de las personas, sin embargo también resulta oportuno considerar lo que se lleva a cabo en la esfera internacional, quienes trabajan en el mismo tenor por conducto de los sistemas protectores de derechos humanos, sea el Interamericano, europeo y africano, así como el sistema de Naciones Unidas. Lo anterior nos permite asumir que la protección a los migrantes puede ser vista desde el ordenamiento jurídico interno de cada Estado y también por conducto de la proyección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH).

En este orden de ideas, el DIDH nos expone un nutrido acervo de instrumentos que confirman la tutela de los derechos de los migrantes. No obstante, dentro de las aristas del derecho encontramos al Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH), área que se dispone a estudiar situaciones como los Conflictos Armados en su categoría Internacional, No Internacional y otras formas de violencia (Jorritsma, 2018, 407).

Esta rama del derecho nos precisa sus ejes de estudio, pero es importante señalar que dicha precisión no se limita dado que también incide en el tema de las migraciones. Esta parte se corrobora cuando en 2017 la Organización de los Estados Americanos (en adelante OEA) aprobó la Resolución 2910, la cual se refiere a la migración que se presenta en el continente americano. Esta resolución nos marca una hoja de ruta sobre

la cual los Estados deberán ceñirse a fin de coadyuvar en el respeto y garantía a los migrantes (AG/RES 2910, 2017, p. 1).

En síntesis, podemos decir que nos hemos encontrado con una situación interesante dado que a pesar de que el DIDH así como el DIH, tienen su eje de estudio y de acción, es decir se identifica su fragmentación, frente a ello tenemos un punto en el que coinciden, es decir en la defensa de los derechos de las personas, concretamente en este caso, en los derechos de los migrantes.

FRAGMENTACIÓN Y COMPLEMENTARIEDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO FRENTE A LOS MIGRANTES

La labor reflejada por el sistema de Naciones Unidas en relación con los migrantes es amplia, de hecho, uno de los acontecimientos relativamente más recientes es la aprobación del Pacto Mundial para la Migración segura, ordenada y regular (En adelante Pacto Mundial). Instrumento que se aprobó en la ciudad de Marrakech, Marruecos, durante los días 10 y 11 de diciembre del año 2018 y que proyecta una serie de objetivos los cuales se pusieron al conocimiento de la comunidad internacional a fin de que los Estados se sumaran y lo adoptaran.

Cabe destacar que el Estado mexicano lo reconoce, de manera que ello conduce a dar un cabal cumplimiento de las disposiciones establecidas en el mismo, de conformidad con los principios de buena fe y *pacta sunt servanda* (Basave, 2001, p. 100), ambos contenidos en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados del año 1969.

Por otra parte, dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, encontramos interesantes aportaciones en relación con el tema de los migrantes. Por ejemplo, en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión Interamericana), se cuenta con la Relatoría sobre los derechos de los migrantes, la cual se conforma por un grupo de personas que analizan las diversas problemáticas que se viven en dicho contexto y culminan en la elaboración de informes que permiten sentar bases para que los Estados puedan diseñar estrategias a fin de subsanar los problemas que versan sobre la materia.

Abonando a lo anterior, la Comisión Interamericana, juega un papel crucial toda vez que puede realizar las visitas *in situ* a fin de corroborar la situación que padecen las personas migrantes en determinadas regiones.

Al respecto, durante el año 2011, se realizó una visita en México a fin de evaluar la situación de inseguridad que viven los migrantes que transitan por el país, de tal suerte que se visitaron 7 ciudades en 5 entidades federativas: Ciudad de México, en el Distrito Federal; Oaxaca e Itepec, en el Estado de Oaxaca; Tapachula, en el Estado de Chiapas; Tierra Blanca y Veracruz, en el Estado de Veracruz; y Reynosa y San Fernando, en el Estado de Tamaulipas. La razón de haber acudido a estos lugares responde a que se puede constatar mayor flujo migratorio en virtud de las rutas que utilizan con frecuencia los migrantes y que son las más lábiles para que ocurran secuestros (Comisión IDH, 2013, p. 5).

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana), ha incursionado en el tema principalmente por dos vías, por las Opiniones Consultivas, cuyo fundamento se encuentra en el artículo 64.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante Convención Americana o Pacto de San José), y por los casos contenciosos que han sido sometidos a su consideración y que culminan con la emisión de una sentencia condenatoria para los Estados que hayan cometido alguna conducta en detrimento de los migrantes.

En cuanto a las Opiniones Consultivas, observamos los siguientes ejemplos, por un lado, la Opinión Consultiva 18/03, solicitada por el Estado mexicano para que la Corte Interamericana se pronunciara respecto a la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Mientras que también encontramos a la Opinión Consultiva 21/14, solicitada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, a fin de que la Corte Interamericana hiciera un pronunciamiento sobre los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional. Finalmente, también podemos observar la Opinión Consultiva 17/02, la cual fue solicitada por la Comisión Interamericana, con el propósito de que la Corte Interamericana emitiera argumentos en relación con la condición jurídica y derechos humanos del niño.

Mientras que por lo que respecta a casos, hay varios ejemplos pero el que ha adquirido mayor resonancia es el caso Vélez Loor vs Panamá (Corte IDH, 2013), que se relaciona con violaciones a derechos de un migrante ecuatoriano, detenido en Panamá, el cual fue violentado en sus derechos producto de haber sido detenido. Los hechos comenzaron en el año 2002, sin embargo, el recorrido tomó varios años hasta que en el año 2010 la Corte Interamericana emitió la sentencia, posteriormente en el año 2013 se realiza supervisión de cumplimiento de la misma y se concluye que hay puntos resolutivos pendientes en cumplirse.

Así, en el afán de actuar complementariamente con el DIDH, el principal referente humanitario, es decir el Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante CICR), instó a los Estados a adoptar y poner en práctica los objetivos planteados en el Pacto Mundial con el propósito de coadyuvar en la defensa de los migrantes, de tal suerte que se propuso apoyar a los Estados para evita la separación familiar, así como evitar la detención de migrantes, pero además de ello señaló que resulta fundamental actuar sobre aspectos específicos, por lo que trazó algunos ejes sobre los cuales se invita a que los Estados actúen:

1. comprometerse a trabajar juntos para prevenir y abordar la difícil situación de los migrantes desaparecidos y sus familiares;
2. evitar la detención de personas fundada únicamente en su condición migratoria, excepto como medida de último recurso, y asumir el compromiso pleno de poner fin a la detención de niños migrantes;
3. respetar sus obligaciones en virtud del derecho internacional, en particular el principio de no devolución. Ya sea en las fronteras, en tránsito o en los países de destino, solo puede emplearse la fuerza como medida de último recurso y en el respeto de las normas de derechos humanos (CICR, 2018).

Este acto se debe entender como una labor complementaria, y que incluso se conoce de distintas maneras, por citar algunas encontramos: aplicación paralela, convergencia, complementariedad (Crettol, 2018, 594), armonización, interdependencia (Orakhelashvili, 2008, 163), y cobertura mayor, (Lubell, 2007, 654).

LA PERTINENCIA DE LA COMPLEMENTARIEDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CON EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Con independencia de los ejes de estudio que tengan las dos áreas del derecho a las que aludimos, lo que se debe destacar es que el objetivo es defender los derechos de las personas, independientemente de su condición migratoria, pues se trata de un ser humano que se encuentra padeciendo hostilidades, que con infortunio se presentan frecuentemente en la ruta migratoria.

Sobre este punto, hemos afirmado que en la perspectiva del DIDH existen disposiciones que encuadran en la protección de los derechos concretamente de los migrantes. Empero, la cuestión a plantear es qué sucede

si una disposición contenida en un tratado relativo a la materia humanitaria también protege a los migrantes. Sobre este tema, es posible detectar la aplicación concurrente, de manera que utilizaremos un parámetro señalado en un caso presentado ante la Comisión Interamericana.

Bajo esta consideración, al analizar el caso *Juan Carlos Abella vs Argentina*, la Comisión Interamericana sostuvo que se encuentra obligada a asignar efecto legal a las disposiciones del tratado con el estándar más elevado que resulte aplicable a los derechos o libertades en cuestión (Comisión IDH, 1997, párr. 165), de tal suerte que si dicho estándar se encuentra en una norma de derecho humanitario, se debe aplicar esta última. Es decir, se trata de una cláusula más favorable.

Como se puede observar, la aplicación del DIH en un caso concreto es válida siempre y cuando se concluya que existe una protección más favorable para la persona. En este orden de ideas, lo anterior encuentra fundamento en los artículos 29, inciso “b”, así como el 64.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que disponen lo siguiente:

Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

[...]

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

[...]

Artículo 64

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

[...]

Sobre este último artículo convencional, y en atención a la facultad que tiene la Corte Interamericana para dilucidar algún artículo contenido en el Pacto de San José, se dio a la tarea de explicar por conducto de una Opinión Consultiva que fue solicitud por el Estado peruano, a qué se refiere la frase “otros tratados” que se advierte en el artículo en comento.

En tal Opinión Consultiva, que se identifica como OC 1/82, básicamente la idea fue determinar cuáles son los tratados que pueden ser objeto de interpretación por la Corte Interamericana, de la cual concluyó que en varias ocasiones, en sus informes y resoluciones, la Comisión Interamericana ha invocado correctamente “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos”, con

prescindencia de su carácter bilateral o multilateral, o de que se hayan adoptado o no dentro del marco o bajo los auspicios del sistema interamericano (Corte IDH, 1982, párr. 43), por lo tanto, es factible remitirnos a los Convenios de Ginebra así como a sus Protocolos Adicionales.

Ahora bien, retornando al informe de fondo que emite la Comisión Interamericana sobre el caso Juan Carlos Abella vs Argentina, señala que un aspecto que distingue al DIH frente al DIDH es que por lo general el DIH no se aplica en tiempos de paz, pero como su objetivo es disminuir los efectos de las hostilidades, es esperable que los estándares del DIH reconozcan una protección concreta para las víctimas de los conflictos armados a diferencia de las que se disponen en la CADH, lo cual representa una notoria diferencia entre ambas áreas defensoras de derechos humanos.

CONCLUSIONES

De conformidad con lo expuesto con antelación, la convergencia de estas dos áreas del derecho respecto al tema de la protección hacia los migrantes se ha venido puntualizando desde hace un tiempo por conducto de la OEA así como del CICR, lo cual se debe observar dado que son entidades que velan por las acciones con tendencia a la procuración y difusión de los derechos de las personas sin importar su condición migratoria.

Ahora bien, el proceso de complementación del DIH con el DIDH nos invita a revisar la implementación de la vertiente humanitaria a nivel interno del Estado y para ello es imprescindible analizar los elementos que coadyuvan para la efectiva ejecución de la vertiente humanitaria al interior del Estado, concretamente nos delimitaremos al caso del Estado mexicano.

Estos elementos se reducen a que exista una adecuada y continua difusión del DIH al interior de los Estados, lo cual implica un ejercicio que contemple tanto las normas humanitarias convencionales, así como las consuetudinarias. Abonando a lo anterior, las reuniones de expertos en la materia como parte de la cooperación que debe prevalecer entre Estados (Henckaerts, 2010, p. 542), toda vez que ellos son los sujetos que conocen sobre el tema aludido, así como los alcances ante el desconocimiento de las normas.

De igual forma, pieza clave es el reconocimiento de la Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta, dado que se trata de un mecanismo que vela por la aplicación y la observancia del DIH (Condorelli, 2001,

p. 393). En el mismo tenor, resulta oportuno el ejercicio que implica la ratificación de instrumentos internacionales de corte humanitario.

Finalmente el proceso de armonización legislativa, que en palabras de algunos autores, se requiere que nuestro ordenamiento jurídico se encuentre en armonía con las normas internacionales o bien, que exista congruencia entre la norma interna, respecto a la internacional (Monroy, 1980, p. 34).

Precisamente por ello es que una parte fundamental radica en que ciertas leyes internas incorporen los principios humanitarios y en caso de que haya ausencia de los mismos se opte por realizar un ajuste, ello en atención a que hay que recordar que las medidas que los Estados se comprometieron a poner en práctica son de naturaleza diversa, lo cual exige que existan cambios en diversos rubros como por ejemplo a nivel legislativo, así como medidas que estriban en lo administrativo y educativo. Sobre este punto, la Corte Interamericana, en su jurisprudencia ha sostenido que la armonización implica acudir a las interpretaciones conformes de la normativa interna en relación con el Pacto de San José, así como no aplicar las disposiciones internas cuando resulten incompatibles con algún instrumento internacional (Corte IDH, 2006, párr. 124).

Como podemos observar, la implementación de la vertiente humanitaria reviste un análisis transversal en el cual se requiere la participación de diversos sectores de la sociedad, de tal suerte que una vez atendidos los anteriores puntos, la complementariedad entre las áreas señaladas, podrá verse reflejada en el campo práctico.

FUENTES DE CONSULTA

- AG/RES. 2910 (XLVII-O/17) *Migración En las Américas* (Aprobada en la tercera sesión plenaria, celebrada el 21 de junio de 2017)
- BASAVE, A. (2001). *Filosofía del Derecho internacional*, UNAM.
- CICR, *Migración: velar por la seguridad y la dignidad de las personas migrantes mediante la adopción del Pacto Mundial para la Migración*, Comunicado de prensa, 06 de diciembre de 2018.
- COMISIÓN IDH, Abella y Otros vs Argentina, Caso 11.137, Informe 55/97, CIDH, OEA/Ser/L/V/II.97.
- COMISIÓN IDH, (2013). *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, Comisión IDH.
- CONDORELLI, L. (2001). La Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta: ¿un instrumento obsoleto o un medio útil de aplicación del

- derecho internacional humanitario? *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 83(942). CICR.
- CORTE IDH, “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC- 1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1.
- CORTE IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, OC- 18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A, No. 18.
- CORTE IDH, Opinión Consultiva O-C 18/03 de 17 de septiembre de 2003 solicitada por Estados Unidos Mexicanos.
- CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014 solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay.
- CORTE IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.
- CRETTON, M. *et al.* (2017). El establecimiento de mecanismos para esclarecer la suerte y el paradero de las personas desaparecidas: propuesta para un enfoque humanitario en *International Review of the Red Cross*, (905), pp. 589-618.
- HENCKAERTS, J., (2010). Desarrollo del derecho internacional humanitario y la continua pertinencia de la costumbre. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 10. UNAM.
- JORRITSMA, Remy, (2018). Where General International Law meets International Humanitarian Law: Attribution of Conduct and the Classification of Armed Conflicts. *Conflict & security law*, 23(3). pp. 405-431.
- LEY de Migración, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2011. Última reforma en fecha 07 de enero de 2021.
- LUBELL, N. (diciembre de 2007). Parallel Application of International Humanitarian Law and International Human Rights Law: An Examination of the Debate. *Israel Law Review*, 40(2), pp. 648-660.
- MONROY, M., (1980). Derechos y deberes consagrados en la Convención Americana de derechos humanos en *Seminario regional referente a la Convención Americana de Derechos Humanos*. OEA.
- ORAKHELASHVILI, A. (2008). The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence? *The European Journal of International Law*, 19(1), pp. 161- 182.

POSIBILIDADES DE IMPACTO DEL LITIGIO ESTRATÉGICO SOBRE EL DERECHO AL DESARROLLO

GERARDO LINDEN TORRES

Universidad Juárez del Estado de Durango

Comité tutorial: Dr. Miguel Ángel Rodríguez Vázquez,
Dr. Alfonso Carlos Ávila del Palacio y
Dra. Zitlally Flores Fernández

INTRODUCCIÓN

El derecho al desarrollo, a pesar de ser considerado doctrinalmente como un derecho de trascendental importancia, es configurado tanto a nivel internacional como a nivel nacional como una norma programática, situación que provoca un desequilibrio entre la importancia que se le da por parte de la doctrina y la fuerza normativa con que se le consigna tanto en nuestro orden jurídico interno como en el derecho internacional de los derechos humanos, derivado de su no inserción cabal en el sistema jurídico, así como de la falta de creación de estructuras al interior del mismo sistema del derecho, ha derivado en que este no se inserte armónicamente en el mismo como un derecho justiciable.

Derivado de ello se considera que las acciones de litigio estratégico dan la posibilidad de considerar a este derecho como plenamente justiciable de manera directa por parte de la sociedad civil, y que los impactos de estas pueden contribuir a insertarlo armónicamente en el sistema jurídico, con lo que se podría cubrir dicha brecha entre su configuración doctrinal y su configuración normativa, al generar efectos sobre los distintos elementos de la configuración teórica del concepto de desarrollo, así como sobre los derechos humanos que se consideran especialmente imbricados con el mismo.

Por ello, en la presente ponencia se analiza la correspondencia lógica entre los distintos elementos de la configuración teórica del concepto de desarrollo como derecho humano y los impactos generados por las acciones de litigio estratégico, con lo que se puede concluir la justiciabilidad directa del mismo.

CONCEPTO DE DERECHO AL DESARROLLO

Consideramos que de una adecuada conceptualización del derecho al desarrollo depende en buena medida las posibilidades de llegar a una defensa de este por medio de acciones de litigio estratégico, así como su progresivo cumplimiento, en este sentido ha expresado Llano Alonso, F. (2013). “mientras más preciso sea el significado de esta noción, menos problemática será llegar a un acuerdo sobre su valor jurídico como derecho humano.” De ahí que partiremos de definir el derecho al desarrollo de manera general para, posteriormente, hacer referencia a su contenido y las distintas teorías que proponen explicaciones de este.

Compartimos la opinión de Gómez Isa, F. (2013)., quien manifiesta que la pretensión del derecho al desarrollo es: “dar carta de naturaleza al enfoque estructural de los derechos ... que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.” Es así como el derecho al desarrollo se convierte en algo más que un simple agregado de derechos humanos y reivindica su papel como un derecho humano en sí mismo e, igualmente, como una condición necesaria para el efectivo cumplimiento de los demás.

Dentro de los elementos constitutivos del derecho al desarrollo se considera están incluidos todos los derechos humanos y los procesos económicos y sociales clave, pero conceden especial importancia a los derechos a la alimentación, la salud, el trabajo y la educación (Andreassen, B., & Marks, S. 2006). De ahí que partiremos de considerar que estamos ante un derecho complejo, un derecho que se configura como un derecho síntesis, no únicamente como un aglutinado de los demás derechos humanos, sino que abarca, además, procesos más amplios de interés para los individuos que son titulares de este.

Consideramos por lo tanto que una definición cabal de dicho derecho al desarrollo, derivado de esa misma complejidad conceptual, debe hacer referencia a 4 dimensiones: el desarrollo económico, el desarrollo cultural y social, el desarrollo sostenible y el desarrollo institucional, dimensiones estas que han sido tratadas doctrinalmente por diversas teorías.

Las teorías centradas en la dimensión del desarrollo económico implican adoptar una perspectiva en la que el principal indicador que diferencie a un país desarrollado de uno no desarrollado será el nivel económico del país en general, tenemos así que “La teoría económica liberal suele ligar el crecimiento económico al desarrollo, de tal manera que la mejor ayuda

a este sería mantener un crecimiento económico sostenido en el tiempo.” (Rey Pérez, J. 2013.).

El nivel económico es una parte integral del concepto del derecho al desarrollo, entendiendo que dicho crecimiento económico debe de compaginarse con los principios que han orientado el desenvolvimiento de los derechos humanos a lo largo de su historia, debe ser un crecimiento económico basado en la igualdad y en la libertad, el progreso económico debe de venir a empoderar al ser humano, permitirle ejercer su dignidad tanto en el aspecto individual como colectivo. Dicho empoderamiento, además, debe de estar a disposición de todas las personas y no reservarse a las élites sociales, tanto individuales como colectivas. Solamente un verdadero empoderamiento económico en condiciones de igualdad y libertad podría ser considerado como parte del desarrollo y no un ejercicio de falsa caridad, como lo expresa Arbour (2013), es necesario que el proceso de desarrollo se aleje de un ejercicio de caridad y asistencia basado en la necesidad de uno que cree y sostenga derechos genuinos que abarquen todos los aspectos de su vida: económica, social y cultural, así como civil y política, es decir, el crecimiento económico debe de ser socialmente inclusivo.

Por otro lado, a la par de las teorías que se han centrado en el apartado económico del mismo, ha surgido teorías que ponen el énfasis en el apartado cultural del desarrollo, es así como “algunos teóricos consideran que la cultura se sitúa en el núcleo mismo de las concepciones del desarrollo y que, como consecuencia, sólo una reforma cultural puede propiciar el desarrollo.” (Trebilcock, M., & Mota Prado, M. 2017).

Para dichas teorías del desarrollo cultural tiene especial importancia no solamente el nivel de desarrollo económico y material de las sociedades, sino lo que implica para la vida de los individuos en aspectos como la libertad y la igualdad, conceptos que necesariamente se implican entre sí, como se ha afirmado: “La libertad, la igualdad y la fraternidad...tendrían que entenderse como valores necesariamente interdependientes, pues cada uno de ellos alcanza su sentido pleno si interrelaciona con los demás, pero no aislándose ni contraponiéndose entre sí.” (Llano Alonso, F. 2013). Es decir, el nivel de desarrollo de un país estará dado no por el acumulado de riqueza que tenga, sino porque la distribución de ese acumulado de riqueza en la población sea tal que repercuta directamente en los niveles de disfrute de derechos de los individuos en condiciones de igualdad, libertad y respeto a su dignidad humana.

De ahí que podemos observar que, a diferencia de las teorías centradas en el desarrollo económico, aquí se dará primacía a la libertad de las

personas al momento de ejercer su derecho de elegir su proyecto de vida y llevarlo a cabo, lo cual solamente puede cumplirse bajo condiciones de desarrollo que vayan más allá de la riqueza del país en que se vive y tengan en cuenta todos aquellos factores sociales que inciden en el concepto mismo de libertad.

Tras las perspectivas que consideran como integrantes del concepto del derecho al desarrollo el bienestar cultural y social se presentan aquellas que consideran que “Otro elemento importante para valorar el grado de desarrollo de un país o una región es su capacidad de respeto al medio ambiente y lo sostenible de su modelo social y económico.” (Rey Pérez, J. 2013.)

Dicha perspectiva implica entender al desarrollo desde una perspectiva de sostenibilidad, “El derecho al desarrollo, desde esta nueva perspectiva, debe ser entendido como el derecho a un desarrollo sostenible, es decir, «aquel desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias»” (Gómez Isa, F. 2013). De donde surge entonces la necesidad de considerar que “uno de los indicadores del grado de desarrollo de una región debiera ser el cuidado y la preservación medioambiental que esta región tiene.” (Rey Pérez, J. 2013.)

Igualmente, se han desarrollado las llamadas teorías institucionales del desarrollo, como una progresión de las teorías del desarrollo económico, cultural y sostenible, pero enfocadas en el papel que juegan las instituciones estatales en la consecución de dichos contenidos del desarrollo, por ello se ha establecido que “en la actualidad parece existir consenso generalizado respecto de que las instituciones desempeñan un papel importante en la promoción del desarrollo.” (Trebilcock, M., & Mota Prado, M. 2017).

Dichas teorías implican un nuevo entendimiento del papel que juega el Estado en las relaciones económicas, donde con independencia de los niveles de intervención estatal, “lo que importa es la calidad de la intervención estatal, no necesariamente la cantidad. La calidad de la intervención, a su vez, se reconoce en la actualidad como una función de la calidad de las instituciones del Estado.” (Trebilcock, M., & Mota Prado, M. 2017).

Para este tipo de teorías lo que interesa, además de las perspectivas de desarrollo que los Estados tengan, es la calidad de las instituciones que tienen incidencia en la implementación de dichas perspectivas de desarrollo, ello por considerar que el efecto de instituciones de calidad sobre los

niveles de desarrollo de los Estados es incluso mayor que el que se dé por la elección de una perspectiva u otra.

Las teorías del desarrollo institucional no se presentan como un abandono de las teorías económicas, culturales o de desarrollo sostenible, sino que vienen a expandir dichas perspectivas para tener en cuenta a la calidad institucional, es así que en relación a las teorías culturales afirman que “no se sabe si las instituciones formales pueden generar cambios en la cultura y viceversa, como tampoco se sabe si en caso de que esos cambios fueran posibles, cuándo y en qué circunstancias es probable que se produzcan” (Trebilcock, M., & Mota Prado, M. 2017). y que derivado de ello “sin una evaluación exhaustiva del papel que desempeña la cultura en relación con la estabilidad y el cambio institucionales, las reformas pueden tener un éxito limitado o bien resultados no deseados.” (Trebilcock, M., & Mota Prado, M. 2017). Es decir, las teorías que han tratado el desarrollo lo han hecho desde la visión reduccionista de los resultados del desarrollo, pero han dejado de lado las instituciones que intervienen en la consecución de esos resultados.

Es decir, una teoría institucional del desarrollo no debe convertirse en una teoría reduccionista que se centre únicamente en las instituciones, sino que a partir de la perspectiva institucional analice los componentes del desarrollo tratados por las otras perspectivas a fin de descubrir las razones que han desembocado en una limitada implementación de sus postulados.

De ahí que consideramos que la calidad de las instituciones debe entenderse como un elemento toral en la búsqueda de una implementación efectiva del derecho al desarrollo, sin la cual incluso las propuestas más ambiciosas referidas a criterios económicos, culturales o ambientales no lograrán concretarse en la realidad.

De ahí que para los efectos de la presente entenderemos como derecho al desarrollo un derecho humano complejo, cuya titularidad está adscrita a la persona humana tanto en su carácter individual como colectivo, que le otorga expectativas positivas y negativas de derecho tendentes a garantizar el establecimiento de un orden económico, social, cultural e institucional sostenible, que le permita desarrollar de manera óptima sus capacidades en las máximas condiciones de libertad e igualdad.

IMPACTOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE ACCIONES DE LITIGIO ESTRATÉGICO.

Dentro de los efectos positivos que puede llegar a tener la implementación de acciones de litigio estratégico se ha referido Helen Duffy (2018):

- Impactos sobre las víctimas:
Reconocimiento judicial y vindicación.
Restauración y empoderamiento.
Reparación mediante una indemnización.
Reparación mediante la restitución, rectificación, cesación, protección y acceso a servicios.
Vindicación mediante la rendición de cuentas, investigación y procesamiento de los victimarios.
Reparación simbólica.
Generación de quejosos y activistas.
- Impactos sobre el orden jurídico:
Cambios en la legislación nacional.
Desencadenar la aplicación de la legislación nacional.
Desarrollar estándares legales a través de jurisprudencia nacional e internacional.
Moldear remedios y procedimientos.
- Impactos sobre las políticas y prácticas.
Desafiar y cambiar políticas.
Frustrar políticas que no puedan cambiarse.
Erosionar la impunidad.
- Impactos institucionales:
Fortalecimiento de instituciones, particularmente de las judiciales.
- Impactos sobre la información, verdad y registro histórico:
Búsqueda de la verdad sobre hechos.
Transparencia.
Documentación de violaciones.
- Impactos sobre lo social y cultural:
Replantear los problemas, catalizar el debate e influir en las actitudes.
El poder humanizador de la narrativa del litigio.
Reconocimiento, reconciliación y restauración de la cultura.
- Impactos sobre la movilización y empoderamiento:
Dar voz a grupos vulnerables y discriminados y propiciar la generación y fortalecimiento de estructuras al interior de dichos grupos.

Mobilización de otras víctimas de la situación impugnada.
Transferencia de poder a los individuos.

- Impactos sobre la democracia y el Estado de Derecho.
Supervisión judicial y rendición de cuentas del poder.
Posibilidad de criticar y desafiar al poder público dentro del marco de la legalidad.
Estabilización del sistema legal.

Especialmente relacionado al tema de la presente resultan los efectos que pueden tener las acciones de litigio estratégico sobre los niveles de vida de las víctimas, cuyos niveles de bienestar se ven directamente incrementados tras la ejecución de la resolución judicial de las mismas, en este sentido se ha dicho que el papel cada vez más importante que ha desempeñado el litigio en la protección de derechos fundamentales, socioeconómicos y políticos, como garantizar el acceso a la atención médica y a la educación, o reducir el hacinamiento en las cárceles, es digno de destacar por su impacto crucial en la vida de los solicitantes. (Duffy, H. 2018).

De ahí que las acciones de litigio estratégico sean una herramienta especialmente valiosa para incrementar los niveles de desarrollo de la sociedad en su conjunto, pero muy especialmente de los sectores sociales vulnerables, quienes por esa condición de desventaja estructural en su nivel de vida son susceptibles de tener incrementos más significativos, en tal sentido se manifiesta Zúñiga al establecer que las acciones de litigio en materia de derechos humanos “pretenden mejoras concretas en la vida de las personas las que, muchas veces, significan una enorme diferencia para aquella porción de la población que vive al margen de la seguridad física y económica.” (Zúñiga Fajuri, A. 2002).

Ahora bien, con relación al efecto que tienen las acciones de litigio estratégico sobre el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, en lo relativo al tema de la presente, resulta especialmente relevante dado que como se ha establecido “el sistema internacional de derechos humanos está concebido para operar de manera supletoria a los sistemas jurídicos internos, es decir, para entrar a jugar y confrontar las violaciones a los derechos humanos solo allí donde este último no lo haga.” (González, F. 2002).

De ahí que, ante la falta de configuración adecuada del derecho al desarrollo, concatenada con los obstáculos estructurales ya apuntados, ese desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos puede, en primera instancia, suplir al desarrollo del derecho interno y, posterior-

mente, influir en su eventual adecuación a los principios de derechos humanos.

Mas aún, en ocasiones, de manera similar al activísimo no jurídico, las acciones de litigio estratégico han demostrado tener efectos antes de llegar a una resolución en un proceso jurisdiccional o incluso sin necesidad de haber iniciado éste, desde la planeación y socialización de las mismas se han observado efectos persuasivos sobre los entes públicos, operando como una especie de ultimátum: al no haberse visto satisfechas las demandas sociales sobre determinados derechos humanos la inminencia de ver sometido el caso a un proceso jurisdiccional advertida por los entes públicos puede dar impulso al cumplimiento voluntario.

Así, por ejemplo, se ha referido que el deseo de evitar un litigio puede ser en sí mismo una fuerza poderosa para el cambio, que a veces induce o alimenta cambios significativos incluso antes (o incluso ausente) del caso en sí. Esto ha impulsado un cambio de política con la esperanza de que el litigio sea discutible, como cuando los procesos de verdad, justicia y reconciliación se han impulsado en parte bajo la sombra del litigio. (Duffy, H. 2018).

Igualmente destacables son los efectos que las acciones de litigio estratégico tienen durante el proceso jurisdiccional, dado que, al ventilar violaciones a derechos humanos en un foro público por un lado las víctimas tienen la oportunidad de hacer escuchar su voz y la sociedad tiene la oportunidad de empatizar con dichas víctimas, lo que genera empoderamiento y puede propiciar futuros procesos incluso antes de una resolución judicial, es así que se ha establecido que Mucho antes del juicio, el proceso de litigio en sí mismo puede dar voz a las víctimas. En principio, puede brindar una oportunidad crucial para que la víctima sea escuchada, acusada y explicada, y para que otros reconozcan el sufrimiento, los errores y la responsabilidad. Si bien el proceso legal puede ser (y a menudo es) alienante, las víctimas también lo han descrito como empoderador y energizante, y desempeña un papel en la restauración de la dignidad. (Duffy, H. 2018).

Asimismo, el hecho de ventilar violaciones a derechos humanos en un foro público pone bajo la mirada del poder judicial no solamente al caso que se le somete, sino también a las víctimas, con lo que la actuación de los responsables con respecto a éstas opera ya bajo la percepción de que las víctimas están abrigadas por el control jurisdiccional, en tal sentido se refiere que la sombra del litigio, no pocas veces, proporciona un grado de responsabilidad que cambia el enfoque hacia las víctimas, al menos públi-

camente. La supervisión judicial puede servir como un disuasivo para el abuso, simplemente minimizar o retrasar el daño a las personas. (Duffy, H. 2018).

Es así como, además de la eventual protección que se pueda establecer en la resolución judicial, el proceso mismo llevado mediante acciones de litigio estratégico puede configurarse, si no en una solución anticipada, en una protección contra ulteriores violaciones a los derechos humanos de la víctima.

JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO AL DESARROLLO MEDIANTE ACCIONES DE LITIGIO ESTRATÉGICO.

Víctor Abramovich y Christian Courtis definen a la justiciabilidad de un derecho como “la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho” (Abramovich, V., & Courtis, C. 2009). y, en el caso específico, Christian Courtis se refiere a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales y define a la justiciabilidad como: “la posibilidad de que las presuntas víctimas de violaciones de los DESC presenten una denuncia ante un órgano imparcial, y soliciten las reparaciones adecuadas si se considera que se ha producido una violación.” (Courtis, C. 2009).

Respecto a esa posibilidad de los derechos se ha afirmado que la discusión de la justiciabilidad específica de los derechos no debe llevarse a cabo con base en los mismos, sino en la capacidad de la función jurisdiccional, en tan sentido afirma Arbour Louise que: Potencialmente, todos los derechos humanos tienen elementos justiciables. La ejecución judicial eficaz depende más de que se otorgue a los tribunales la autoridad para conocer de las reclamaciones que de la naturaleza inherente de los derechos. (Arbour, L. (2013).

De ahí que, en años recientes, estemos dando cuenta de modificaciones innovadoras en el pensamiento jurídico, enfocadas hacia un reconocimiento cada vez mayor de la importancia y aplicabilidad directa de los contenidos constitucionales en materia de derechos humanos y de la capacidad ampliada de la función jurisdiccional para desarrollar dichos contenidos más allá del contenido expreso de la norma, lo que a su vez genera en los operadores jurídicos una actitud cada vez más proactiva hacia la transformación social mediante el derecho, hacia una actitud de verdadero activismo jurisdiccional.

Ahora bien, en el caso particular de la justiciabilidad del derecho al desarrollo se presenta una relación de imbricación entre derechos humanos, derivada de su interdependencia, indivisibilidad y de su configuración como un derecho necesario para el efectivo cumplimiento de otros derechos humanos, de ahí que el nivel de exigibilidad que goza cada uno de los derechos con los que se encuentra relacionado repercute directamente en el nivel de exigibilidad del desarrollo.

Es así como, se ha afirmado, al referirse al derecho al desarrollo, que el mismo puede entenderse como un conglomerado de una colección de reclamos, que van desde la educación básica, la atención médica y la nutrición hasta las libertades políticas, las libertades religiosas y los derechos civiles para todos. Algunas de estas afirmaciones son de hecho sujetos apropiados para la legislación coercitiva, la vía de la ley y la justiciabilidad serían apropiadas en muchos de estos casos. (Sen, A. 2013). Es decir, la justiciabilidad de los derechos que suelen considerarse como integrantes del derecho al desarrollo es una vía para exigir la justiciabilidad del desarrollo mismo, incluso al punto de forzar la legislación sobre el mismo.

Justiciabilidad que en el caso de los derechos integrantes del derecho al desarrollo cobra una relevancia toral, puesto que, a pesar de que sea un indicador positivo su configuración legal, si la misma no deviene en una exigibilidad real, su trascendencia a los hechos queda sujeta a la voluntad política, es así que se afirma que un criterio para medir el desarrollo de un país “no solo debe ser cómo se encuentran recogidos jurídicamente los derechos sociales, si se encuentran juridificados o no, sino también y casi más importante, examinar el grado de desarrollo de un sistema de garantías a esos derechos.” (Rey Pérez, J. 2013.)

La justiciabilidad del derecho al desarrollo ha sido ampliamente discutida, en tal sentido se han ventilado dudas concretas sobre la noción de derecho al desarrollo en particular.... preguntas sobre cómo debe formularse con precisión el derecho al desarrollo ... cuestiones de justiciabilidad y viabilidad. (Sen, A. 2013) Es decir que, por un lado, se cuestiona sobre el carácter del desarrollo como un derecho susceptible de llevarse ante una autoridad jurisdiccional y, por otro lado, si incluso pudiendo ser llevado ante dicha autoridad, el derecho al desarrollo es factible en sí mismo.

En relación con la crítica a la factibilidad del derecho al desarrollo, aun en presencia de una resolución jurisdiccional favorable, consideramos que el hecho de que un derecho no se considere factible de cumplimiento universal en un momento dado no le resta valor alguno, más aún, si consideramos los fundamentos mismos de los derechos humanos nos damos

cuenta de que los mismos se configuran como derechos con aspiraciones a la universalidad.

De ahí que todos los derechos humanos surgen en la imposibilidad de su cumplimiento universal, de otra forma, si configurásemos como derechos humanos aspiraciones ya cumplidas o cómodamente consumadas los mismos devendrían en derechos superfluos, para los que, en definitiva, no sería necesario ningún tipo de exigencia, incluso ni la jurídica.

La justiciabilidad del derecho al desarrollo entonces debe darse al unísono de su configuración teórica, al ser un derecho complejo, síntesis de una serie de derechos humanos y condición necesaria de los mismos, las acciones de litigio estratégico encaminadas al mismo deberán enfocarse a los derechos que lo integran bajo una visión holística.

Ahora bien, de lo apuntado puede establecerse una relación de correspondencia lógica entre el desarrollo económico, el desarrollo cultural y social, el desarrollo sostenible y el desarrollo institucional con los posibles impactos generados por la implementación de acciones de litigio estratégico.

CONCLUSIÓN

Las acciones de litigio estratégico tienen una posibilidad real de generar impactos positivos sobre las distintas dimensiones integrantes del derecho al desarrollo

En lo referente a la dimensión del desarrollo económico la principal posibilidad de impacto deviene a partir de los efectos que tienen las medidas de reparación e indemnización conseguidas a partir de la implementación de acciones de litigio estratégico, dado que como se ha demostrado redundan no solo en una mejoría al nivel de vida de las víctimas primarias y secundarias, sino también del entorno mismo en el que estas se desenvuelven.

En relación con la dimensión del desarrollo cultural y social, consideramos los impactos más destacables son los referidos a la generación de empoderamiento social, a partir de la promoción del activismo, de la humanización y discusión de problemas sociales y del efecto de reconocimiento a grupos vulnerables.

En cuanto a la dimensión del desarrollo sostenible, la principal posibilidad de impacto es aquella referida a la modificación del orden jurídico y a la creación de programas y políticas públicas acordes al cambio de paradigma ambiental.

Para la dimensión del desarrollo institucional las mayores posibilidades de impacto se presentan en el fortalecimiento de las instituciones judiciales, las que a su vez se configuran como medios para el control del resto del aparato institucional del poder público.

De ahí que consideramos el derecho al desarrollo es un derecho humano susceptibles de ser justiciable por los medios de defensa de los derechos humanos y susceptible de ser exigido y promovido por la sociedad civil mediante acciones de litigio estratégico.

REFERENCIAS.

- ABRAMOVICH, V. y Courtis, C. (2009). Apuntes sobre la exigibilidad de judicial de los derechos sociales en C. Courtis y R. Avila, *La protección judicial de los derechos sociales* (1ra ed., p. 10). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- ANDREASSEN, B. y Marks, S. (2006). *Development as a human right. Legal, political, and economic dimensions*. Harvard.
- DUFFY, H. (2018). *Strategic Human Rights Litigation - Understanding and Maximizing Impact*. Hart Publishing.
- GÓMEZ, F. (2013). El derecho al desarrollo: ¿Otros veinticinco años de diálogo de sordos? en M. Garrido, *El derecho humano al desarrollo*. Tecnos.
- GONZÁLEZ, F. (2002). El interés público del derecho a la vida en F. González, *Litigio y Políticas Públicas en Derechos Humanos* (p. 97). Universidad Diego Portales.
- LLANO, F. (2013). El derecho al desarrollo en el sistema de derechos humanos: entre los derechos de la personalidad y la actividad del estado en M. Garrido, *El derecho humano al desarrollo*. Tecnos.
- REY, J. (2013). Los desafíos del desarrollo a comienzos del siglo XXI en M. Garrido, *El derecho humano al desarrollo*. Tecnos.
- TREBILCOCK, M. y Mota, M. (2017). *Derecho y Desarrollo*. Siglo XXI Editores.
- ZÚÑIGA, A. (2002). El interés público del derecho a la vida en F. González, *Litigio y Políticas Públicas en Derechos Humanos* (p. 97). Universidad Diego Portales.

LA AUTONOMÍA PROGRESIVA DE LOS ADOLESCENTES: SU RELEVANCIA EN LOS CONTEXTOS JURISDICCIONALES EN MÉXICO

ALBA AURORA OLVERA BUSTAMANTE

Universidad Nacional Autónoma de México

Comité tutorial: Dra. Verónica Román Quiroz,

Dra. María Teresa Ambrosio Morales y

Dr. Mauricio Reyna Lara

Resumen: A raíz de la Convención sobre los Derechos del Niño, se rompe con el paradigma tutelar, que consideraba a los niños, niñas y adolescentes como objetos de protección y se asume una doctrina de la protección integral que los reconoce como sujetos titulares de derechos. Si bien la titularidad que se les reconoce es plena, la capacidad para ejercerlos es progresiva. En esa tesitura, a medida que aumenta la edad se incrementa la autonomía; sin embargo, lo anterior no es una regla fija que pueda aplicarse de manera generalizada, toda vez que la autonomía progresiva se analiza en cada caso. De ahí que no exista una correlación necesaria entre el criterio biológico-cronológico y el desarrollo madurativo, por lo que los juzgadores deben de realizar un examen a la luz de las circunstancias particulares del caso, a través de la evaluación del crecimiento físico, mental, emocional, desarrollo de habilidades cognitivas, nivel social, económico entre otras. En virtud de que dicha evolución progresiva de sus facultades se considera un principio habilitador para el ejercicio de sus derechos. Lo anterior, incide en los contextos jurisdiccionales en los que se ven involucrados niños, niñas y adolescentes, cuyas determinaciones tienen repercusiones en torno a la toma de decisiones en contextos médicos, el ejercicio de su libertad religiosa, su participación en los procedimientos, el derecho al régimen de visitas y convivencia, así como en la determinación de una medida por la comisión de un delito, lo cual se analizará en el presente trabajo.

Palabras clave: Autonomía progresiva, doctrina de protección integral, interés superior del niño

LA AUTONOMÍA PROGRESIVA

El cambio de paradigma, de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral, incluyó el concepto de autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes (NNA). Lo anterior, ha tenido grandes repercusiones en el ejercicio de los derechos de los NNA en los contextos jurisdiccionales, debido a la determinación del sujeto que tomará las decisiones; ya sean sus padres, ellos mismos o el Estado a través de la representación en suplencia. Así como de las consecuencias que derivan del análisis de la autonomía progresiva a la luz de la garantía del interés superior del NNA.

Anteriormente, permeaba una doctrina de la situación irregular en la que los niños, niñas y adolescentes eran considerados objetos de protección, Martínez Moya (2016) refiere que con esa doctrina se les concebía como incapaces y menores, lo que vulneraba sus derechos (p.89). No obstante, a raíz de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) de 1989, se les reconoce como sujetos titulares de plenos derechos, cuyo ejercicio atiende a la evolución de sus facultades, cuyo sustento se encuentra en la doctrina de la protección integral. Al respecto el artículo 5 de la CDN refiere que todos aquellos menores de 18 años son sujetos de derechos. García Méndez (2001) sintetiza la diferencia entre ambas doctrinas al indicar que en la primera el NNA es un objeto de la compasión-represión y en la segunda es un sujeto pleno de derechos en la infancia-adolescencia (p.67).

En consonancia con lo anterior, en esta doctrina de la protección integral no se habla de menores sino de NNA, en ese sentido González Contró (2011) sostiene que “el término menor constituye una expresión fundamental de este paradigma [refiriéndose a la doctrina de la situación irregular], pues además de que expresa inferioridad respecto del mayor, como se ha expuesto ya, favorece la idea de la incapacidad como cualidad totalizadora que impide el ejercicio de la autonomía” (p.43), de ahí la importancia de utilizar la terminología acorde a la doctrina que actualmente permea en nuestro sistema jurídico y el énfasis en el reconocimiento de la autonomía progresiva de los NNA.

La *autonomía* se define como aquella “manifestación de autodeterminación, de capacidad para la toma y comunicación de decisiones en forma independiente, comprendiendo la situación planteada y sus consecuencias” (Laino Pereyra, 2012, p.19). Por regla general, al cumplir la mayoría de edad, el sujeto cuenta con autonomía en el ejercicio de sus derechos

y en el caso de los NNA la toma de decisiones corresponde, en primer término, a sus padres, quienes actúan como sus representantes; sin embargo, esto no implica que los NNA carezcan de autonomía, ya que con el cambio de paradigma se reconoce que la tienen, pero con la diferencia de que esta es progresiva.

En consecuencia, se reconoce que el NNA puede ejercer su autonomía frente a la toma de decisiones en algunas esferas de libertad, verbigracia, en el ejercicio del consentimiento informado en contextos médicos, de profesar cualquier religión, de participar en procesos jurisdiccionales y sobre el régimen de visitas y convivencia. Aunado a lo anterior, en materia penal, la autonomía progresiva se reconoce en la creación del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (SIJPA) no sólo por ser un principio general que rige el sistema, ya que también el legislador lo tomó en consideración al momento de determinar las medidas de sanción que se le pueden imponer al adolescente responsable de la comisión de un delito.

La autonomía progresiva no se obtiene al cumplir la mayoría de edad, ya que se sustenta en la evolución de las facultades de los NNA. En esa tesitura, para determinar en qué casos el NNA puede tomar decisiones por sí mismo, no se toma en cuenta sólo la edad como criterio de carácter biológico-cronológico, toda vez que los niveles de autonomía dependen de diversos factores, así como de las circunstancias del caso en concreto, con énfasis en la madurez y la capacidad de comprensión del NNA (art.3, CDN, 1989).

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) a través del Amparo Directo en Revisión 1674/2014, indicó que la determinación de la autonomía progresiva no se basa en edades concretas o condiciones preestablecidas (p.27), ya que se considera que la madurez “no es un proceso lineal y aplicable a todos los niños por igual” (Tesis 1a. CCLXVII/2015), en esa tesitura se deben ponderar dos elementos para la determinación de la autonomía progresiva, a saber:

- a) Características propias del menor; tales como la edad, nivel de madurez, desarrollo físico e intelectual, habilidades cognitivas, estado emocional, experiencia de vida, entorno, medio social, cultural, económico, información que posee sobre las cosas respecto de las cuales opina, entre otras. Ya que estos determinan el desarrollo progresivo y dan pauta de la formación de sus opiniones sobre la realidad que vive.

- b) Particularidades de la decisión; tales como el tipo de derechos en juego, los riesgos que asumirá el NNA, las consecuencias a corto y largo plazo, entre otras (Amparo Directo en Revisión 1674/2014, p.28).

De lo anterior se colige, que la autonomía progresiva está íntimamente vinculada con la evolución de las facultades de los NNA, tomando en consideración la madurez. En relación con la madurez, se considera que permite conocer progresivamente los aprendizajes que adquiere el NNA, así como sus conocimientos, facultades, la comprensión de su entorno y sus derechos, en virtud de lo anterior, a la autonomía progresiva se le considera un principio habilitador para que los NNA puedan tomar decisiones por sí mismos (Tesis 1a. CCLXV/2015).

Asimismo, cabe precisar que la autonomía progresiva está íntimamente vinculada con el interés superior del NNA, ya que dada la condición de vulnerabilidad en la que se encuentra por ser sujeto en desarrollo, con independencia de quién tome la decisión, ésta deberá estar enfocada, en todo momento, en la protección y garantía de dicho interés.

Si bien “se es consciente de la reticencia que guarda, de manera general, la sociedad, en relación a la posibilidad de que el niño adquiera autonomía e independencia de sus padres” (Aguilar Domínguez, 2017, párr.28), los siguientes casos permiten vislumbrar la materialización de la autonomía progresiva y en consecuencia la aplicación de la doctrina de la protección integral ante el reconocimiento de los NNA como sujetos titulares de plenos derechos cuyas opiniones deben ser tomadas en cuenta.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN CONTEXTOS MÉDICOS

Uno de los casos representativos de la autonomía progresiva de NNA en contextos médicos, fue el Amparo en Revisión 1049/2017 que resolvió la Primera Sala SCJN, ya que, si bien en el mismo se indican límites a la autonomía parental y la intervención del Estado en la toma de decisiones para garantizar el interés superior del NNA, también se reconoció que con base en la autonomía progresiva los NNA pueden tomar decisiones en contextos médicos. Al ser puntos íntimamente vinculados, mencionaremos ambos con la finalidad de robustecer la comprensión de la autonomía de la voluntad y su vínculo con el interés superior del NNA.

El punto medular del caso fue el reclamo que realizaron los padres al Estado derivado de la intervención que tuvo a través de la representación en suplencia, con la finalidad de autorizar un tratamiento médico al que

se oponían los padres. Cabe precisar, que la niña fue diagnosticada con leucemia por lo cual requería que un tratamiento que implicaba la realización de transfusiones sanguíneas; sin embargo, los padres se negaron a dar el consentimiento con el argumento de profesar la religión de Testigos de Jehová.

En ese tenor, los médicos hicieron del conocimiento de la Procuraduría de Protección dicha situación, por lo que ésta, después de analizar el caso, asumió la tutela provisional de la niña y autorizó el tratamiento médico, conducta que los padres consideraron que vulneraba sus derechos parentales, así como su libertad de religión. Al respecto, la Primera Sala de la SCJN determinó que, si bien el Estado está obligado a respetar los derechos parentales, en particular la autonomía parental, ésta no es absoluta ya que debe ejercerse con base en el interés superior del NNA.

De ahí que, cuando la decisión de los padres coloca en riesgo los derechos de las NNA, el Estado puede y debe intervenir. Al respecto, el artículo 19 de la CDN refiere que los Estados deben adoptar medidas para proteger a los NNA, por lo que se permite que sustituyan a los padres en la toma de decisiones, cuando éstas no atienden a la protección de sus hijos.

En consecuencia, la autonomía parental se sustenta en la presunción que existe de que las personas más aptas para tomar decisiones son los padres, al considerar que ellos actúan siempre buscando, protegiendo y satisfaciendo el mejor interés de sus hijos por lo que en teoría tomarán la mejor decisión para la protección de sus derechos, motivo por el cual, por regla general, pueden tomar decisiones sin interferencia de terceros. De lo contrario, el sustento de la autonomía parental sería satisfacer los deseos personales de los padres y no el privilegio que deben tener los derechos de los NNA (Amparo en Revisión 1049/2017, p.35), con lo cual se robusteció la protección especial de los NNA con la consideración primordial a su interés superior.

En ese mismo caso, se determinó que los NNA pueden ejercer el derecho al consentimiento informado por sí mismos, el cual implica la toma de decisiones respecto a qué tratamientos o intervenciones médicas desean recibir, incluso si la decisión es contraria al deseo de sus padres. Al respecto, Villavicencio Miranda (2009) indica que dichas funciones parentales “decrecerán de modo inversamente proporcional a la evolución de las facultades de los niños, niñas y adolescentes” (p.105).

No obstante, el límite de la autonomía progresiva se encuentra en su interés superior, por lo que, aunque se demuestre que tiene suficiente

madurez, el ejercicio de ese derecho, no puede afectar derechos considerados de mayor entidad, tales como la vida o su salud, toda vez que es un sujeto que se encuentra en desarrollo y formación por lo que su interés superior no sólo es un límite para la autonomía parental, sino también para su autonomía progresiva.

Cabe precisar que el interés superior del NNA, es un concepto jurídico indeterminado, esto implica que no se establece de forma general y abstracta, por lo que para su determinación deben ser valoradas las circunstancias de cada caso, considerando de suma importancia la determinación de este ya que es el eje rector para la toma de decisiones con base en la autonomía progresiva.

En los demás casos, el NNA podrá tomar decisiones en contextos médicos con base en su autonomía progresiva, por lo que de acuerdo con Lovera Parmo et al. “no sólo se disminuye la esfera de control de los padres sino también del Estado” (2009, p.19).

LA LIBERTAD DE RELIGIÓN

Derivado del caso anterior, se determinó que, con base en la autonomía progresiva, los NNA tienen derecho de ejercer la libertad religiosa, ya sea que crean en alguna, dejen de creer o no crean. En ese sentido, si bien los padres dentro de los derechos parentales tienen la libertad de formar a sus hijos en la religión que ellos prefieran, atendiendo al grado de madurez de los NNA, ellos pueden tomar las decisiones respecto a las creencias y prácticas religiosas que quieran adoptar (Tesis: 1a. VIII/2019).

Lo anterior, se considera un gran paso dentro del reconocimiento de los NNA como sujetos de derechos cuyo ejercicio si bien es progresivo se materializa a la luz de su interés superior, sobre todo en aquellos casos en los que la voluntad de los padres y la de los hijos son antagónicas. Al respecto, Díaz Montiel (2014) señala que “así, este derecho en la Convención [consagrado en el artículo 14 de la CDN] ya no protege conductas sino el estado de desarrollo del ámbito religioso de niñas y niños” (p.261).

PARTICIPACIÓN EN PROCESOS JURISDICCIONALES

Por lo que hace a la participación de los NNA este derecho implica que sea escuchado y que sus opiniones sean tomadas debidamente en cuenta, motivo por el cual debe evaluarse “su capacidad, así como su edad y madurez...la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo” (Acción de inconstitucionalidad 11/2016, p.67).

Se considera que la opinión de los NNA en los procesos jurisdiccionales es una expresión del ejercicio de su derecho de acceso a la justicia y un criterio importante que debe tomar en consideración el juzgador al momento de tomar una decisión que afecte sus derechos, por lo que debido se incluyó el concepto de juzgar con perspectiva de la infancia, el cual implica que los juzgadores busquen la mejor forma de interactuar con los NNA para alcanzar su libre opinión con base en su autonomía progresiva, cabe destacar que la determinación de ésta no se limita al último ciclo vital que es la adolescencia, sino que abarca también la infancia y la primera infancia (Amparo Directo en Revisión 8577/2019, p.77).

Al respecto la Observación General número 7 del Comité sobre los derechos del niño del 2016 indica que la primera infancia es el periodo comprendido hasta los ocho años, por lo que con base en nuestro sistema jurídico se considera que la infancia abarca el periodo de los ocho años hasta antes de cumplir los doce años, toda vez que de los doce hasta antes de cumplir dieciocho años se les considera adolescentes.

Para escuchar la opinión de los niños y niñas de la primera infancia, se sugiere que se realice “no sólo a través de declaraciones testimoniales o escritas sino a partir de metodologías pedagógicas y didácticas que brinden condiciones adecuadas” (Amparo Directo en Revisión 8577/2019, p.46). Al respecto González Moreno (2018) menciona algunas formas no verbales de comunicación tales como el “juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias” (p.86).

Lo anterior se determinó en el Amparo Directo en Revisión 8577/2019, al indicar que la edad no es un obstáculo para garantizar el derecho de participación de los NNA y que su opinión sea tomada en cuenta (p.79), por lo que no existe un ciclo vital o etapa que se considere inadecuada para la toma de decisiones, ya que uno de los elementos relevantes de los cuales debe allegarse el juzgador al momento de tomar una determinación es la opinión del NNA con base en su autonomía progresiva a través de su participación, con base en los lineamientos que a continuación se señalan:

Tabla 1. Lineamientos para el ejercicio del derecho de participación de NNA

Admisión de prueba	<ul style="list-style-type: none"> • Madurez es determinante para permitir su participación • Evitar práctica desconsiderada de ese derecho • Evitar entrevistarlos en más ocasiones que las necesarias
Preparación de entrevista	<ul style="list-style-type: none"> • Informarles en lenguaje accesible y amigable sobre el procedimiento y derecho a participar • Garantizar que la participación sea voluntaria

Desahogo de la prueba, declaración o testimonio	<ul style="list-style-type: none">• Realizarse en una diligencia en forma de entrevista o conversación• Juzgador debe reunirse previamente con especialista en temas de niñez para aclarar términos de los que se pretende conversar• Términos deben resultar sencillos de comprender• Entrevista debe de realizarse en ambiente donde se sienta respetado, seguro y pueda expresarse libremente• Es necesaria la presencia del juzgador y el especialista en temas de niñez (si se estima conveniente también una persona de confianza)• Registrar íntegramente su declaración o testimonio
Intervención directa en la entrevista	<ul style="list-style-type: none">• No implica que no pueden tener representación• Consultarlos acerca de la confidencialidad de sus declaraciones

Nota: Realizado con base en la jurisprudencia 1a./J.12/2017 (SCJN, Primera Sala, Décima Época).

En esa tesitura, la participación de los NNA busca por un lado lograr el equilibrio entre su derecho a ser protegido, derecho a expresar sus opiniones y participar en proceso y por otro conseguir que su participación sea acorde con la evolución de sus facultades (Amparo Directo en Revisión 1072/2014, pp.38-39), cabe precisar que el derecho de participar no se satisface sólo cuando se le permite al NNA expresar su opinión, ya que el juzgador debe tomarla en cuenta y si no lo hace tiene la obligación de asentar cuál fue el motivo por el cual no la tomó en cuenta.

Asimismo, la SCJN posibilidad de formarse un juicio y criterio propio no depende de la edad toda vez que no existe generalización, por lo que la participación de NNA en contextos jurisdiccionales debe estar orientada a favorecer su interés superior y sus condiciones específicas como sujeto en desarrollo (Tesis: 1a./J. 13/2015).

En el caso de la participación de NNA víctimas del delito se realiza el análisis tomando además en consideración que no se incrementen los efectos negativos del delito en su persona o se le revictimice, que la participación implique brindar la oportunidad de que sus sentimientos y opiniones relacionados con el proceso de justicia sean escuchados y tomados en cuenta, por lo que existe el deber del juzgador de conocer: “a) sus sentimientos alrededor del hecho delictivo; b) su seguridad respecto del acusado y las medidas tomadas en relación con éste; c) la manera en que prefiere prestar testimonio; y, d) sus sentimientos acerca de las conclusiones del proceso” (Amparo Directo en Revisión 1072/2014, P.40).

RÉGIMEN DE VISITAS Y CONVIVENCIA

Otro de los casos emblemáticos, en los que quedó asentado el derecho de los NNA para ejercer el derecho a visitas y convivencias con un progenitor

no custodio con base en el reconocimiento a su autonomía progresiva, fue el del Amparo Directo 1674/2014 que resolvió la Primera Sala de la SCJN.

En el cual se determinó que el derecho subsistía a favor de los hijos adolescentes para determinar a libre demanda en qué horarios y de qué forma se ejercería el derecho a la visita y convivencia con su progenitor no custodio, esto es, el que perdió la patria potestad. Si bien el máximo tribunal determinó que es importante que los NNA convivan con ambos progenitores para el bienestar de su formación integral, así como de su desarrollo emocional y psicológico, se debe examinar cuál fue la causa por la que el progenitor perdió la patria potestad, en el caso en concreto fue debido a la omisión del padre de brindarles amor, cariño, apoyo y atención a sus hijos.

Aunado a lo anterior, debe tomarse en consideración la autonomía progresiva de los NNA, siempre y cuando no se afecten o pongan en riesgo sus derechos. Por lo que en el caso en concreto se ponderó, por una parte, cuestiones particulares de los adolescentes tales como su edad, nivel de madurez, entorno sociocultural y por otra las particularidades de la decisión, como el derecho y los efectos de la decisión, de la siguiente forma, la cual se presenta de manera sintetizada:

- a) Prueba en psicología. - En la cual no se detectó problema de evolución social y/o madurez.
- b) Prueba de rendimiento escolar. - Alto rendimiento educativo con base en boleta escolar y promedio.
- c) Evaluación realizada por Trabajo Social. - Medio sociocultural en relación con las condiciones del domicilio y participación en actividades extracurriculares, por lo que se determinó adecuado para su desarrollo integral.
- d) Derecho. - Derecho a visitas y convivencia con progenitor no custodio.
- e) Efectos. - Directos en el desarrollo integral.

En consecuencia, el resultado fue: alto nivel de madurez y rendimiento educativo, sin afectaciones a su personalidad. En esa tesitura, se consideró que los adolescentes contaban con madurez suficiente para ejercer su autonomía y que prevaleciera su voluntad, en virtud de que con dicha decisión no se afectaba negativamente su desarrollo ni se ponía en riesgo el ejercicio de sus derechos, aunado al hecho de que se demostró que tenían madurez suficiente para la toma de esa decisión (Amparo Directo 1674/2014).

DETERMINACIÓN DE UNA MEDIDA POR LA COMISIÓN DE UN DELITO

El 16 de junio de 2016 fue publicada la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (LNSIJPA), la cual determinó las medidas de sanción que corresponden a los adolescentes a los que se les compruebe la comisión de un delito, para lo cual se realizó la división en tres grupos etarios, a saber: I. De los doce años a menos de catorce años, II. De los catorce años a menos de dieciséis años y III. De los dieciséis años a menos de dieciocho años; lo cual tiene sustento en las diferencias que existen entre la adolescencia temprana, media y tardía.

En esa tesitura, un principio general que rige al sistema es el de la autonomía progresiva, por lo que se debe considerar como criterio para la imposición e individualización de sanciones: “su edad, circunstancias personales, familiares, económicas y sociales, así como su vulnerabilidad” (art.148, LNSIJPA).

De ahí que las medidas de sanción que se les pueden imponer atienden al grupo etario al que pertenecen, conforme a la siguiente tabla:

Tabla 2. Características de las medidas de sanción

Características	Grupo etario I	Grupo etario II	Grupo etario III
Duración	Máximo 1 año	Máximo 3 años	Máximo 5 años
Número de medidas	Imposición de 1 medida	Imposición de hasta 2 medidas	Imposición de hasta 2 medidas

Nota: Tabla realizada conforme a la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (2016).

Cabe mencionar, que a los adolescentes del grupo etario I no se les puede imponer ninguna medida de sanción privativa de la libertad, asimismo se les puede excluir de responsabilidad en caso de que el delito lo realicen por “orden de una persona que ejerza sobre ellos dirección, influencia o autoridad y no tuvieran conocimiento pleno de la ilicitud de los hechos” (art.149, LNSIJPA) a esta excluyente se le denomina obediencia debida.

CONSIDERACIONES FINALES

La autonomía progresiva surge gracias a la doctrina de la protección integral, la cual posibilitó el reconocimiento de niños, niñas y adolescentes como sujetos titulares de plenos derechos con un ejercicio restringido al

beneficio de su interés superior, atendiendo al análisis de cada caso en concreto.

No existe una correlación necesaria entre la edad y la etapa en la que se encuentra el NNA para la determinación de su autonomía progresiva como principio habilitador, por lo que debe analizarse la posibilidad de que, en cualquier etapa, sea esta primera infancia, infancia o adolescencia, el NNA pueda tomar decisiones por sí mismo.

Destaca la importancia de evaluar la autonomía progresiva a la luz de la protección y garantía del interés superior de NNA, por lo que el Estado puede intervenir como límite a la autonomía parental e incluso como límite a la autonomía progresiva del NNA, cuando la decisión entrañe un riesgo o una afectación a sus derechos.

La materialización de la autonomía progresiva robustece la participación de los NNA en contextos jurisdiccionales, así como en la toma de decisiones que repercuten en sus derechos, por lo que existe la obligación de dotar de importancia a su opinión, la cual debe ser tomada en cuenta como un elemento relevante antes de dictar una resolución.

REFERENCIAS

- AGUILAR, A. (2017). De la pérdida del antiguo poder y autoridad a la par del surgimiento de la autonomía progresiva de la niñez. *Hechos y Derechos* (37).
- DÍAZ, D. (2014). El derecho a la libertad religiosa y niñas, niños y adolescentes en E. Flores (Ed.), *Sin derechos. Exclusión y discriminación en el México actual* (pp.235-264). Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.
- GARCÍA, E. (2001). Legislaciones infanto-juveniles en América Latina: modelos y tendencias en M. González y E. Vargas (comp.), *Derechos de la niñez y la adolescencia* (pp. 59-72). CONAMAJ, UNICEF.
- GONZÁLEZ, M. (2011) ¿Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina en M. Pérez y M. Macías (coords), *Marco teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes* (pp. 35-48). Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.
- GONZÁLEZ, B. (2018). *Administración pública y menores de edad: el sistema de protección a la luz de los informes de los defensores del pueblo*. Reus.
- LAINO, S. (2012). Autonomía progresiva de la voluntad en S. Falca, E. García y F. Piñeyro (Eds.), *Manual para la defensa jurídica de los dere-*

- chos humanos de la infancia* (pp. 17-38). Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF.
- LOVERA, D. y Coddou, A. (2009). Niño, adolescente y derechos constitucionales: de la protección a la autonomía en Cillero, M. (dir.), *Justicia y derechos del niño* (pp. 11-54). UNICEF.
- MARTÍNEZ, L. (2016). *El abuso sexual infantil en México: limitaciones de la intervención estatal*. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.
- VILLAVICENCIO, L. (2009). La libertad religiosa y la infancia en el sistema español. Una aproximación teórica y positiva en M. Cillero (dir.), *Justicia y derechos del niño* (pp. 81-106). UNICEF.

Casos

- SUPREMA Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Amparo directo 1674/2014.
- SUPREMA Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Amparo directo 1072/2014.
- SUPREMA Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Amparo directo en Revisión 8577/2019.
- SUPREMA Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Amparo en revisión 1049/2017.
- SUPREMA Corte de Justicia de la Nación. Pleno. Acción de inconstitucionalidad 11/2016

Tesis

- SUPREMA Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Tesis: 1a. CCLX-VII/2015. Décima Época.
- SUPREMA Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Tesis.: 1a. CCLXV/2015. Décima Época.
- SUPREMA Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Tesis.: 1a. VIII/2019. Décima Época.
- SUPREMA Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Tesis.: 1a./J. 13/2015. Décima Época.
- SUPREMA Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Tesis.: 1a./J. 12/2017. Décima Época.
- SUPREMA Corte de Justicia de la Nación. Segunda Sala. Tesis.: 2a. XI/2018. Décima Época.

Legislación y tratados internacionales

COMITÉ de los Derechos del Niño (2005) Observación General N°7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia.

LEY Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (2016) Diario Oficial de la Federación.

ORGANIZACIÓN de Naciones Unidas (1989). Convención sobre los derechos del niño.

INCLUSIÓN DEL PRINCIPIO PRO PERSONA EN LAS SENTENCIAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

SARA ANGÉLICA PÉREZ AGUILAR
Universidad Autónoma de Nayarit

Tutora: Dra. Irina Graciela Cervantes Bravo

Resumen: El principio pro persona es un principio constitucional que se incorpora a partir de la reforma en materia de Derechos Humanos en México y por ende su observancia se vuelve obligatoria para todas las autoridades, entre las cuales se encuentran los Ministros de la Suprema Corte; por lo que se pretende mostrar cómo se ha incluido el referido principio dentro de las sentencias emitidas por la Corte, determinar el alcance que se le imprime al interpretar el ordenamiento jurídico cuando se trata de proteger los derechos humanos y finalmente compartir algunos de los resultados que se ha obtenido del análisis de las sentencias y que nos permitan identificar si existe alguna tendencia o modelo que sea aplicado por los Ministros en base al principio pro persona a la hora de resolver.

Palabras Clave: Principio pro persona, Sentencias, Derechos Humanos.

INTRODUCCIÓN

A mediados del año 2011 se aprueba y publica la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos, ésta implicó la inclusión de aspectos trascendentales al sistema jurídico, tales como; el reconocimiento de los derechos humanos y aparejado a estos la observancia de los principios rectores de dichos derechos; la inclusión de los principios constitucionales de interpretación conforme y el pro persona.

En este sentido otro de los puntos relevantes de la reforma consistió en la conformación del Parámetro de Control de Regularidad Constitucional que la Corte identificó y estableció para la interpretación de los derechos humanos.

El parámetro de control aludido tiene su fundamento en los artículos 1º y 133 constitucionales, el primero de estos establece el reconocimiento de los derechos humanos y la obligación del estado de protegerlos, respetarlos y promoverlos y el segundo numeral una nueva visión de interpretación de la jerarquía normativa contenida y supremacía constitucional, que dio pauta para que la SCJN considerara este parámetro como la base para la interpretación de las normas en materia de derechos humanos, dado que se integra con los derechos humanos contenidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales, esto es lo que permite ejercer el control de convencionalidad que alude el artículo primero, el control de constitucionalidad previsto en la propia carta magna y brindar la mayor protección al individuo en sus derechos humanos. El Parámetro de Control de Regularidad Constitucional, se determina expresamente en la resolución de la contradicción de tesis 293/2011, pero con antecedente y apoyo en lo resuelto en el expediente varios 912/2010.

En el caso específico la Suprema Corte de Justicia es el máximo órgano judicial de la nación, pues en ésta se deposita el Poder Judicial Federal como se lee en el artículo 94 constitucional; entre las atribuciones de este órgano destaco, fungir como último intérprete de la Constitución, resolver las controversias que se planten vía juicio de amparo por posibles violaciones a los derechos humanos y generar jurisprudencia, toda vez que la investigación que se realiza incide directamente con éstas. Una consecuencia directa de la reforma en derechos humanos es que dio lugar al periodo de la Décima Época de la Jurisprudencia.

De acuerdo a las facultades de la Corte, le corresponde entonces, materializar el principio pro persona a través de sus resoluciones consultivas, jurisprudencias y sentencias, en las que versen controversias sobre derechos humanos y en las cuales será palpable a través de la argumentación que los Ministros evoquen para justificar la norma, tratado, convención, jurisprudencia o principios que hayan empleado para resolver la controversia.

De aquí que el trabajo que presento se guía bajo la siguiente pregunta de investigación ¿De qué forma los Ministros de la Suprema Corte de Justicia eligen la fuente de derecho que brinda la mayor y/o mejor protección de los derechos humanos al resolver los asuntos que implican violaciones a dichos derechos?

Por tanto el objetivo general consiste en analizar los elementos de la argumentación e interpretación que del principio pro persona se aprecian en las resoluciones emitidas por las salas de la Suprema Corte, tomando

en cuenta si para ello emplean también el principio de interpretación conforme y/o el principio de proporcionalidad, para identificar aquellos que son reiterados y que sirvan para la construcción de un modelo metodológico que pueda utilizarse como guía para la expresión máxima de dicho principio.

Finalmente se pretende confirmar o refutar la hipótesis planteada: La efectiva aplicación del principio pro persona implica la necesidad de estructurar un modelo metodológico que sirva como guía a los Ministros de la Suprema Corte para que sus resoluciones brinden la mayor y/o mejor solución a los asuntos en los que se aleguen violaciones a los derechos humanos. Consecuentemente el diseño y aplicación del modelo contribuirá a la construcción de una teoría constitucional de protección de los derechos humanos.

INTERPRETACIÓN Y ALCANCE DEL PRINCIPIO PRO PERSONA

Este principio es un imperativo de observancia para los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Protocolo del Salvador; por tratarse de un eje rector de los derechos humanos.

No debemos olvidar que el principio pro persona implica la interpretación conforme, la progresividad de los derechos, la favorabilidad y la ponderación, siendo el principio aludido el espectro más amplio y los demás elementos son los que se pueden presentar al interpretar la norma que mayor protección ofrezca al individuo, dependerá pues de la técnica argumentativa e interpretativa que realice el juzgador ya sea de la norma o del derecho en sí para lograrlo.

El principio pro persona ha sido definido bajo diversas ópticas, pero todas destacan un elemento en común que es “brindar la mayor protección a los titulares de los derechos” veamos una definición de un juez, otra teórica y finalmente una de tribunal.

El Juez Piza Escalante en la resolución a una opinión consultiva planteada a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, expreso:

Un criterio fundamental que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o aplican y restrictivamente las que los limitan o restringen. De esta forma, el principio pro persona conduce a la conclusión de la exigibilidad inmediata e incondicional de los derechos humanos es la regla y su condicionamiento la excepción. (OC-7/86, 1986)

Por su parte la autora Mónica Pinto lo refiere como:

Un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre. (En Abregú y Courtis [comp.], 1997, p. 163)

Finalmente, la Corte Constitucional Colombiana lo asume como una formalidad que debe atenderse a la hora de juzgar:

El principio de interpretación <pro homine>, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el resto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional... El principio pro persona, impone que sin excepción, entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera [aquella] que resulte más garantista o que permita la aplicación de forma más amplia del derecho fundamental. (Sentencia C-438/13)

De las definiciones transcritas se puede observar que este principio es visto como un criterio de interpretación de derechos humanos; coinciden los autores con dos elementos que tienen que ver con el alcance del principio, pues hablan de una protección extensiva, en cuanto a que un derecho que sea reconocido para una persona en condiciones específicas pero que pueden ser condiciones que atañen a otros, como las categorías sospechosas, se puede manejar como una interpretación extensiva para ellos; y en el caso de que se trate de la suspensión de un derecho o restringir un derecho se plantea una interpretación restrictiva, pero siempre con el ánimo de favorecer a las personas la protección más amplia en sus derechos.

De lo que se ha revisado y en parte plasmado anteriormente se puede realizar una clasificación sobre las diversas formas en que se concibe la interpretación del principio pro persona y con ello determinar el alcance que se le pretende dar:

- En relación a la preferencia normativa
- En relación a la preferencia interpretativa,
- En relación a la perspectiva teleológica en que se basa el principio. (Nuñez, 2017, p.8)

La preferencia normativa muestra dos supuestos:

- La preferencia de la norma más protectora, se presenta cuando en una situación puede ser aplicada más de una norma, sin importar su jerarquía sino más bien el criterio de efectividad de la protección.
- la preferencia interpretativa o de la conservación de la norma más favorable, implica que entre las opciones interpretativas de una norma se debe preferir aquella que restrinja de menor manera los derechos en juego, o bien preferirse aquella interpretación que proteja de una manera más amplia o efectiva los derechos; en este escenario estamos frente a una norma que acepta más de una interpretación y entonces será el juzgador el que decida por cual interpretación se pronunciará. En este sentido tenemos dos tendencias: la interpretación restringida y la interpretación extensiva.
- Sentido teleológico, sostiene Constanza Núñez (2017) “al momento de interpretar normas sobre derechos humanos, se tenga en cuenta su objeto y fin, de manera de no desnaturalizar el objeto de protección y considerar los efectos de la interpretación en relación al subsistema de derechos fundamentales” (p. 22). Esta interpretación se da más que nada al pronunciarse respecto a derechos de personas jurídicas -empresas, asociaciones- o bien cuando se pronuncian los tribunales desde los derechos -su origen y propósito- en un contexto específico. Como ejemplo podemos citar los proemios de los diversos tratados internacionales que indican el objeto y fin de éstos y su ámbito de aplicación.

Ahora bien el postulado del principio pro persona *brindar la mayor protección a las personas en sus derechos humanos* implica terminológicamente dos conceptos *mayor protección* y *mejor protección* no podemos pretender utilizarlos como sinónimos porque no lo son, los alcances de uno y otro distan mucho e implican terminológicamente diversas cosas.

Si hablamos de *la mayor protección* nos estaremos refiriendo a la elección del ordenamiento, principio, tratado o aquella fuente del derecho que en el caso concreto sea la que proteja más el o los derechos humanos afectados, es decir ese espectro de protección se puede extender más hasta otros derechos, tomando en cuenta el principio de interdependencia de los derechos humanos.

En cambio, si hablamos de *la mejor protección* nos referiremos a la elección del ordenamiento, principio, tratado o aquella fuente del derecho que en el caso concreto resulte más conveniente o bien sea preferible sobre otras para proteger a las personas en sus derechos humanos.

Tomando en cuenta estos dos conceptos y los diferentes alcances del principio pro persona, ya revisados, nos damos cuenta que los operado-

res jurídicos pueden optar por diversas interpretaciones para garantizar la protección de las personas en sus derechos humanos, estas son: extensiva –mayor protección– restrictiva –mejor protección– jerárquica –mayor protección– convencional –mejor protección–

Esto significa que la elección que realizan los operadores jurídicos de alguna manera debería atender a lineamientos que les faciliten dicha elección y que sean de cómoda identificación al tiempo de estar dialogando el asunto para su resolución.

He aquí la fascinación por lograr una tendencia interpretativa en la Corte para la exteriorización del principio pro persona en las sentencias.

EL PRINCIPIO PRO PERSONA EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

A modo introductorio, valga comentar que dentro de los criterios adoptados por la SCJN, se acordó que la técnica para resolver los juicios de amparo directo, el estudio de los conceptos de violación debe atender al principio de mayor beneficio y se autoriza omitir aquellos que no mejoren lo ya alcanzado por el quejoso en la resolución impugnada y evidentemente aquellos que resulten infundados:

De acuerdo con la técnica para resolver los juicios de amparo directo del conocimiento de los Tribunales Colegiados de Circuito, con independencia de la materia de que se trate, el estudio de los conceptos de violación que determinen su concesión debe atender al principio de mayor beneficio, pudiéndose omitir el de aquellos que, aunque resulten fundados, no mejoren lo ya alcanzado por el quejoso, inclusive los que se refieren a la constitucionalidad de leyes...

... se pretende privilegiar el derecho contenido en el artículo 17, segundo párrafo de la Constitución... esto es que en los diversos asuntos sometidos al conocimiento de los tribunales de amparo se diluciden de manera preferente aquellas cuestiones que originen un mayor beneficio jurídico para el gobernado, afectado con un acto de autoridad... (T.P./J. 3/2005, p. 5)

El criterio citado, permite conocer la técnica genérica para los Magistrados de los Tribunales Colegiados de Circuito que son la instancia competente para conocer y resolver los amparos directos, sin que interese la materia de que se traten.

Ahora bien se ha pronunciado en diversas tesis respecto a cómo se debe entender dicho principio, sus alcances, y la preferencia de un ordenamiento, tratado, o principio según que su espectro de protección de

los derechos sea mayor que el de los otros; a continuación se comentan estos criterios:

- PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE. Se observa en la tesis el alcance del Principio pro persona y la exigibilidad hacia la autoridad de aplicarlo sin necesidad de que el gobernado lo solicite, se entiende además por este principio que, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción en sus derechos, ampliando con ello el catálogo de derechos humanos a los reconocidos en los tratados internacionales. (T. 1ª./J. 107/2012, p. 799).
- DERECHOS HUMANOS. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO QUE ESTÁN OBLIGADOS A REALIZAR LOS JUZGADORES, NO LLEGA AL EXTREMO DE ANALIZAR EXPRESAMENTE Y EN ABSTRACTO EN CADA RESOLUCIÓN, TODOS LOS DERECHOS HUMANOS QUE FORMAN PARTE DEL ORDEN JURÍDICO MEXICANO. La jurisprudencia exhorta a los jueces de los diversos fueros a acatar el principio pro persona al margen de ejercer el control de convencionalidad *ex officio* del orden jurídico, lo que implica que puedan inaplicar una norma que resulte contraria a los derechos contenidos en el catálogo de derechos humanos, pero se debe limitar el juez a los derechos que sean reclamados en el caso concreto sin que tenga éste que extenderse a todos los derechos humanos que forma parte del orden jurídico mexicano. (T.VI.1º.A. J/18, p. 2438)
- PRINCIPIO DE PREVALENCIA DE INTERPRETACIÓN Y PRO PERSONA. CONFORME A ÉSTOS, CUANDO UNA NORMA GENERA VARIAS ALTERNATIVAS DE INTERPRETACIÓN, DEBE OPTARSE POR AQUELLA QUE RECONOZCA CON MAYOR AMPLITUD LOS DERECHOS, O BIEN, QUE LOS RESTRINJA EN LA MENOR MEDIDA. La jurisprudencia indica que el juzgador que es intérprete no debe elegir la norma aplicable al caso a su libre arbitrio sino que, debe ceñirse a la interpretación que proteja mayormente los derechos; de conformidad con lo establecido en el artículo primero constitucional. Por lo que la obligación de los juzgadores es analizar el contenido y alcance de los derechos conteni-

dos en las normas a partir del principio pro persona. (T. XIX.1ro.J/7, p. 2000)

De los criterios comentados, se desprende que para la aplicación del principio pro persona es necesario que se realice el control de convencionalidad *ex officio*, para que el juez tenga visualizadas las normas del ordenamiento que aplican al caso concreto y sobre las cuales, a través del ejercicio argumentativo podrá sostener cual es la que protege de mejor manera los derechos de las personas.

Ya han quedado explicados de forma general los criterios de la Corte por lo que ahora me avocaré a explicar cómo se realizó el análisis de las sentencias:

1. Selección de las sentencias; como sabemos, la competencia de las Salas y del Pleno de la Suprema Corte son específicas, por lo que inicialmente se seleccionaron sentencias de estas dos instancias y posteriormente solo de las Primera Sala.
2. Temporalidad; tomando en consideración que la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos fue en junio de 2011, las sentencias que se han escogido fueron emitidas posterior a esta fecha, y hasta las que se muestran de 2019, es decir en un lapso de siete años.
3. Materia; se han seleccionado sentencias que resuelven asuntos de: amparo en revisión, amparo directo en revisión, recurso de inconformidad, quejas, acciones de inconstitucionalidad, principalmente, no descarto que pueda realizar interesante la revisión de sentencias que resuelvan asuntos distintos a los enunciados.
4. Criterios que se consideraron para el análisis de la inclusión del principio pro persona:
 - a) Preferencia normativa, norma más protectora
 - b) Preferencia normativa, conservación de la norma más favorable
 - 1) interpretación extensiva
 - 2) interpretación restringida
 - c) Preferencia de la norma vigente nueva
 - d) Preferencia de la norma vigente antigua
 - e) Interpretación desde los derechos
 - f) Interpretación de los derechos en particular
 - g) Ponderación de derechos
 - h) Ponderación de principios

El análisis de las sentencias consistió en extraer de éstas los siguientes elementos: Expediente / Tipo de asunto / Instancia / Tema / Derechos

Humanos afectados / Interpretación del principio pro persona a partir de los criterios expresados en el párrafo anterior/ Anotar si no se encuentra argumentación del principio pro persona / Se aplicó test de proporcionalidad y si éste se agotó.

MODELOS DE RESOLUCIÓN BASADOS EN EL PRINCIPIO PRO PERSONA

De forma muy breve presentaré dos modelos existentes para guiar a los juzgadores en la elección de la norma más favorable o más protectora; iniciaré con el *modelo de motivación correcta de la decisión en base al principio pro persona*, propuesto por la autora Constanza Núñez (2017), el cual funciona en base a supuestos en el que cada uno atiende a una interrogante específica:

- a) Para determinar la norma a aplicar, en caso de existir más de una norma que sea aplicable, se debe preferir aquella que sea más favorable a la protección de los derechos de la persona, debiendo explicar los motivos de elección de la regla en base al principio. La decisión debe contestar el cuestionamiento: ¿Por qué dicha norma es la que favorece de mejor manera la protección de la persona en el caso concreto?
- b) Una vez seleccionada la regla aplicable, en caso de existir más de un significado de la regla, se debe escoger aquel que optimice la protección, realizando una interpretación extensiva. Se debe responder la pregunta: ¿Es la interpretación que favorece de mejor forma la protección de los derechos fundamentales en el caso concreto?
- c) Existiendo más de un afectado por la decisión jurídica, se debe escoger la interpretación que restrinja de menor manera los derechos de las personas y contestar la pregunta: ¿Es la decisión que restringe de menor manera los derechos en juego?
- d) Al observar la decisión en su conjunto se debe considerar el objeto y fin para el cual fueron creadas las normas aplicadas en relación a los derechos fundamentales, refiriéndose a la interpretación teleológica. Se debe contestar el cuestionamiento: ¿Mi decisión considera el objeto y fin para el cual están creadas las normas sobre derechos fundamentales?

El modelo planteado pretende explicar los criterios de decisión para, de alguna manera, guiar con más claridad al juzgador al resolver un asunto y se encuentre en cualquiera de las situaciones planteadas; de forma que pueda controlar y generar una aceptabilidad de la decisión interpretativa

preferida; de esta manera el principio pro persona “no se transforma en una herramienta para resolver a priori en el sentido que se desee”. (p. 113)

En lo referente a este modelo se puede observar que cada supuesto aplica para un cuestionamiento diferente, de tal modo que el primer caso, se sugiere cuando una persona demanda la protección de uno o varios derechos humanos; el segundo caso se presenta cuando existen antinomias o más de un significado de la regla o norma; el tercer caso se da cuando son varias las personas afectadas en sus derechos, evidentemente los derechos de alguna de las partes se verán restringidos de aquí que el cuestionamiento sea en este sentido; finalmente la cuarta interrogante aplica para las tres anteriores, pues se trata de la justificación teleológica de la decisión elegida.

Resulta un modelo sencillo pero escueto, porque un solo cuestionamiento sirve como punto de partida pero queda corto para seguir argumentando.

El segundo modelo a revisar es el expuesto por el Dr. Gerardo Mata Quintero denominado *La fórmula del mejor derecho* en el que plantea que el principio pro persona debe ser visto como una cláusula constitucional preferente que no se trata de una invocación de lo más favorable o benéfico simplemente, o de hacerlo ver como algo evidente o intuitivo carente de valor; sino que debe ser visto desde una visión garantista del derecho que implica realizar un ejercicio argumentativo que responda para quién es favorable y cómo se determina si tal o cual disposición normativa o interpretación es la que favorece a la persona, como se verá más adelante.

Dando contestación a dichas preguntas se propone un entendimiento estructural del principio pro persona que comprenda sus sentidos, directrices, dimensiones, elementos, criterios y objetos, en torno a su significado: favorecer la protección de las personas. Tomando en cuenta esto el Dr. Mata (2018) afirma:

Identificar la solución jurídica que favorezca la mayor y mejor protección a las personas en todo tiempo consistirá, básicamente, en argumentar, respecto de cada una de las interpretaciones o normas aplicables, y responder, por ejemplo: con la norma n_1 , en comparación con la norma n_2 , o con la interpretación i_1 o la interpretación i_2 , ambas de la disposición n :

- ¿Cuál es el ámbito temporal de protección?
- ¿A quiénes –sujetos y objetos- se protege?
- ¿Qué derechos se protegen?
- ¿Cómo se protege? (p. 118)

Él mismo señala que bastaría con responder simplemente estas preguntas pues siempre es necesario realizar un ejercicio argumentativo que explique la mayor o menor posibilidad de las opciones interpretativas-normativas que actualicen el contenido del mandato de favorabilidad. Por lo que el esquema de *la fórmula del mejor derecho* que propone es el siguiente:

1. Presupuesto: existencia de un conflicto interpretativo o normativo;
2. ¿A quién se debe favorecer?
 1. Identificación del sujeto en situación de subordinación:
 1. Relaciones entre personas: principio de no discriminación;
 2. Relaciones entre persona y no-persona: presunción a favor de la persona;
 3. ¿Cuál es la solución más favorable?
 1. Dimensión cuantitativa: ¿se logra una mayor protección?
 2. Elemento temporal: ¿cuál es el ámbito temporal de protección?
 2. Dimensión cualitativa: ¿se obtiene una mejor protección?
 1. Elemento material relativo a los derechos protegidos: ¿qué derechos se protegen?
 2. Elemento material relativo a las modalidades de la protección: ¿cómo se protege? (2018, 218-219)

Este modelo es mucho más estructurado, toma en cuenta todos los elementos que conforman el principio pro persona y suma además la igualdad y no discriminación, pero se echa de menos el toque filosófico, entrar un poco en la teleología del principio, por lo que resulta muy completo.

Esta propuesta es elaborada en virtud de lo que identifica como nulo esfuerzo por la jurisprudencia y la doctrina de desarrollar en serio el mandato de esta cláusula constitucional preferente como una herramienta jurídica para garantizar y potencializar la protección de los derechos de las personas, llevándolo a visualizar dos grandes problemas, el primero consiste en que al no contarse con alguna medida que contribuya a identificar las opciones normativas o interpretativas disponibles que sean más favorables, no se hacen necesarias porque caemos en el vicio de que la respuesta siempre es evidente, o que se deje a la discrecionalidad judicial; y el segundo problema es que se corre el riesgo de que dicho principio “no sea más que un criterio endeble, absolutamente subjetivo, construido de buenas intenciones y modulado en el sentido que se prefiera” (p. 207) y con ello no sea más que un capricho para legitimar decisiones públicas o políticas.

Ambas propuestas surgen de trabajos académicos que pretender dejar un legado a los juzgadores que les ayude a tomar la mejor decisión entre las diversas alternativas que analicen y es precisamente en dicho análisis en el que se deben responder los cuestionamientos que plantea cada autor,

de acuerdo al modelo que sea más amigable y entendible para los juzgadores, no se trata de que se deje al simple arbitrio de los jueces la toma de decisiones, sino que esa libertad de resolver un caso esté guiada de la mejor forma, que no le deje la menor duda al juez de que la resolución emitida fue la mejor o la más amplia protección que se pudo otorgar a los derechos en juego y a su vez la que menos lesionó otros derechos, pues siempre deberán tener presente la importancia de todos los derechos humanos.

Finalmente son estos trabajos los que contribuyen de mejor forma para ayudar a resaltar y señalar los aciertos y errores tanto de los legisladores al dictar las leyes como de los juzgadores al realizar la interpretación jurídica-doctrinal-semántica de las mismas, y posteriormente plasmarla en sus sentencias o jurisprudencias.

CONCLUSIONES Y RESULTADOS.

Consideremos algunos de los resultados obtenidos del análisis realizado a las sentencias:

1. La Suprema Corte no ha marcado tendencia respecto a la toma de decisiones para exaltar la observancia del principio pro persona pues los argumentos revisados nos muestran los diversos sentidos en los que son interpretadas las normas de derechos humanos y como cada juzgador –primer instancia, de alzada, de amparo y revisión de amparo– tiene una visión distinta, y no siempre las sentencias se van confirmando y justo en esta contrariedad en donde surgen argumentos muy nutritivos para la práctica jurídica.
2. Los Ministros y juzgadores cuenta con algunos criterios plasmados en tesis aisladas o en protocolos que pretenden ser una guía o modelo de apoyo para la toma de decisiones en casos complicados.
3. El Control de Convencionalidad que ejercen los juzgadores en los diversos órdenes del poder judicial es claro sin embargo esto no significa que se esté otorgando la mayor protección a los derechos si no realizan el ejercicio argumentativo de expresar las opciones y derivado de ello las razones que los llevan a elegir una de éstas, sino que de entrada justifican una sola opción que termina siendo la que resuelve el caso.
4. La redacción de las sentencias muestra claramente el ejercicio de interpretación conforme, sin embargo son muy generales los argumentos para resolver cuál es la norma, principio o disposición aplicable por

ser más benéfica o brindar mayor protección, tomando en cuenta que los alcances cambian

5. De los dos modelos para la toma de decisiones atienden a contextos específicos de los países en los que los autores se desenvuelven, sin embargo no puedo dejar de decir que el control de convencionalidad y el ejercicio de interpretación conforme que realizan los juzgadores en México no es muy diferente y ambos modelos pueden ser beneficiosos en el país, sin embargo se debe buscar generar un modelo propio que atienda a las demandas de nuestro sistema judicial y contribuya a gestar una teoría distintiva de la Suprema Corte de Justicia, que no tenga que alinearse políticamente al partido o al presidente en turno o a intereses personales.
6. Coincido con Diez Gárgari al referir que la Suprema Corte lo mismo toma la tendencia alemana que la Norteamericana para aplicar el principio de proporcionalidad solo que de forma menos profunda y este ejercicio también contribuye a la determinación de la mayor protección de los derechos humanos cuando se da una colisión entre estos.

Derivado de ello es que el trabajo elaborado me lleva a realizar una propuesta metodológica dirigida a los operadores jurídicos con una doble intención, primero que sirva como guía a éstos para encontrar la opción que sea la más benéfica o la más protectora de los derechos humanos y, segundo que contribuya a fortalecer una teoría constitucional de derechos humanos propia de la Suprema Corte.

REFERENCIAS

- CASTAÑEDA, M. (2017). *El principio pro persona ante la ponderación de derechos*. CNDH.
- CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos, (2021).
- CORTE Constitucional de Colombia (2013). *Sentencia C-438/2013*.
- DIEZ, R. (2012). Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la suprema Corte. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (26).
- MATA, G. (2018) El principio pro persona: la fórmula del mejor derecho. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (39).
- MEDELLÍN, X. (2013). *Principio pro persona*. SCJN-OACNUDH-CDH-DF.

- NUÑEZ, C. (2017). *Una aproximación conceptual al principio pro persona desde la interpretación y argumentación jurídica*, Serie Materiales de Filosofía del derecho. Seminario Gregorio Peces Barba-Universidad Carlos III de Madrid.
- ABREGÚ, M. y Courtis, C. (Comps.) (1997). *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Editores del Puerto-CELS.
- PIZA, R. (1986). Opinión Consultiva OC-7/86 *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta*, (7).

Jurisprudencias

- T.P./J. 3/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXI, febrero de 2005, p. 5.
- T. XIX.1ro.J/7, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, noviembre de 2019, p. 2000.
- T. 1ª./J. 107/2012, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, T. 2, octubre de 2012, p. 799.
- T.VI.1º.A. J/18, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, T.III, agosto de 2018, p. 2438.

LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS ANTE EL ASISTENCIALISMO. EL CASO CONCRETO DEL DERECHO AL DESARROLLO SOCIAL Y BIENESTAR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

JUAN PABLO LUNA LEAL

Universidad Veracruzana-Universidad de Salamanca

Tutora: Dra. María Mercedes Iglesias Báñez

Resumen: A catorce años de haber sido aprobada la *Convención Internacional sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad*, desafortunadamente, se continúa con un tratamiento asistencial del tema de discapacidad, situación que actualmente realiza el Estado, al utilizar la entrega de paliativos gubernamentales que generan, un bienestar provisional para quienes deberían tener acceso pleno a sus derechos. Es por ello, que la implementación de políticas públicas que verdaderamente contengan acciones integrales y progresivas, con instancias de gobierno altamente capacitadas en el tema, desde perspectivas no asistenciales sino de derechos, generará la consolidación de un marco normativo que tutele: el ejercicio de su igual reconocimiento como persona ante la ley; el diseño de sistemas de apoyo para la vida independiente y para el ejercicio de su capacidad jurídica;; no sufrir tratos crueles inhumanos y degradantes; acceso al trabajo y los servicios de salud, entre otros.

Dentro del reconocimiento que realiza el Estado, respecto de los derechos humanos que le son inalienables a las personas con discapacidad, existe la flagrante violación de aquellos, por las circunstancias que le son contrarias a la dignidad humana: respeto, atención, solidaridad, empatía, protección, oportunidad y marginalidad. En este sentido, para marcar el cambio de paradigma, en beneficio de las personas con discapacidad, se debe dejar atrás, la visión médico-asistencial, para dar paso a la tutela efectiva de derechos. Por todo lo anterior, se analiza el marco jurídico del Sistema Internacional de Derechos Humanos, el marco constitucional

mexicano de derechos humanos, para establecer una perspectiva jurídica que permita ofrecer una visión distinta a la que hasta el día de hoy, se utiliza para el diseño y establecimiento de políticas públicas, fincando con ello, ésta nueva visión de encaminar y garantizar un verdadero desarrollo social de las personas con discapacidad.

Palabras claves: Desarrollo Social, Asistencialismo y Discapacidad.

MARCO DE REFERENCIA PARA EL ESTUDIO DEL DESARROLLO SOCIAL Y BIENESTAR.

El tratar de presentar una definición concreta que reúna los aspectos social, cultural, económico y jurídico del significado de desarrollo social y bienestar; conlleva, en principio, a suponer que, aquella se trata de una utopía, en virtud de que permanece en el foro, la discusión sobre la validez del tema de “*estilos alternativos de desarrollo*”, y son evidentes en algunos autores ciertas dosis de pesimismo frente a él; tal es el caso de los artículos publicados por Marshal Wolff en varios números de la *Revista de la Cepal*. Se reconoce la buena voluntad de quienes intentan abordar el problema, pero se señala que, de hecho, la mayor parte de las propuestas son “utopías concretas creadas por comités”, en donde se entremezclan en distinto grado las dimensiones “concretas” con las “utópicas” y, se subraya además, el carácter restringido de lo creado.

Así pues, el desarrollo social, debemos entenderlo como un proceso que, con el transcurso del tiempo, apuesta al mejoramiento de las condiciones de vida de toda la población, en sus diferentes vertientes de aplicación: salud, educación, nutrición, vivienda, vulnerabilidad, seguridad social, empleo, entre otras. Implica también la reducción de la pobreza y la desigualdad en el ingreso, en otras palabras, estamos ante el ideario de construir un concepto que no solo permita imaginar, sino también, hacer justicia social para quienes esté dirigida su aplicación.

Cabe hacer mención que, de acuerdo con la *Teoría de la Justicia* de John Rawls publicada en 1971, representó un parteaguas para la filosofía política contemporánea, en la medida en que de ella se derivaron una serie de apreciaciones sobre el carácter de la justicia y la manera en que ésta debía ser concebida en las sociedades democráticas moderna. Por ello, la repercusión de la obra rawlsiana se vio reflejada no sólo en el interior de la filosofía política, sino también en el quehacer de la filosofía moral y jurídica, especialmente en el constitucionalismo. Por todo lo anterior,

es de precisar, que el concepto de desarrollo social viene aparejado de distintas perspectivas disciplinares y temáticas, sin dejar de mencionar la institucionalidad que se ha realizado para conducirlo, propiciarlo y, desde luego, implementarlo.

Esencialmente, hay dos formas básicas de pensar el desarrollo, entendido como mejoras en las condiciones de vida, junto a los cambios necesarios para su realización. Las mejoras, y la agencia y fuerzas impulsoras del cambio, son elementos de orden teórico, un asunto de agencia, fines y medios. La otra forma de concebir el desarrollo es, no como resultado de la agencia o puesta en práctica de una estrategia o acción consciente dirigida a un cambio progresivo, sino como el resultado del funcionamiento de un sistema, entendido éste como el conjunto de prácticas establecidas que con- forman la estructura institucional y social del sistema.

El desarrollo se podría definir como el desplazamiento ascendente de una sociedad a lo largo de un continuum en cuyos extremos estarían, por un lado, las sociedades más avanzadas y, por el otro, las más atrasadas. Por avance o atraso se entiende un conjunto de bienes y prácticas que tienen que ver con la tecnología, la productividad, la afluencia y la mayor distancia respecto a la mera supervivencia. El desarrollo social, en cierta forma, sería el resultado de la mejora de los índices colectivos de bienestar como esperanza de vida, mortalidad infantil, ingreso disponible, ingesta calórica o acceso a servicios sociales; es decir, todo lo que significa que los grupos humanos vivan más, tengan mayor goce de bienes de consumo y sufran menos las penalidades impuestas por los embates de la naturaleza, la enfermedad y los riesgos a los cuales estamos expuestos.

Por otra parte, en relación al concepto de bienestar, podemos indicar que de acuerdo con Uribe Mallarino, la noción de bienestar, nos remite a los efectos del desarrollo sobre el individuo, las familias y la sociedad. En el extremo opuesto del bienestar se encuentran la privación, la miseria y la hambruna. Los estudios sobre el hambre, en cierta forma, han pasado de moda; sin embargo, todavía ocurren hambrunas, pero suceden en lugares de la tierra lejanos a los centros de poder mundial, donde no llega la presencia de los medios de comunicación: Somalia, Etiopía, Ruanda, y en una parte significativa de los segmentos más pobres de los países en desarrollo.

DESARROLLO SOCIAL Y BIENESTAR COMO DERECHO HUMANO.

El desarrollo social tiene presente una particularidad dentro de la esfera de los derechos humanos, en virtud de que no ha tenido una evolución progresiva, sino por el contrario, su reconocimiento –y desde luego– en la tutela de los derechos humanos de primera y segunda generación, es decir, aquellos, han tenido origen en disposiciones jurídicas internas de algunos Estados, para de allí proyectarse al plano mundial, recogidos por la comunidad internacional representada en la Organización de las Naciones Unidas, que los han incorporado a su normatividad particular. A diferencia de ello, el reconocimiento y protección del derecho al desarrollo se gestó originalmente a nivel internacional para pasar con posterioridad al ámbito interno de los países.

El derecho al desarrollo se encuentra consagrado tanto en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (1986) de Naciones Unidas, como en la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (1981). El artículo 22 de la Carta Africana sostiene significativamente que “todos los pueblos tienen derecho a su desarrollo económico, social y cultural, en el estricto respeto de su libertad y de su identidad, y al goce igual del patrimonio común de la humanidad”. Y agrega que “los Estados tienen el deber, separadamente o en cooperación, de asegurar el ejercicio del derecho al desarrollo”

De acuerdo con la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de las Naciones Unidas (1986), la persona humana es “el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo” (artículo 2 (1)). Califica el derecho al desarrollo como un “derecho humano inalienable” de “toda persona humana y todos los pueblos” (artículo 1 (1)), en virtud del cual están facultados para participar del desarrollo económico, social, cultural y político, en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a este desarrollo y a disfrutar de él. Los sujetos activos o beneficiarios del derecho al desarrollo son así los seres humanos y los pueblos. La Declaración de 1986 se dirige en forma repetida a los Estados, instándoles a tomar todas las medidas necesarias para la realización del derecho al desarrollo (artículos 3 (3), y 4 a 8). La responsabilidad por la realización de dicho derecho se asigna primordialmente a los Estados (artículo 3 (1)), “individual y colectivamente” (artículo 4 (1)), pero también a todos los seres humanos, “individual y colectivamente” (artículo 2

(2)) -es decir, a los individuos y a las comunidades-. Los sujetos pasivos del derecho al desarrollo son aquellos a quienes corresponden las responsabilidades previstas, con énfasis especial en las obligaciones atribuidas por la Declaración de 1986 a los Estados, individual y colectivamente (la colectividad de los Estados).

Si bien el derecho humano al desarrollo no ha sido expresamente reconocido en tratados internacionales de derechos humanos, con excepción de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, y por lo tanto, se considera que jurídicamente no goza de un carácter vinculante, sí constituye un compromiso político y como tal, provee un importante marco de acción para la elaboración e implementación de políticas y programas, tanto a nivel internacional como nacional, necesarios para el disfrute de todos los derechos humanos asegurando la participación de las personas. Ello, reafirma los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos y favorece su implementación.

Por otra parte, cabe resaltar que, los trabajos realizados por el *Equipo especial de alto nivel sobre el ejercicio del derecho al desarrollo*, en la entrega de año 2010 al Grupo de Trabajo del Consejo de Derechos Humanos sobre la materia, presentó una lista de criterios operacionales en torno al derecho al desarrollo con el fin de orientar las acciones de los Estados hacia la creación de un contexto propicio para su ejercicio. Entre dichos lineamientos destaca, precisamente, la promoción del mejoramiento constante del bienestar socioeconómico; la adopción y revisión periódica de estrategias y planes nacionales de desarrollo sobre la base de un proceso participativo y transparente; la no discriminación, el acceso a la información, la participación y la reparación efectiva; y el respeto del estado de derecho en el plano nacional.

El cumplimiento de estos criterios es conducente al respeto, protección y garantía de los derechos humanos, lo que reafirma la esencia del derecho al desarrollo como una prerrogativa que involucra el disfrute tanto de los derechos civiles y políticos, como de los económicos, sociales, culturales y ambientales dentro de un marco participativo. No obstante, persisten retos conceptuales para asegurar la implementación del derecho al desarrollo y por lo tanto, su exigibilidad, toda vez que las posturas entre los países acerca de su naturaleza y alcances aún es contrastante.

En referencia al desarrollo como derecho humano dentro del marco jurídico mexicano, éste resulta incipiente, en virtud de que en la propia Carta Magna, no se realiza su tratamiento de manera explícita; así tene-

mos que en al menos, seis artículos se menciona la idea de desarrollo, a saber:

Artículo 2º, apartado B.

La Federación, las entidades federativas y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.

Continúa señalando que para abatir las carencias y rezagos, las autoridades tendrán las siguientes obligaciones:

I. Impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas con el propósito de fortalecer las economías locales y mejorar las condiciones de vida de sus pueblos, mediante acciones coordinadas entre los tres órdenes de gobierno, con la participación de las comunidades. Las autoridades municipales determinarán equitativamente las asignaciones presupuestales que las comunidades administrarán directamente para fines específicos.

V. Propiciar la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo, mediante el apoyo a los proyectos productivos, la protección de su salud, el otorgamiento de estímulos para favorecer su educación y su participación en la toma de decisiones relacionadas con la vida comunitaria.

VII. Apoyar las actividades productivas y el desarrollo sustentable de las comunidades indígenas mediante acciones que permitan alcanzar la suficiencia de sus ingresos económicos, la aplicación de estímulos para las inversiones públicas y privadas que propicien la creación de empleos, la incorporación de tecnologías para incrementar su propia capacidad productiva, así como para asegurar el acceso equitativo a los sistemas de abasto y comercialización.

La educación pública, también toma parte como mecanismo de desarrollo, sin embargo, la idea planteada en el artículo 3º no permite cómo deberá obtenerse lo apuntado.

Artículo 3º, fracción V.

V. Toda persona tiene derecho a gozar de los beneficios del desarrollo de la ciencia y la innovación tecnológica. El Estado apoyará la investigación e innovación científica, humanística y tecnológica, y garantizará el acceso abierto a la información que derive de ella, para lo cual deberá proveer recursos y estímulos suficientes, conforme a las bases de coordinación, vinculación y participación que establezcan las leyes en la materia; además alentará el fortalecimiento y difusión de nuestra cultura;

El artículo 4º introduce otros aspectos que cubrirá el mandato constitucional; se refiere al desarrollo de la familia en el primer párrafo y, en el segundo párrafo a los individuos; se equipara la protección del medio ambiente como una condición para el desarrollo. Finalmente, se establece

el desarrollo integral de la niñez, el cual impacta en los aspectos más elementales de una vida con dignidad, como lo son la alimentación, la salud, la educación y el sano esparcimiento.

Artículo 4°

La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

...Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley.

...El Estado promoverá el desarrollo integral de las personas jóvenes, a través de políticas públicas con enfoque multidisciplinario, que propicien su inclusión en el ámbito político, social, económico y cultural del país. La Ley establecerá la concurrencia de la Federación, entidades federativas, Municipios y demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, para esos efectos.

El primer párrafo del artículo 25, vislumbra una formulación de lo que podría ser el derecho al desarrollo o, mejor aún, el derecho humano al desarrollo, en virtud de que encontramos características determinantes de este derecho, es decir, nos encontramos consideraciones que se aprecian en la mayoría de los instrumentos internacionales en materia de desarrollo humano. Por citar alguna de ellas: integralidad, sustentabilidad, democracia, igualdad de oportunidades, justa distribución de la riqueza, libertad y dignidad.

Artículo 25

Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución. La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo.

...Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación.

...Asimismo podrá participar por sí o con los sectores social y privado, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo.

...La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, promoviendo la competitividad e implementando una política nacional para el desarrollo industrial

sustentable que incluya vertientes sectoriales y regionales, en los términos que establece esta Constitución.

Finalmente, el artículo 27, Fracción XX, establece un tipo de desarrollo diferente: el rural, prevista con una integralidad, que permitiría al sector campesino incorporarse al desarrollo nacional, con todo lo que ello implica en términos de productividad y calidad de vida.

Artículo 27, fracción XX

El Estado promoverá las condiciones para el desarrollo rural integral, con el propósito de generar empleo y garantizar a la población campesina el bienestar y su participación e incorporación en el desarrollo nacional, y fomentará la actividad agropecuaria y forestal para el óptimo uso de la tierra, con obras de infraestructura, insumos, créditos, servicios de capacitación y asistencia técnica. Asimismo expedirá la legislación reglamentaria para planear y organizar la producción agropecuaria, su industrialización y comercialización, considerándolas de interés público.

...El desarrollo rural integral y sustentable a que se refiere el párrafo anterior, también tendrá entre sus fines que el Estado garantice el abasto suficiente y oportuno de los alimentos básicos que la ley establezca.

DERECHOS HUMANOS Y DISCAPACIDAD.

De acuerdo con el último informe realizado por la Organización Mundial de la Salud y el Banco Mundial, en todo el mundo existen más de mil millones de personas con discapacidad, lo que representa aproximadamente 15% de la población mundial. Esta cifra sigue aumentando debido al envejecimiento de la población y a las enfermedades crónico-degenerativas. En México, existen entre 10 y 12 millones de personas que presentan alguna discapacidad. No obstante, la discriminación contra las personas discapacitadas es recurrente, con manifestaciones cotidianas que resultan invisibles para el resto de la gente, pero no para ellos: el entorno urbano, los sistemas de enseñanza, las disposiciones legales, los sistemas de salud, están diseñados para personas con pleno uso de sus capacidades, y se convierten, por esa sola causa, en instrumentos de discriminación, así sea una discriminación indirecta.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el inciso “e” de 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.

En consecuencia, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por la Resolución A/RES/61/106, el 13 de diciembre de 2006, es el primer ordenamiento en materia de derechos humanos del siglo XXI y también el firmado con mayor celeridad en la historia de la Organización de las Naciones Unidas. Su propósito, contenido en el artículo 1, “es promover, proteger y asegurar el goce pleno 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”.

El Estado mexicano firmó la Convención el 30 de marzo de 2007 y la ratificó el 17 de diciembre del mismo año, adquiriendo el compromiso de respetar, reconocer y garantizar los principios y derechos en ella contenidos. A partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad adquiere observancia obligatoria por las autoridades en los distintos ámbitos y órdenes de gobierno.

En la Carta Magna, con fundamento en el quinto y último párrafo del artículo 1º constitucional, está prohibido discriminar a las personas que tengan algún tipo de discapacidad, en este sentido, resulta necesario establecer: ¿qué entendemos por discapacidad?, atento a ello, la Ley General para la Inclusión de Personas con Discapacidad, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de mayo de 2011 y su reglamento, publicado en el mismo medio el 20 de noviembre de 2012. La fracción XXI del artículo segundo de la ley en comento establece que se considerará como Persona con Discapacidad, a toda persona que por razón congénita o adquirida presenta una o más deficiencias de carácter físico, mental, intelectual o sensorial, ya sea permanente o temporal y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva, en igualdad de condiciones con los demás.

Artículo 3.

La observancia de esta Ley corresponde a las dependencias, entidades paraestatales y órganos desconcentrados de la Administración Pública Federal, organismos constitucionales autónomos, Poder Legislativo, Poder Judicial, el Consejo, a los Gobiernos de las Entidades Federativas y de los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, así como a las personas físicas o morales de los sectores social y privado que presten servicios a las personas con discapacidad.

Artículo 4.

Las personas con discapacidad gozarán de todos los derechos que establece el orden jurídico mexicano, sin distinción de origen étnico, nacional, género, edad, o un trastorno de talla, condición social, económica o de salud, religión,

opiniones, estado civil, preferencias sexuales, embarazo, identidad política, lengua, situación migratoria o cualquier otro motivo u otra característica propia de la condición humana o que atente contra su dignidad. Las medidas contra la discriminación tienen como finalidad prevenir o corregir que una persona con discapacidad sea tratada de una manera directa o indirecta menos favorable que otra que no lo sea, en una situación comparable.

...La Administración Pública, de conformidad con su ámbito de competencia, impulsará el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, a través del establecimiento de medidas contra la discriminación y acciones afirmativas positivas que permitan la integración social de las personas con discapacidad. Será prioridad de la Administración Pública adoptar medidas de acción afirmativa positiva para aquellas personas con discapacidad que sufren un grado mayor de discriminación, como son las mujeres, las personas con discapacidad con grado severo, las que viven en el área rural, o bien, no pueden representarse a sí mismas.

Dentro de los logros obtenidos con la promulgación de la Ley General para la Inclusión de Personas con Discapacidad, se tiene la creación del Consejo Nacional para el Desarrollo e Inclusión de las Personas con Discapacidad (CONADIS) se creó el 30 de mayo de 2011, en cumplimiento al Artículo 39 y como respuesta a la firma y ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas, materializando décadas de lucha y trabajo de sociedad civil y actores del Gobierno para que las políticas públicas cuenten con un enfoque de inclusión que haga visible las acciones que requieren en su favor las personas con discapacidad, promoviendo el respeto íntegro de sus derechos.

Así tenemos, el CONADIS es un organismo descentralizado, autónomo, sectorizado en la Secretaría de Desarrollo Social (SEDESOL), que ha consolidado el cambio de paradigma para tratar la discapacidad como un tema de política social, constituyéndose, así como el órgano rector de las políticas públicas en favor de las personas con discapacidad.

En conclusión, debemos apuntar que con la implementación de políticas públicas que verdaderamente contengan acciones integrales y progresivas, con instancias de gobierno altamente capacitadas en el tema, desde perspectivas no asistenciales sino de derechos, generará la consolidación de un marco normativo que tutele entre otras cosas:

- El ejercicio de su igual reconocimiento como persona ante la ley y el acceso a la justicia.
- El diseño de sistemas de apoyo para la vida independiente y para el ejercicio de su capacidad jurídica.

- La accesibilidad al medio físico, a la comunicación y la información.
- El derecho a la educación inclusiva y no segregada en todos los niveles.
- No sufrir tratos crueles inhumanos y degradantes (como sucede a las personas con discapacidad que están en instituciones como psiquiátricos o cárceles).
- La participación política.
- Acceso al trabajo y los servicios de salud, entre otros.

Dentro del reconocimiento que realiza el Estado, respecto de los derechos humanos que le son inalienables a las personas que se encuentran en una situación de discapacidad, existe la flagrante violación de aquellos, por las circunstancias que le son contrarias a la dignidad humana: respeto, atención, solidaridad, empatía, protección, oportunidad, marginalidad, entre otros.

En este sentido, para marcar el gran cambio de paradigma en beneficio de las personas con discapacidad, se debe dejar atrás, la visión médico-asistencial al paradigma de derechos. El objetivo general de la investigación consistirá en analizar el marco jurídico del Sistema Internacional de Derechos Humanos, el marco constitucional mexicano de derechos humanos, considerando las normas que derivan del mismo, para establecer una perspectiva jurídica que permita ofrecer un visión distinta a la que hasta el día de hoy, se utiliza para el diseño y establecimiento de prioridades y políticas públicas por parte del Estado; fincando con ello, ésta nueva visión de encaminar y garantizar un verdadero desarrollo social y bienestar de las personas con discapacidad.

FUENTES

- CANÇADO, A. (s.f.). Derechos de Solidaridad. *Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. Serie Estudios de Derechos Humanos. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a11993.pdf>.
- CONSEJO de Derechos Humanos (2010). Informe del equipo especial de alto nivel sobre el ejercicio del derecho al desarrollo acerca de su sexto período de sesiones. Ginebra, Consejo de Derechos Humanos, (2010). <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/114/46/PDF/G1011446.pdf?OpenElement>.
- FALETTI, E. (2015). *Dimensiones sociales, políticas y culturales del desarrollo*. Siglo XXI Editores-CLACSO.

- MÁRQUEZ, H. (2012). *Visiones del desarrollo*, Editorial Miguel Ángel Porrúa.
- NACIONES Unidas, Oficina del Alto Comisionado (s.f.), *Declaración sobre el derecho al desarrollo*. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/righttodevelopment.aspx>.
- OFICINA del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2016.) *Folleto Informativo Núm. 37. Preguntas Frecuentes sobre el Derecho al Desarrollo* (Texto original en inglés) Ginebra, Naciones Unidas, 2016. http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FSheet37_RtD_EN.pdf.
- POSADAS, R. (2007). La idea de justicia en la obra de John Rawls en *Justicia Social, Desarrollo y Equidad*. UNAM-Ediciones y Gráficos Eón, S.A. de C.V.
- URIBE, C. (2004). Desarrollo social y bienestar. *Universitas Humanística*, 31(58). Pontificia Universidad Javeriana Bogotá.

LA JUSTICIA DIGITAL COMO UNA ALTERNATIVA PARA EL DERECHO HUMANO AL ACCESO A LA JUSTICIA

VICTORIA EUGENIA GUTIÉRREZ NEVÁREZ
Universidad Juárez del Estado de Durango

Tutora: Dra. Zitlally Flores Fernández

Resumen: La impartición de justicia es un ejercicio ligado a la dinámica social, estando esta última sumergida en una creciente digitalización es consecuente que la justicia se digitalice igualmente, los últimos acontecimientos y contexto mundial actual han llevado a los organismos judiciales a avanzar a pasos agigantados para formar parte de la llamada justicia digital o e-justicia como un camino viable a brindar accesibilidad a una justicia más pronta, expedita y transparente

Palabras claves: justicia, digitalización, accesibilidad.

INTRODUCCIÓN

La inclusión de tecnologías de la información y la comunicación para facilitar la ejecución o desarrollo de diversas actividades humanas ha representado una constante en las últimas décadas y la impartición de justicia no ha sido la excepción a esta constante.

El avance en el desarrollo de tecnología cada vez más sofisticada había invitado a la introducción voluntaria de diversos recursos digitales en actividades diversas, sin embargo, la crisis sanitaria marcada por la pandemia del Covid-19 ha marcado un punto y aparte fungiendo como un catalizador del proceso de digitalización.

El acceso a la justicia como derecho fundamental de toda persona dejó parado en un terreno complejo a todas las instancias de impartición de justicia del mundo, especialmente a aquellas que nunca habían tenido un acercamiento digital para el desarrollo de sus actividades.

Actualmente más que en otros momentos se habla de la llamada justicia digital o e-justicia como una realidad de la práctica de justicia a nivel mundial, buscando la introducción de herramientas y tecnología digital que mejore la prestación de servicios judiciales.

Digital según la definición del Ministerio de Justicia de la Columbia Británica hace referencia al “uso de tecnología online para mejorar el servicio al usuario. Se trata del uso de datos, conectividad y computación para mejorar la manera en que los servicios son dados al público. Ser digital no es perder el toque humano o la necesidad de la interacción cara a cara”(Ministry of Attorney General, 2019)

Experiencias como las de Canadá, es sólo un ejemplo de la apuesta por una transición a una impartición de justicia mediada por tecnología, visto este hecho como un factor que ayude a garantizar el derecho a justicia pronta, expedita y transparente.

Aun los sistemas de justicia considerados más tradicionales como el de Inglaterra, por mencionar uno del globo, apostó por la digitalización de la justicia, iniciando en 2015 con un ambicioso programa de modernización digital para mejorar la eficiencia al interior de los tribunales y cortes. (Donoghue, 2017)

Si bien es cierto que se ha subrayado la importancia que la digitalización tendría sobre los valores de legalidad, legitimidad, accesibilidad y economía del sistema judicial, también es por demás sabido que dicha transformación debe estar acompañada de apropiados planes de transición y reformas que lo respalden. (Cordella et al., 2020) Dicho respaldo y acompañamiento debe, en lo mayor posible, ser garantía de mejora la sistema judicial.

HERRAMIENTAS DIGITALES PARA EL EJERCICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La intervención digital en el que hacer judicial puede tener diversos grados de profundidad o complejidad; la “Guía de buenas prácticas en el uso de nuevas tecnologías para la impartición de justicia” clasifica la complejidad de las tareas que apoya la tecnología según las aristas de la institución, el usuario que acciona la maquinaria judicial y el público en general. Desde el punto de vista de la institución, las herramientas podrían ir desde tecnología que simplemente asiste o eficientiza las tareas de los empleados del sistema judicial, hasta sistemas de apoyo en la toma de decisiones; desde la perspectiva del usuario o actor, la digitalización pudiera significar desde herramientas de expedientes electrónicos hasta la solución de controversias en línea, y por último, para el público en general podría significar el acceso a la consulta de sentencias en línea o bien poder seguir juicios en streaming. (México Evalúa, 2020)

Posterior a la crisis provocada por la pandemia de Covid-19, los beneficios de la digitalización judicial se habían concentrado en el impacto medio ambiental, ya que el sistema de impartición de justicia, en cualquier parte del mundo, representa una inversión significativa de papel, sin embargo, este beneficio es apenas uno dentro los múltiples que han podido vislumbrarse.

Muchas son las herramientas que se pudieran mencionar respecto a la justicia digital, desde herramientas complejas apoyadas en machine learning para la toma de decisiones, hasta otras más sencillas basadas en mensajería más coloquial, como servicios de correo electrónico o mensajería telefónica para activar la maquinaria judicial, sin embargo, en el presente trabajo sólo se mencionarán tres de las que han tomado un lugar importante dentro de la impartición de justicia en México.

- Plataformas de video llamadas
- Juzgados virtuales
- Expedientes electrónicos

AUDIENCIAS REMOTAS.

Una de las tecnologías más exploradas al momento ha sido la video llamada por tratarse de una medida relativamente sencilla cuyos beneficios parecen evidentes, como la accesibilidad que brindan para la interacción entre los actores y los administradores de justicia sin perder el contacto “cara a cara” desde un puente tecnológico.

Esta medida ha abierto la posibilidad de que las audiencias se desarrollen sin importar si las partes involucradas se encuentran en el mismo espacio físico, posibilitando, por ejemplo, la comparecencia de los actores desde lugares remotos, también ha mejorado la entrega de evidencia de peritos y brinda la oportunidad de que víctimas y testigos vulnerables aporten información y evidencia fuera de ambientes traumáticos.

Uno de los primeros ejercicios con esta tecnología en Inglaterra permitió que en 2006 compareciera el acusado a la audiencia preliminar y de sentencia a través de video llamada, por lo que el acusado no tendría que salir de la cárcel o bien podría presentarse desde la estación de policías. (Donoghue, 2017)

Así la video llamada ha sido no sólo una de las más exploradas herramientas, sino una de las más “fáciles” de adoptar y adaptar para la impartición de justicia desde que se habla de la digitalización de los sistemas judiciales, y es que no sólo comprendería brindar la posibilidad de

comparecer a las personas vulnerables, tales como niños, sino que también rompe con barreras espacialidad para aquellos que, por cuestiones geográficas, les es difícil trasladarse físicamente a los juzgados, poniendo a la tecnología como medio de acceso a la impartición de justicia.

Sin embargo, la experiencia ha dejado por sentado que su uso requiere tener cubiertos factores tanto técnicos como de formalidad para garantizar el éxito y seriedad que el acto jurídico requiere, tomando en cuenta esto, el Poder Judicial del estado de Coahuila expidió un Protocolo en Audiencias Vía Remota a través del acuerdo 2020-06-03, en el cual se habla de las instancias y acciones que habrán de seguirse en las audiencias que sean desahogadas bajo esta vía. (Consejo de la Judicatura del Estado de Coahuila de Zaragoza, 2020)

Dicho acuerdo marca el actuar que deberá seguir cada una de las partes en tal supuesto, estableciendo además condiciones que le den carácter público y transparente a las audiencias, permitiendo que las personas tengan acceso a ellas a través de plataformas dedicadas a compartir videos tales como Youtube a través de enlaces privados.

TRIBUNAL VIRTUAL

Los tribunales virtuales también han sido y son herramientas exploradas en México, según el reporte elaborado por García Barrera la mayoría de las entidades federativas para 2018 reportaban contar tribunales virtuales o bien alguna alternativa virtual similar. (García Barrera, 2018)

Nombrando un ejemplo del avance de la digitalización en esta materia, en el reporte de García Barrera mencionado precedentemente, el Poder Judicial de la Ciudad de México no reporta contar con tribunal virtual o tecnología de e-justicia similar, actualmente el sitio de internet de este Poder Judicial ofrece múltiples alternativas de servicios en línea, tales como la consulta de expedientes y trámites administrativos, juicios en línea (en situaciones determinadas), mediación y facilitación en línea, así como sistema de citas por mencionar algunos servicios.

Lo anterior representaría que en un lapso de tiempo de 2018 a 2021, el avance que este órgano judicial tuvo fue significativo en materia de e-justicia ya no sólo incluyendo el expediente digital, sino otros servicios online, dejando ver que este tipo de administración de justicia con las herramientas, escenarios y plataformas digitales se están abriendo paso dentro de los órganos jurisdiccionales mexicanos.

Si bien, las fechas mencionadas son de los últimos tres años, es desde 2006 que se anunció la operación de tribunales virtuales en México teniendo como entidad pionera a Nuevo León, en un proyecto financiado por la Unión Europea y el gobierno del estado la entidad puso en marcha distintos servicios digitales tales como la presentación de escritos y la recepción de notificaciones con asistencia tecnológica. (Francisco Gómez, El Universal, 2006)

Para 2021 el sitio web del Poder Judicial de Nuevo León cuenta con distintas opciones dentro de sus servicios dando la oportunidad a los abogados litigantes de formar su propio despacho virtual, capacitarse y colaborar continuamente dentro de un entorno totalmente virtual.

Luego entonces el tribunal virtual ofrece un canal de comunicación asíncrono, pero de interacción constante entre juzgadores, defensores y cualquier usuario que eche a andar la maquinaria judicial, a diferencia de la tecnología telemática de video conferencia que se ha considerado para determinadas actuaciones síncronas del proceso, el tribunal virtual brinda un espacio para la actuación de la e-justicia disponible a toda hora y desde cualquier lugar del mundo con conexión a internet.

Ahora bien, desde 2006 a la fecha el Estado de Nuevo León ha podido robustecer su servicio digital, sin embargo, la pandemia del covid-19 dio un escenario único para terminar de afianzarse o bien, orillo a aquellos que resistían a estos escenarios, a utilizar los servicios de justicia digital.

EXPEDIENTE ELECTRÓNICO

En gran parte del mundo el expediente electrónico se ha visto como una alternativa viable para hacer una transición a la justicia digital que represente no solo una justicia más pronta y expedita, sino más amigable con el medio ambiente pues se vería reducido considerable de papel utilizado.

Un referente mundial del avance en uso de expediente electrónico es Australia, país que en 2014 implementó una estructura para hacer más eficiente los registros del estado y el uso de las agendas de caso de los jueces, dichos esfuerzos trajeron consigo la digitalización de los expedientes. Tal acción busca que los expedientes electrónicos sean vistos online tanto por el juez, los jurados y las partes durante los juicios, en dichos documentos se hace uso de hipervínculos que conectan con material de referencia, haciendo más eficiente la investigación y entendimiento del caso (Zalnieriute & Bell, 2019)

El ejemplo australiano deja entre ver una migración hacia la tecnología que va más allá de hacer que un documento se encuentre en un portal de internet, o bien que se pueda visualizar desde algún dispositivo electrónico, sino que representa la generación de un expediente interactivo que facilita la actividad jurisdiccional haciendo uso de datos e información relacionada a los asuntos en juicio para una resolución más eficiente y transparente poniéndose a disposición de todas las partes.

Por su parte en México esta herramienta también ha sido explorada por algunas entidades federativas a través de su Poder Judicial, tal es el caso de la Ciudad de México que el 10 de junio de 2019 arrancó con el programa de Expediente digital, en una nota publicada por su página web, el órgano jurisdiccional reporta la recepción diaria de mil 500 a mil 700 escritos iniciales de demanda al día, por lo que un proyecto de tal naturaleza representaría un paso significativo hacia una justicia sin papel. (Poder Judicial de la Ciudad de México, 2019)

Otra entidad federativa que ha iniciado labores usando expedientes electrónicos es el Poder Judicial de Coahuila, en conferencia transmitida el 6 de octubre de 2020 dio a conocer su estrategia de trabajo con respecto a la digitalización de sus labores en favor de la innovación, dentro de las estrategias que fueron presentadas se encontró el que llamaron “Expediente digital 2.0”, el cual, según el magistrado Presidente Miguel Mery Ayup, es llamado así pues es una mejora de una herramienta con la que ya se trabajaba, ahora mostrándose más amplia, abarcando todos los distritos y materias, más veloz y robusta. (*Presentación del Expediente Virtual 2.0*, 2020)

Del año 2020 al 2021 las entidades federativas mexicanas, en su mayoría han optado por el uso del expediente electrónico el cual en el año 2020 fueron 12 poderes judiciales que manifestaban contar con esta tecnología, actualmente, en 2021 suman 24 los estados que cuentan con dicha herramienta. (Pantin Laurence, Escamilla Sandra, 2021)

Por otro lado, en 2020 el Alto tribunal del país se pronuncia nuevamente con respecto al uso de tecnología para la impartición de justicia, en Acuerdo General número 8 de 2020 sobre la regulación del uso de su Sistema Electrónico. Este último acuerdo, referente a la promoción, trámite, consulta, resolución y notificaciones de expedientes en línea, busca acelerar el ya iniciado paso hacia la justicia digital impartida por este órgano.

A partir de este acuerdo, el sistema electrónico recibe la tramitación en línea de todos los asuntos de su competencia, lo anterior a través de la

firma electrónica de la Suprema Corte y la e-firma, medida que debido a la contingencia se adoptó para ampliar el abanico de acceso a los usuarios.

Nuevamente, así como en el caso de Nuevo León, la pandemia de covid-19, fungió como acelerador de un proceso en el cual la Corte ya había estado trabajando, sin embargo, la necesidad de una respuesta rápida para seguir atendiendo una actividad esencial, como la impartición de justicia, hizo y ha hecho que los organismos judiciales concentren sus esfuerzos en la implementación de justicia digital.

CONCLUSIÓN. EL ESCENARIO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

La inclusión de las tecnologías de la información y la comunicación en los órganos judiciales se muestra con un fenómeno sin marcha atrás, globalmente cada vez son más los esfuerzos por introducirlas en el sistema judicial o bien, robustecer la infraestructura ya existente para brindar un mejor servicio o ampliarlo.

Es evidente que esta adopción de la tecnología trae consigo la necesidad de regular su uso, si bien anteriormente se han mencionado algunos acuerdos que han tomado los órganos impartidores de justicia para el establecimiento de protocolos y rutas de actuación de la e-justicia, estos serán insuficientes en un mediano plazo.

Esta necesidad fue valorada por la cámara de senadores en marzo de 2021, con 97 votos a favor el pleno de este organismo legislativo aprobó el proyecto de decreto para reformar el artículo 17 constitucional en materia de impartición de justicia digital. (Senado de la República, 2021)

A partir de esta reforma se busca establecer una base sólida de regulación a la justicia digital, la cual es ya una realidad que ha llegado para quedarse pues se ha instado a los tribunales a optar por estas alternativas debido a la contingencia sanitaria vivida a nivel global y más allá de eso, por la accesibilidad, ecología y prontitud que podrían significar para los procesos la mediación tecnológica.

Contar con marcos legales sólidos que dicten la actuación de la e-justicia ayudará a marcar rutas claras que fortalezcan el debido proceso y brinden protección a elementos de suma importancia y sensibilidad como la protección de datos de quienes accionen y participen de los mecanismos legales de la justicia digital, pues hablar de transmisiones streaming, uso de plataformas como youtube o expedientes que se encontrarán en

la intranet de los órganos judiciales pone en evidencia la necesidad de un blindaje de ciberseguridad sólido.

El 9 de junio de 2020 el Alto tribunal mediante comunicado en redes sociales notificó que su sitio web había sido objeto de una serie de ataques cibernéticos, dicho evento confirma que el blindaje de ciberseguridad que respalde a los sitios web de los órganos judiciales y portales que alberguen los datos de los usuarios de los sistemas de justicia, es pieza clave para fomentar la confianza en la justicia digital.

Sin embargo, la ley no podrá garantizará el éxito de estas herramientas, si bien representa un factor de suma importancia para su regulación y el correcto desarrollo de las actividades judiciales que la involucren, también es evidente que factores como el presupuesto, la capacitación y políticas públicas son parte importante del proceso.

La justicia digital podrá ser eficiente en función del cumplimiento de sus requisitos de infraestructura y soporte, lo que se traduce en inversión presupuestaria para su funcionamiento. Al mismo tiempo esta infraestructura tecnológica de soporte tendrá que pensar también en el usuario que busca acceso a la justicia, pues de dejarse fuera al usuario y pensar sólo en los tribunales, juzgados, cortes y demás entes judiciales, será un grave error que sólo abonará a la desigualdad social, misma que se ha hecho especialmente latente en términos de accesibilidad tecnológica en este momento.

Ahora bien, teniendo por sentado la necesidad de un marco legal y presupuestal para la conversión de la administración de justicia a una justicia digital, se habrá de plantear un plan de políticas públicas que lleve a una implementación escalonada, gradual y ordenada de la misma, similar a la que ya han atravesado organismos del sector salud con su expediente electrónico o del sector educativo que a lo largo del tiempo ha tratado de implementar recursos tecnológicos para su operación a gran escala.

Respecto a la operación de esta tecnología también será necesaria la capacitación de los administradores de justicia, si bien los factores de éxito de un proyecto a este nivel son interdependientes entre sí, es el personal dentro de los órganos judiciales de quien dependerá en gran medida el uso y ejecución de los protocolos correspondientes, es decir, serán elemento clave para promover la confianza pública de quienes piden la intervención judicial.

En un panorama de dificultad presupuestaria, en el que el acceso libre a internet no es una realidad y existe reticencia a la adopción de herramientas tecnológicas por considerarlas inestables, inseguras o que

entorpecerían un proceso ya bien afianzado, la práctica de justicia digital pareciera destinada a fracasar, sin embargo, en atención a esto es importante rescatar lo dicho por James Allsop AO, presidente de la Corte Federal de Australia.

«Uno no necesita mirar muy lejos para ver como equivocadamente se ignoró a la tecnología. Vean al eléctrico de Western Union quien mandó al presidente de la compañía un memo reclamando que “su teléfono tenía demasiadas fallas como para ser tomado como un método de comunicación, el aparato carece de valor para nosotros”.

Como instituciones públicas primordiales las cortes deben tomar un papel líder en la implementación de la tecnología dentro de la práctica legal haciendo énfasis en la resolución de problemas, facilitando la resolución justa de las disputas en una forma rápida y económica, manteniendo el carácter humano fundamental de la corte. La aceptación de la tecnología no es sólo usar palabras de moda» (James Allsop AO, 2019)

La e-justicia ha crecido a paso acelerado por razón de la crisis sanitaria, ésta ha sido el camino más viable para el ejercicio de un derecho fundamental tal como el acceso a la justicia, sin embargo, la justicia digital era ya una realidad creciente mucho antes de la pandemia, por lo que tomarla como una solución emergente sería un error, la justicia digital ha llegado para ser el presente y el futuro de una justicia menos burocrática y más pronta, expedita, ecológica y transparente, por lo que será necesario que administradores de justicia de todos los niveles, abogadas, abogados, estudiantes de derecho y la población en general, comencemos a prepararnos para la era de la justicia digital.

BIBLIOGRAFÍA

- CONSEJO de la Judicatura del Estado de Coahuila de Zaragoza (2020). *Acuerdo emitido por el pleno del Consejo de la Judicatura del Estado de Coahuila de Zaragoza en sesión celebrada el tres de junio de dos mil veinte, mediante el cual se emite el Protocolo de actuación en audiencias vía remota para las y los operadores del sistema de justicia penal acusatorio y oral. 3 de junio de 2020. H.* <https://www.pjecz.gob.mx/acuerdos-del-consejo/2020/2020-06-03-1200-acuerdo-protocolos-en-audiencias-via-remota/>
- CORDELLA, A., Contini, F., Posadas, A. y Vásquez, D. (2020). *Digital Technologies for Better Justice: A Toolkit for Action*. Inter-American Development Bank. <https://doi.org/10.18235/0002297>

- DONOGHUE, J. (2017). The Rise of Digital Justice: Courtroom Technology, Public Participation and Access to Justice: The Rise of Digital Justice. *The Modern Law Review*, 80(6), pp. 995-1025. <https://doi.org/10.1111/1468-2230.12300>
- FRANCISCO G. (17 de marzo de 2006). Nuevo León, primer estado con tribunales virtuales. *El Universal*. <https://archivo.eluniversal.com.mx/nacion/136282.html>
- GARCIA, M. (2018). Juzgado sin papel, un paso más de la justicia electrónica. *Revista IUS*, 12(41). <https://doi.org/10.35487/rius.v12i41.2018.330>
- JAMES A. (2019). *Technology and the Future of the Courts*. Special Lecture Series on Technology and the Future of the Legal Profession, TC Beirne School of Law, University of Queensland. Recuperado el 26 de marzo de 2019 de <https://www.fedcourt.gov.au/digital-law-library/judges-speeches/chief-justice-allsop/allsop-cj-20190326>
- MÉXICO Evalúa. (2020). *Guía de Buenas prácticas en el uso de Nuevas Tecnologías para la impartición de Justicia*. <https://www.mexicoevalua.org/mexicoevalua/wp-content/uploads/2021/02/guia-buenas-practicas-okisbn.pdf>
- MINISTRY of Attorney General. (2019). *Court Digital Transformation Strategy 2019-23*. <https://www2.gov.bc.ca/assets/gov/law-crime-and-justice/about-bc-justice-system/justice-reform-initiatives/digital-transformation-strategy-bc-courts.pdf>
- PANTIN, L. y Escamilla, S. (11 de marzo de 2021). La justicia digital en México: El saldo a un año del inicio de la pandemia. *Animal Político*. <https://www.animalpolitico.com/lo-que-mexico-evalua/la-justicia-digital-en-mexico-el-saldo-a-un-ano-del-inicio-de-la-pandemia/>
- PODER Judicial de la Ciudad de México (2019). *Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México inicia programa expediente digital, que evitará falsificación o alteración de documentos*. https://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/presidente_10062019/
- PRESENTACIÓN Del Expediente Virtual 2.0 (6 de octubre de 2020). <https://vimeo.com/465392516>
- SENADO de la República (2021). *Aprobada, la Reforma Constitucional en Materia de Justicia Digital*. <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/50486-aprobada-la-reforma-constitucional-en-materia-de-justicia-digital.html>
- ZALNIERIUTE, M. y Bell, F. (2019). Technology and the Judicial Role. *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3492868>

LA PONDERACIÓN JUDICIAL Y SU IMPACTO EN LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN MÉXICO

NADIA IVETTE GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ
Universidad Autónoma de Nayarit

Tutor: Dr. Humberto Lomelí Payán

Resumen: La entrada en vigor de la reforma constitucional sobre derechos humanos de 10 de junio de 2011, introdujo un modelo sustantivo conforme al cual, la práctica jurisprudencial se desarrolla bajo parámetros interpretativos como la ponderación, lo cual implica que el razonamiento judicial se torne más complejo.

Esta herramienta argumentativa, tiene una aplicación más o menos reciente en México para la solución de conflictos entre las normas sustantivas de la Constitución, sin embargo, desde la doctrina se le han formulado diversas críticas, relacionadas con la falta de racionalidad, su particularismo, y, de manera frontal, su aparente trasgresión al contenido esencial de los derechos fundamentales que colisionan con otras normas de rango constitucional, en casos específicos.

Por ello, el presente trabajo tiene por finalidad el estudio de la ponderación judicial en México, mediante el análisis de un fallo relevante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para estar en condiciones de esgrimir algunas reflexiones con relación a su uso, reglas e impacto en el contenido esencial de los derechos fundamentales.

Palabras clave: Ponderación judicial, derechos fundamentales y contenido esencial.

INTRODUCCIÓN

El modelo normativo que priva en México desde junio de 2011, introdujo figuras que representan nuevos cánones de creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas -como lo son: la interpretación conforme,

el parámetro de control de la regularidad constitucional, el principio *pro persona*, entre otros- que tornan a la Constitución en una regulación principialista, es decir, una norma jurídica vinculante, integrada por principios y reglas.

De ahí que las Constituciones modernas, se encuentren vinculadas al papel protagónico de los jueces en cuanto aplicadores de las normas sustantivas de la Constitución, que la tornan como una verdadera norma jurídica vinculante.

Por ello, quienes aplican e interpretan las normas constitucionales para la resolución de casos concretos, lo hacen mediante técnicas diversas al clásico ejercicio de subsunción, como lo es la ponderación, una herramienta para solucionar conflictos entre principios, que a la fecha continúa siendo materia de debates y cuestionamientos en su aplicación. En razón de ello, constituye el objeto de estudio del presente trabajo.

Diversos autores, apuntan que los derechos fundamentales no sólo revisten carácter de reglas sino también de principios (Alexy, 2017, p. 234), puesto que, más allá de su contenido y estructura “siempre serán susceptibles de ponderar, y por tanto, de ceder” ante eventuales conflictos con otras normas de rango constitucional (García Amado, 2018).

Esto cobra sentido, considerando que resulta casi imposible contar con un diseño constitucional cuyas normas sustantivas contemplen todos sus supuestos y condiciones de aplicación, de modo que nunca se contrapongan entre sí, constituyendo un sistema perfectamente acabado.

Por ello, en sentido estricto los derechos fundamentales son posiciones jurídicas subjetivas que se adscriben a la ciudadanía frente al Estado, al orientar y limitar su actuación. (Bernal Pulido, 2018, p. 232).

Adquieren la categoría de reglas, en tanto constituyen normas válidas y coherentes en el plano abstracto, al conllevar un imperativo; sin embargo, carecen del supuesto de hecho o condición de aplicación- a manera de reglas incompletas- como sucede con la igualdad, libertad personal, libertad de expresión, derecho a la propiedad, entre otras.

Lo anterior, puede derivar en conflictos entre normas constitucionales cuya solución no reside en la declaración de invalidez de una de ellas -puesto ningún derecho fundamental puede ser declarado inválido- sino en su posible prevalencia frente a la otra, en función de las circunstancias jurídicas. De ahí que los derechos fundamentales adopten la categoría de reglas, o bien de principios, en función del caso concreto y las circunstancias fácticas o jurídicas. (Alexy, 2017, p. 245).

Para Guastini, son fundamentales aquellos derechos que no requieren de fundamento ni de una justificación jurídica positiva, en tanto Francisco J. Bastida, refiere que “la fundamentalidad de los derechos fundamentales”, deriva de su posición jerárquica suprema. Es decir, “...una Constitución, no lo es por contener un catálogo de derechos, sino por su más alta posición respecto del resto de normas del ordenamiento jurídico, en cuanto norma fundamentadora de todas las demás” (J. Bastida, 2010, p. 113).

En la opinión personal, advertimos que, si bien con sus diversos matices, todas las posturas tienen un punto de encuentro respecto de los derechos fundamentales, en el sentido de que dichas normas se vinculan con la jerarquía suprema de la Constitución, así como con ciertas posiciones jurídicas de las personas, oponibles al Estado y sus poderes públicos, constituyendo límites que encausan y encaminan la actividad pública estatal.

Por lo que, para efectos del presente trabajo, cuando hablamos de “derechos fundamentales”, nos referimos a los reconocidos por la Constitución en sentido estricto –los expresamente establecidos, así como a todos aquellos que integran el parámetro de control de la regularidad constitucional o “bloque de derechos” que conforman los derechos de fuente constitucional o internacional.

PRINCIPIOS Y REGLAS: APROXIMACIONES CONCEPTUALES.

Algunos teóricos de la ponderación sostienen que las reglas son mandatos taxativos, normas que ordenan algo definitivamente a fin de que se satisfagan determinadas condiciones. Si una regla tiene validez y es aplicable, es un mandato definitivo y debe hacerse exactamente lo que ella exige. Si esto se lleva a cabo, entonces la regla se tiene por cumplida; si no se hace, la regla se incumple. En consecuencia, “las reglas son normas que siempre pueden cumplirse o incumplirse” (Alexy, 2017, p. 321).

Los principios por su parte, constituyen normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas, es decir, “mandatos de optimización” que pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no solo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. (Alexy, 2017, p. 341)

Las posibilidades jurídicas se determinan en el plano de la ponderación. De ahí que, “cuando entran en juego los principios constitucionales

aparece una exigencia o deber de ponderación” (Prieto Sanchís, 2014, p. 183), esto es, de justificación racional de la decisión reflejada en la sentencia que emite el juez al resolver el caso concreto.

LAGUNAS Y ANTINOMIAS NORMATIVAS

Los conflictos subyacentes entre las normas del ordenamiento jurídico, adoptan denominaciones específicas, por ejemplo, las lagunas y antinomias. Existe una antinomia cuando se da cualquiera de los siguientes supuestos: 1) Siempre que un determinado comportamiento esté deónticamente calificado en dos modos incompatibles, por dos diversas normas pertenecientes al sistema, o; 2) Siempre que para un determinado supuesto de hecho, estén previstas dos consecuencias jurídicas incompatibles por dos normas diversas pertenecientes al sistema. (Guastini, 2014, p. 118)

Es decir, cada vez que un caso concreto, es susceptible de dos y opuestas soluciones con base en normas existentes en el sistema, estamos ante una antinomia. Esto es, una antinomia siempre será un conflicto entre normas y no entre disposiciones normativas.

Por otro lado, se está en presencia de una laguna normativa siempre que un caso concreto no pueda ser resuelto de ninguna forma con apoyo de normas preexistentes al conflicto (Guastini, 2014). A diferencia de las antinomias que en palabras llanas, implican una concurrencia de normas en la solución de casos (que existe más de una norma para solucionar el caso concreto), las lagunas se caracterizan por la inexistencia de normas, es decir, una ausencia de una o más normas que brinden solución a determinado problema jurídico.

Si bien, tales figuras jurídicas no constituyen propiamente el objeto de estudio del presente trabajo, no podemos dejar de referir que, nos encontramos frente a una laguna, cuando para resolver un caso, el juez “no puede partir directamente de una regla” y entonces debe ponderar. Esto es, cuando no existe una regla que resuelva el caso concreto, y entonces estamos en presencia de una laguna propiamente dicha (García Amado, 2018).

También es posible encontrarse con una regla “perfectamente constitucional y legítima y respaldada por un principio constitucional de los importantes, pero que no resuelve aceptablemente el caso” (García Amado, 2018). En este supuesto, estaríamos en presencia de una laguna axiológica. De modo que, en el plano de la ponderación, podemos estar en

presencia de lagunas normativas, como axiológicas, según lo estime el intérprete y aplicador de la norma.

PONDERACIÓN JUDICIAL

En esencia, la ponderación constituye una técnica para la resolución de conflictos entre principios, cuyo núcleo se refleja en una fórmula llamada: “Ley de la ponderación” o “Fórmula del peso”, que se expresa: “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro” (Alexy, 2017).

La doctrina generalizada, coloca a la fórmula de la ponderación, como una de las etapas del principio de proporcionalidad, que a su vez se compone de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto -ponderación-. La idoneidad y necesidad, constituyen el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas, es decir al contexto (Bernal Pulido, 2014, p. 572). El último estadio, es decir, el principio de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a las posibilidades jurídicas, propias del campo de la ponderación (Barack, 2017).

En la práctica jurisprudencial mexicana, la ponderación se aplica a través del *test* de proporcionalidad, es decir, como una de sus gradas -la última- para analizar intervenciones y limitaciones a los derechos fundamentales. No obstante su uso frecuente, doctrinariamente a dicha técnica argumentativa se le continúa cuestionando su supuesta falta de racionalidad, de objetividad e incidencia en el contenido esencial de los derechos fundamentales.

EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

A propósito del contenido esencial, cabe mencionar que esta noción hace referencia al objeto del derecho fundamental: aquello que garantiza. Esto es, un ámbito de plena inmunidad frente al Estado o de terceros, la disponibilidad real que el titular de un derecho fundamental tiene de él, en contraste con su indisponibilidad para el legislador. (Bernal Pulido, 2014, p. 232).

La intervención a los derechos fundamentales, se ha vislumbrado a la luz de dos teorías: absoluta y relativa. La primera concibe la existencia de un “núcleo duro” e indisponible de los derechos fundamentales, que no

puede ser restringido en ningún caso, ni siquiera, aunque hubiera buenas razones para hacerlo. (Vázquez, 2017, p. 245)

Frente a la tesis absoluta, la teoría relativa mantiene sustancialmente una equiparación entre contenido esencial y exigencia de justificación. Es decir, desde esta perspectiva, es en vano pretender identificar en principio un núcleo duro para cada derecho fundamental, puesto que dicho contenido se obtiene al final del proceso argumentativo en cada caso concreto y a la vista de los derechos o principios en pugna.

Actualmente esta noción continúa siendo materia de debate, incluso, constituye una de las críticas frontales a la ponderación, en el sentido de que, su aplicación trasgrede el contenido esencial de los derechos fundamentales en conflicto, puesto que, uno de ellos deberá ceder en favor del su contrario.

Por ello, consideramos razonable adoptar una postura neutra que conjuge ambas teorías, como una especie de “doble barrera protectora” (Prieto Sanchís, 2014) que se traduce en que toda limitación de un derecho fundamental debe estar justificada y además, respetar su contenido esencial o mínimo, de lo contrario se tornará ilegítimo, por más buenas razones que ofrezca. Es decir, incluso en el plano ponderativo, el contenido esencial viene a ser aquella parte del derecho que no se puede no debe sacrificar legítimamente o con una justificación suficiente.

PONDERACIÓN JUDICIAL Y CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA PRÁCTICA CONSTITUCIONAL MEXICANA

Como ya se ha mencionado, el presente trabajo se orienta al estudio de la ponderación judicial en México, mediante el análisis de un asunto resuelto por la Primera Sala de la SCJN que constituye un referente doctrinal y jurisprudencial, en el que se recurrió a dicha técnica para resolver conflictos entre principios -derechos fundamentales en sentido estricto-.

Lo anterior, con el objeto de esgrimir algunas reflexiones sobre el uso de la ponderación, sus reglas e incidencia en el contenido esencial de los derechos fundamentales en cuanto técnica por excelencia, para la resolución de conflictos entre principios constitucionales. Ello, a la luz de la racionalidad empleada en los argumentos que sustentan la decisión en dicha ejecutoria.

Se precisa que, no se pretende realizar una crítica sustantiva a la ponderación, sino adentrarnos al estudio de su utilización, y el impacto de su aplicación en el contenido esencial de los derechos fundamentales. Es decir, si funge como un elemento de optimización de dichas normas, o por lo contrario, las restringe al grado de vulnerar su contenido esencial.

Cabe destacar, que el estudio se centra en la última grada de *test* de proporcionalidad –ponderación o proporcionalidad en sentido estricto–, en razón de las amplias críticas y cuestionamientos que desde la doctrina se han formulado a dicha técnica, dada su naturaleza y subjetividad.

Análisis de la sentencia que resuelve el Amparo en Revisión 237/2014: sobre el uso lúdico de la marihuana

SITUACIÓN DE HECHO

El 31 de marzo de 2012, los quejosos dentro de este asunto, por propio derecho y en representación de una persona moral, acudieron ante la Comisión Federal para la Protección Contra Riesgos Sanitarios (en adelante COFEPRIS), a fin de solicitar una autorización para el consumo personal y regular con fines lúdicos y recreativos, del estupefaciente denominado: *cannabis sativa* y del psicotrópico *THC* conocidos coloquialmente como “marihuana”, además del autoconsumo, y de todos los actos que conlleven el consumo lúdico y personal de dicho estupefaciente, con exclusión de los de naturaleza comercial.

Al respecto, dicha autoridad administrativa, les informó sobre la negativa de la autorización, con fundamento en los artículos 235, 237, 245, 247 y 249 de la Ley General de Salud.

Ante dicha negativa, los quejosos promovieron un juicio de amparo indirecto, alegando la inconstitucionalidad de los numerales referidos con anterioridad, en cuya demanda, entre otros aspectos argumentaron la violación a sus derechos fundamentales de: identidad personal, propia imagen, libre desarrollo de la personalidad, autodeterminación y libertad individual, todos en relación con el principio de dignidad humana, así como del derecho a la disposición de la salud.

El Juzgado de Distrito a quien tocó conocer de la demanda, determinó que los preceptos legislativos impugnados eran proporcionales al proteger el derecho a la salud y el interés público; por lo cual, los quejosos presentaron un recurso de revisión, del cual conoció el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, quien lo admitió a trámite, y con posterioridad se estimó incompetente para conocer

del mismo, por tratarse de un problema de constitucionalidad respecto de los artículos impugnados. Por lo que, al actualizarse la competencia de la Suprema Corte, el Colegiado remitió el asunto a dicho Tribunal.

El 9 de abril de 2014, se recibió el asunto ante la SCJN, asignándosele el número de expediente 237/2014, siendo turnado a la ponencia del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea para su estudio.

ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD E INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS APLICABLES: EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.

Uno de los elementos primordiales que la Primera Sala consideró para el estudio de fondo, fue la incidencia de la medida legislativa impugnada en el contenido *prima facie* del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.

En este sentido, dicho Tribunal estableció que el análisis de constitucionalidad de una medida legislativa debe hacerse en dos etapas. En la primera de ellas, “...debe determinarse si la norma impugnada incide en el alcance o contenido *prima facie* del derecho en cuestión.” Es decir, primeramente vía interpretación se fija el contenido *prima facie* del derecho en cuestión. Si mediante la interpretación realizada se determina que la norma trastoca el contenido *prima facie* del derecho fundamental, debe dar paso a la segunda etapa, en la cual se efectúa el análisis de proporcionalidad de la medida legislativa impugnada.

Es así que, la Primera Sala emprendió dicho análisis a la luz del derecho al libre desarrollo de la personalidad, cuyo contenido se relaciona con una protección a la autonomía de las personas, al garantizar el goce de ciertos bienes que son indispensables para la elección y materialización de los planes de vida que los individuos se proponen.

Argumentó que este derecho “...brinda protección a un área residual de libertad, que no se encuentra protegida por las otras libertades...” A su vez, citando “la doctrina especializada”, la Sala apuntó que implica “un rechazo radical de la siempre presente tentación del paternalismo del Estado, que cree saber mejor que las personas lo que les conviene a éstas y lo que deben hacer con sus vidas”.

Precisó que para el análisis de constitucionalidad en sentido amplio, la medida objeto de enjuiciamiento sería el “sistema de prohibiciones administrativas”, por lo que aplicó el test de proporcionalidad, la luz de las cuatro gradas (fin legítimo, idoneidad, necesidad y ponderación o pro-

porcionalidad en sentido estricto) del modelo de Alexy, respecto de las cuales, nos abocaremos a la última, referente a la ponderación, donde se sopesan las razones que subyacen a los principios en tensión.

ARGUMENTOS QUE JUSTIFICAN LA INTERPRETACIÓN

a) Ponderación/ Proporcionalidad en sentido estricto

Para la Primera Sala, esta grada consiste en “realizar un balance o ponderación entre dos principios que compiten en un caso concreto”. Es decir, “comparar el grado de intervención en el derecho fundamental que supone la medida legislativa examinada, frente al grado de realización del fin perseguido por ésta”.

Argumentó que se requiere “una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de una limitación, desde la perspectiva de los fines que se persiguen con los costos que necesariamente se producirán desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados”.

En este sentido, ponderó la intensa afectación al libre desarrollo de la personalidad, en relación con el “grado mínimo” en que se satisface la protección de la salud y el interés público al prohibir el consumo lúdico de marihuana.

Señaló que en el examen de necesidad desarrollado en una grada anterior, se determinó que la medida legislativa -sistema de prohibiciones administrativas- resultaba innecesaria, puesto que los fines perseguidos: derecho a la salud y el orden público, se protegían en un grado mínimo, en relación con la intensa afectación que ocasionaba al libre desarrollo de la personalidad, al impedir a los quejosos decidir qué actividades recreativas o lúdicas desean realizar.

Concluyó que, el “sistema de prohibiciones administrativas” contenido en la Ley General de Salud, constituye una medida muy intensa, pues conlleva una prohibición absoluta del consumo de marihuana y de todas las actividades relacionadas con el autoconsumo, anulando toda posibilidad de ejercer dicho derecho.

b) Reglas/ parámetros para la ponderación

Consideramos que una de las razones de peso que motivó que la Sala corriera el test de proporcionalidad, fue el hecho de que los quejosos plantearon sus agravios en clave de ponderación, al alegar la desproporcionalidad de la medida.

Así, la principal razón por la que la Sala llevó a efecto la ponderación entre normas, derivó de que la medida impugnada no superó las gradas anteriores a la ponderación, dentro del *test* de proporcionalidad.

Por donde se le vea, resulta polémico el que la Sala haya ponderado un derecho fundamental –el derecho a la salud y el principio de orden público– frente a otro principio –derecho fundamental en sentido estricto– que no se encuentra expresamente consagrado en la constitución, como lo es el libre desarrollo de la personalidad–.

Sin embargo, también debe voltear a verse el valor de justicia sustantiva que con frecuencia conllevan las sentencias, más allá de los formalismos procedimentales.

c) *Contenido esencial*

En la ejecutoria, la Sala determinó el contenido *prima facie* del libre desarrollo de la personalidad, para posteriormente, analizar si la medida legislativa impugnada lo afectaba verdaderamente.

Sin embargo, se precisa que los quejosos alegaron la desproporcionalidad del sistema de prohibiciones administrativas, por trasgredir además del libre desarrollo de la personalidad, sus derechos de propia imagen, identidad, privacidad y dignidad humana.

Causa polémica que la Sala haya decidido correr el *test* de proporcionalidad a la luz del contenido *prima facie* del libre desarrollo de la personalidad, y no de manera autónoma, es decir, determinando por separado el contenido de cada uno de los derechos fundamentales que los quejosos estimaron vulnerados, para posteriormente emprender el *test* con base en tales contenidos. (García Amado, 2017)

Sobre el contenido del libre desarrollo de la personalidad, argumentó que otorga protección a un “área residual de libertad” que no se configura dentro de las otras libertades públicas. Es decir, “espacios vitales” que son más susceptibles de ser afectados por el orden público.

Señaló que su fundamento reside en el derecho a la dignidad previsto en el numeral 1° de la Constitución, y “se encuentra implícito en los tratados internacionales suscritos por nuestro país”.

Arguyendo a los casos *Elfes* y *Eppler* resueltos por el Tribunal Constitucional Alemán, así como a la “doctrina especializada” de teóricos de la ponderación, apuntó que este derecho tiene una “dimensión externa” consistente en una libertad de acción, y, una interna relacionada con una esfera de privacidad de las personas.

Que además, los contornos de este derecho, “deben irse precisando jurídicamente” al reconocer, en casos concretos, que cierto tipo de conductas o decisiones se encuentran protegidas por el derecho. Al respecto, expuso algunos precedentes que dan cuenta de la “línea jurisprudencial” desarrollada por la SCJN con relación al libre desarrollo de la personalidad, al resolver temas sobre reasignación sexual, divorcio sin expresión de causa, entre otros.

Como se advierte, múltiples conductas se encuentran vinculadas a derechos diversos, cuyo ejercicio, en mayor o menor medida representa un desarrollo de la personalidad, de la autonomía individual. Consecuentemente, si el derecho al libre desarrollo de la personalidad cuenta con un contenido tan amplio, entonces cabe preguntarse qué sentido tiene el reconocimiento de otros derechos, como: la propia imagen, identidad o privacidad; si, a fin de cuentas, el contenido esencial de cada uno de ellos, configurará el libre desarrollo de la personalidad en sede judicial.

d) Uso de la ponderación.

Con relación a la estructura argumentativa, se advierte una aplicación estricta del test de proporcionalidad y de la fórmula del peso de Alexy. Concretamente, en la grada de ponderación la Sala contrastó la eficacia con que la medida impugnada satisface los fines legítimos, con el nivel de afectación al contenido *prima facie* del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Al respecto, expuso que, si bien en el análisis de idoneidad se determinó que el sistema de prohibiciones administrativas sí contribuía a la satisfacción de ciertos fines – protección de la salud y preservación el orden público–; lo hacía en un grado mínimo. Por lo que, al ser innecesaria la medida impugnada, el análisis pudo haber concluido en esta grada, sin embargo, la Sala agotó el *test* de proporcionalidad para robustecer argumentativamente la decisión.

Que en cambio, la prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana, afectaba de manera intensa el libre desarrollo de la personalidad, al suponer una interferencia en la autonomía personal, suprimiendo por completo las conductas relacionadas con el autoconsumo.

Luego de la exposición del análisis científico sobre las afectaciones a la salud ocasionadas por la marihuana, y la probable dependencia al consumo de drogas más duras, la Sala realizó un balance o ponderación entre los principios colisionantes.

En su perspectiva, la intervención a este derecho sólo estaría justificada si las afectaciones a la salud y el orden público ocasionados por el consumo de marihuana, fueran muy graves o en mayor intensidad. Pero, si el referido “sistema de prohibiciones administrativas” sólo evita daños menores, “resulta desproporcionado que el legislador recurra a una prohibición absoluta que afecta severamente el libre desarrollo de la personalidad”, puesto que dicha medida sólo protege en grado mínimo la salud y el orden público.

Concluyó el análisis, argumentando sobre la importancia de que el legislador considere otras medidas alternas menos lesivas a dicho derecho, tal como la que la propia Sala propuso en el examen de necesidad. Además, determinó que la medida objeto de enjuiciamiento para proteger la salud y el interés público, resultaba innecesaria y desproporcionada, al otorgarles una protección mínima, frente a la intensa afectación al libre desarrollo de la personalidad.

Al respecto, vemos cómo se procura un equilibrio entre el binomio costo-beneficio; es decir, entre el contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad y el del derecho a la salud y orden público. Ya que, si bien prevaleció el libre desarrollo de la personalidad, la afectación/intervención al contenido esencial de éstos últimos es leve, puesto que la medida legislativa impugnada era innecesaria, al tutelarlos en un grado mínimo. Es decir, con la solución de fondo no se trasgrede el contenido esencial de los derechos en colisión, y, por el contrario, se desarrolla la línea argumentativa en torno al libre desarrollo de la personalidad.

REFLEXIONES FINALES SOBRE LA PONDERACIÓN Y LA DECISIÓN ADOPTADA

De inicio, consideramos que el esquema ponderativo empleado por la Primera Sala, conlleva un elemento lógico y racional, al contener una exigencia de argumentación sobre las razones que justifican la prevalencia de uno de los principios en colisión, atendiendo al nivel de satisfacción de los fines que se persiguen y la afectación al derecho fundamental que se estima trasgredido.

También, se advierte un método formalmente más estructurado que -en comparación con anteriores casos de la SCJN donde se recurre a la ponderación- permite representar con mayor claridad los elementos que convergen en el plano de la ponderación, a la par que incrementa las

cargas de argumentación que exige cada una de las gradas del *test*, concretamente, la fase de ponderación.

Ello, pese a que no desarrolla en términos estrictamente matemáticos, la fórmula del peso de Alexy, sino en función de las razones subyacentes a los principios en colisión. (Sánchez Gil, 2015)

A su vez, dicha estructura permitió argumentar de forma más clara y explícita, las razones de porqué, en el caso específico, el libre desarrollo de la personalidad debía prevalecer frente a la protección de la salud y el orden público.

En este sentido, consideramos que no debería conflictuar el hecho de que la Sala desarrolle principios constitucionales implícitos, siempre y cuando éstos mantengan congruencia con los fines y valores establecidos expresamente en la Constitución (Atienza, 2016). En el caso concreto, el libre desarrollo de la personalidad es congruente con el orden constitucional, en función de la multiplicidad de conductas tuteladas que se le atribuyen.

Por otro lado, el asunto en comento constituye una muestra de que la ponderación no es una técnica excluyente; pues incluso, se apoya de otros cánones interpretativos para realizar el examen en cada una de las gradas del test de proporcionalidad. Por ejemplo, en la primera fase del examen de constitucionalidad, para determinar el contenido *prima facie* del libre desarrollo de la personalidad, realiza una interpretación sistemática y finalista, a la vez que recurre al principio *pro persona* para configurar los alcances de este derecho en relación con otros principios constitucionales, y derechos humanos de fuente internacional.

Además, el fallo pone en evidencia que la ponderación no está peleada con la subsunción, por lo contrario, se aprecia cómo “se inicia ponderando y se termina subsumiendo” (Atienza, 2016). Esto es, el resultado de la ponderación es una tesis que establece la preferencia de una de las normas en conflicto, por ciertos motivos y bajo determinadas circunstancias, la cual, constituye una regla en la que se subsume el caso concreto para la solución del conflicto, tal como quedó expuesto en el primer apartado de la investigación. (Atienza, 2016)

Por otro lado, podría pensarse que este asunto se resolvió conforme a las consideraciones morales de la Sala; sin embargo, debe tomarse en cuenta que todo caso “difícil” cuya solución no está dada por la norma, necesariamente conlleva un “elemento de moralidad”. En este sentido, quienes juzgan deben asegurar que se trate de “opiniones morales funda-

das” en principios y valores del orden jurídico, y no, en consideraciones basadas en el criterio personal (Atienza, 2016).

Cierto es que, quienes imparten justicia constitucional tienen un amplio grado de discrecionalidad tratándose de lagunas axiológicas, sin embargo, también lo es que, frente a los denominados “casos difíciles”, se debe deliberar en definitiva cuando no está clara la decisión, investigar cuáles son las razones y elementos que pesan a favor de uno u otro principio, y, con motivo de ese juicio reflexivo, optar por aquel a favor del cual están las mejores razones (Atienza, 2016). Por ello, la ponderación se torna como un elemento necesario en un sistema jurídico donde operan reglas y principios.

Con frecuencia, ocurre que no se puede argumentar ni solucionar un caso mediante la subsunción, y, cuando en el nivel de las reglas no hay una solución satisfactoria, entonces se tiene que ponderar para crear dicha regla que resuelva el caso específico. De modo que, el debate sobre la ponderación ya no debe versar sobre su aplicabilidad, sino con relación a “cuándo” y “cómo” ponderar.

En la práctica jurisprudencial mexicana, podemos advertir que no ha sido sencillo para la SCJN aplicar dicha herramienta interpretativa. No obstante, se ha vuelto fundamental para difundir las razones y justificar la decisión en aquellos casos difíciles en los que está de por medio definir los valores y principios relevantes para un Estado democrático y constitucional de derecho, concretamente, la aplicación de los derechos fundamentales.

Por ello, creemos que la ponderación puede ser una herramienta consolidada para transparentar las decisiones judiciales, determinar y preservar el contenido de los derechos que entran en conflicto, así como para desarrollar pautas específicas en la resolución de casos similares en el futuro.

LISTA DE REFERENCIAS

- ALEXY, R. (2010). *Derechos sociales y ponderación*, Editorial Fontamara.
- ALEXY, R. (2017). *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALEXY, R. (2019). *La construcción de los derechos fundamentales en Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Editorial Palestra.
- ATIENZA, M. (2016). *Interpretación constitucional*. Universidad Libre.

- ATIENZA, M. y García, J. (2018). *Un debate sobre la ponderación*. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.
- BARACK, A. (2017). *Proporcionalidad, los derechos fundamentales y sus restricciones* (Trad. G. Rosas). Palestra.
- BERNAL, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia.
- BERNAL, C. (2015). La racionalidad de la ponderación en J. Fabra y L. García (Coords.), *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones fundamentales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.
- CARBONELL, M. (2008). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- COURTIS, C. (coord.) (s.f.). *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Editorial Trotta.
- GARCÍA, J. (2019). *Ponderación judicial, estudios críticos*, Grupo editorial Zela.
- GUASTINI, R. (2014). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México.
- GUASTINI, R. (2018). *Interpretar y Argumentar*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- PRIETO, L. (2014). El Juicio de ponderación en *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*. Editorial Trotta.
- SÁNCHEZ, R. (julio-diciembre 2015). Nuevos apuntes sobre el principio de proporcionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1(1). Suprema Corte de Justicia de la Nación,.
- SILVA, F. (2012). *Deber de ponderación y principio de proporcionalidad, en la práctica judicial*. Porrúa.
- TRON, J. (2015). *Argumentación en el amparo. Esquema formal de los conceptos de violación y las sentencias de amparo*. Porrúa.

Referencias electrónicas

- ATIENZA, M. (2010). A vueltas con la ponderación. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Revista de Filosofía Jurídica y Política*, 44, pp. 43-59. Editorial Universidad de Granada. <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/498/588>
- HABERLE, P. (enero-marzo, 2003). La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley (Trad. de J. Brage). "Recensio-

nes” *Revista de Estudios Políticos*, (127), pp. 337-368. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1971997>

Legislación mexicana

CONSTITUCIÓN Política de los Estado Unidos Mexicanos. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>

LEY General de Salud. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_190221.pdf

Jurisprudencia

AMPARO en revisión 237/2014. http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/1882/CEI-1_Doc7.pdf?sequence=10&isAllowed=

PARTE II

TEMAS DE DERECHO PENAL Y DERECHO PENITENCIARIO

ALTERNATIVAS A LA LÓGICA PUNITIVA. CAMBIOS ESTRUCTURALES EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS PENITENCIARIAS EN EL MARCO DEL POSACUERDO EN COLOMBIA

WILLIAM ANDRÉS MESA CÁRDENAS
Universidad de Salamanca

Tutor: Nieves Sanz Mulas

Resumen: *Introducción.* Existe una relación preponderante en las políticas públicas penitenciarias colombianas, entre la expansión excesiva del derecho penal, el aumento constante de las penas, el modelo penal retributivo, la ausencia y precariedad de alternativas de solución a los conflictos, que impiden a su vez, el manejo particular de temas como el tratamiento penitenciario de integración social. *Objetivo.* Explorar la justicia restaurativa o de reparación como posibles cambios estructurales en las políticas públicas en el contexto del posacuerdo en Colombia. *Metodología.* asumir desde el diseño metodológico elementos de la acción y la teoría política, la revisión de varios marcos analíticos, el rigor metodológico a partir del examen de factores explicativos, institucionales, cognitivos e incluso retóricos (Roth, 2007), así como desplazamientos de puntos de vista tanto de los problemas como de sus soluciones, permitiendo la construcción de un pluralismo metodológico. *Conclusiones.* Las políticas públicas penitenciarias en Colombia, se concibe como sistemas y centros de exterminio, constituyendo una forma de prisión cruel, inhumana y degradante, así como una institución de reproducción de las violencias. La cárcel se consolida como un agujero negro, un campo gravitacional de pobreza, exclusión, insalubridad, marginalidad y violencia, por ende, es necesario reafirmar el llamado por su desmantelamiento a través de la justicia restaurativa, pasando también por un proceso obligatorio de transformación institucional con proyectos sostenibles en el tiempo, con acciones integrales, políticas sociales y económicas, que reduzcan y eliminen la inequidad y la desigualdad.

Palabras clave: Políticas penitenciarias, lógica punitiva, justicia restaurativa

INTRODUCCIÓN

Las políticas públicas se enmarcan en un proceso de investigación interdisciplinario, lo cual implica que desde el aspecto conceptual, teórico y práctico, exista una pluralidad de definiciones, interpretaciones y metodologías de abordaje. En efecto los aspectos claves de su delimitación conceptual pueden estar enfocados y referenciados en un proceso constante de enriquecimiento.

En virtud de lo anterior, las políticas públicas asumen definiciones como: procesos de creación e implementación de acción pública y administrativa, con cierta teleología política (Muller, 2000); como decisiones estructurales a nivel político que permiten solventar problemas en los diferentes grupos sociales (Olavarría, 2007); como iniciativas de carácter gubernamental que desde la acción política modifican situaciones problema (Vargas, 1999); como un conjunto de objetivos colectivos, medios y acciones que a través de estructuras instituidas, modifican condiciones no deseables (Roth, 2002); como un resultado de la articulación Estado y sociedad, a través de un proceso de mediación de situaciones problema (Velásquez, 2009); y como un grupo de decisiones integrales para la minimización de conflictos y tensiones sociales desde los institucionalismos (Eslava, 2010).

Ciertamente la pluralidad conceptual, el marco interdisciplinario y la complejidad de su abordaje, deriva de la preponderancia de los estudios en los que se le incluye, por ejemplo, el estudio de la teoría del Estado, de la institucionalidad y administración, de la concepción de la macropolítica y la micropolítica-, así como aspectos de lo público, la deliberación, los conflictos y las tensiones sociales.

Ahora bien, en el contexto colombiano, a partir de los diálogos de paz iniciados en el 2010 entre el Gobierno de Juan Manuel Santos y la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, Ejército del Pueblo (FARC-EP), concluidos en el 2016 a través del *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*, se ha producido un marco de posibilidades y aperturas importantes para la generación de cambios y transformaciones integrales, que en la perspectiva política, incluye la reevaluación de los fundamentos de la

intervención estatal, de la participación colectiva y de las políticas públicas en general (Cortés, 2016).

El denominado posacuerdo- ha permitido la modificación de paradigmas importantes sobre las políticas públicas desde varios enfoques: políticas públicas de reconciliación y paz (Murillo, 2012), políticas públicas desde los territorios (Gómez, 2016), políticas públicas de acción sin daño (Martínez, 2011), políticas públicas sobre participación política, democratización e inclusión (PNUD, 2011), políticas públicas para víctimas y restitución de tierras (Unidad de Víctimas, 2016), políticas públicas sobre seguridad y nuevas amenazas (Ardila & Torrijos, 2017), políticas públicas y derechos humanos (Cortés, 2016), entre otros. Estos estudios hacen parte de una producción nueva e innovadora, que contextualizada con la implementación de los Acuerdos de paz, asumen el reto y los desafíos de crear y producir nuevas miradas y perspectivas en el orden de la teoría, la práctica y los cambios socio-políticos y económicos.

En esencia, parte integral de la presente investigación la motiva propender por modificar y movilizar nuevas posibilidades y potencialidades desde el estudio de las políticas públicas, enfocadas de forma particular al sistema penitenciario, lo que implica revisar elementos estructurales de dichas políticas. En virtud de lo anterior, el estudio tiene por objetivo explorar la justicia restaurativa o de reparación como cambios estructurales en las políticas públicas en el contexto del posconflicto en Colombia, a través de 4 momentos específicos definidos en: un primer momento diagnosticar la situación actual del sistema penitenciario en Colombia a través de estructuras históricas, políticas-jurídicas, económicas, culturales; un segundo momento analizar el posacuerdo como espacio de apertura y posibilidad en la configuración de políticas públicas colombianas; un tercer momento evaluar la posible operatividad de la justicia restaurativa o de reparación en el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto (2016), y finalmente establecer los posibles cambios y transformaciones estructurales de la lógica punitiva en las políticas públicas penitenciarias en Colombia.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

En primer lugar parte de los problemas vinculados a la estructuración de las políticas públicas en Colombia tiene que ver con las relaciones de coherencia y cohesión entre teoría y práctica, es decir, los análisis, diagnósticos e incluso los procesos de planificación gubernamental que

se generan con información, datos y teorías descontextualizadas (Gómez, 2016). Esta condición se debe al carácter centralizador en que los diferentes gobiernos construyen, fundamentalmente los Planes de Desarrollo Nacional -PDN y los programas articulados al mismo-. Esta problemática deviene a su vez, de la medida en que los sectores políticos entienden y fomentan la política desde un aspecto macro o molar-, conectado con los partidos políticos como correas de transmisión de la sociedad civil a cargo de sectores de élite tanto a nivel político como económico (Arroyave, 2011).

Esta visión de la política de *arriba-abajo*, conduce inexorablemente a invisibilizar las comunidades impidiendo una perspectiva integral, holística y compleja de las necesidades y problemáticas, lo que incluye limitar formas de participación activa de la sociedad civil (Lahera, 2004; Arroyave, 2011). Lo anterior asume dos situaciones conexas, por un lado, aumenta la desarticulación entre la administración pública y la sociedad civil, y por el otro plantea una relación directa entre el desarrollo de políticas públicas como reflejo de los intereses particulares, privados y partidistas (Sánchez, 2013; Torres & Santander, 2013; Álvarez, 2016; Librado, 2016; Gómez, 2016).

Cabe resaltar que la visión elitista de las políticas públicas en Colombia, así como la desarticulación con la sociedad civil fomentan un paradigma político en el cual, las políticas están inmersas en los procesos de mercantilización, de gestión privada de grupos y sectores específicos, así como atraso técnico y tecnológico, configurando en el mejor de los casos, políticas públicas asistencialistas (Mejía, 2012; Otalvaro, 2013).

Estas problemáticas en el orden general de las políticas públicas, son en efecto, reproducidas en la materia penitenciaria, caracterizadas a su vez, por un proceso histórico de inestabilidad político-estatal, debido a cambios constantes en su estructura, principalmente en el orden legal (Sáenz, 2015).

Las políticas públicas penitenciarias son fundamentalmente represivas, las cuales asumen la cárcel y la privación de la libertad como puntos neurálgicos de su formulación y ejecución. Son políticas que argumentan y se sustentan en la creación de nuevas medidas de aseguramiento debido a la influencia significativa del populismo punitivo-, el paradigma punitivo, la protección del bien jurídico (Castañeda, Suescún & Abufhele, 2017), alejadas de los principios constitucionales del estado social de derecho (Mayorga, 2015), en tanto el sistema penitenciario no funciona como instrumento preventivo ni restaurativo del delito, sino que por el contra-

rio, parece crear más obstáculos de carácter penal y procesal (Manrique, 2013).

Existe por lo tanto, una relación preponderante en las políticas públicas penitenciarias colombianas, entre la expansión excesiva del derecho penal, el aumento constante de las penas, el modelo penal retributivo, la ausencia y precariedad de alternativas de solución a los conflictos, que impiden a su vez, el manejo particular de temas como el tratamiento penitenciario de integración social. A lo anterior se le suma la “hiperinflación normativa” que caracteriza la desarticulación básica desde la teleología y función propia de la pena hasta la misma resocialización (Documento Conpes 3828 de 2015). En estos términos, las prisiones en Colombia se han convertido como el único instrumento “eficaz” para que el aparato judicial imparta justicia, impidiendo la generación de programas de reinserción o formas de tratamiento penitenciario articulados a la normativa y los estándares internacionales (Documento Conpes 3871 de 2016).

Vinculado a la desarticulación de la pena con los procesos de resocialización, las políticas públicas penitenciarias devienen solo desde aspectos del castigo, este entendido en función del dolor y por ende, prima sobre la prevención o mitigación del delito (Ladino, 2013). La ausencia de una política integral que asuma prácticas pedagógicas, procesos de resocialización, reinserción y prevención del delito, se conecta con una de las problemáticas históricas del sistema penitenciario colombiano incluso desde su formación como República; el hacinamiento (Carreño, 2018).-

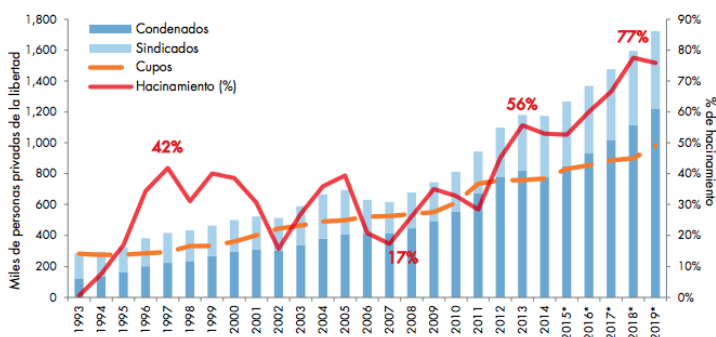
Esta problemática se caracteriza por una tendencia expansionista de presos, lo cual ha incidido necesariamente en que las políticas públicas penitenciarias asuman la tarea única de atender la labor de la descongestión carcelaria, cuya solución ha sido la construcción de nuevas penitenciarias y la creación de cupos carcelarios. Lo anterior se refleja en la producción de políticas públicas carcelarias desde el año 2000 hasta la actualidad, a través de los denominados Conpes-, que en materia penitenciaria establecieron las condiciones concretas de mayor infraestructura, identificación de planes y elementos presupuestales para solventar el hacinamiento en función de creación de más oferta y cupos carcelarios:

- Conpes 3086 de 2000: Ampliación de la infraestructura penitenciaria y carcelaria
- Conpes 3277 de 2004: Estrategia para la expansión de la oferta nacional de cupos penitenciarios y carcelarios

- Conpes 3412 de 2006: Estrategia para la expansión de la oferta nacional de cupos penitenciarios y carcelarios - seguimiento del Conpes 3277 de 2004.
- Conpes 3575 de 2009 Seguimiento y ajuste a la estrategia para la expansión de la oferta nacional de cupos penitenciarios y carcelarios.
- Conpes 3871 de 2016. importancia estratégica del proyecto construcción y ampliación de infraestructura para generación de cupos en los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional

En los análisis estadísticos (Imagen 1) efectuados por las principales autoridades nacionales en materia penitenciaria (Conpes 3871 de 2016), se evidencia que la problemática del hacinamiento no solo es estructural, sino que su abordaje y solución es imposible determinarse solo desde el aspecto de producción infraestructural.

Imagen 1. Relación de hacinamiento con proyección al 2019.



Tomado de Conpes 3871 de 2016, p. 21.

El hacinamiento conlleva a otras situaciones tales como la insalubridad carcelaria, la propagación de enfermedades, la corrupción institucional, la imposición de grupos de poder dentro de las prisiones, la falta de escenarios para la educación o la cultura. En definitiva, el hacinamiento reproduce condiciones denigrantes que crean en el preso deseos de resentimiento, violencia, venganza y maltrato (Ladino, 2013; Cuesta, 2015)-.

Lo anterior implica develar el carácter hegemónico que ha tenido la política pública penitenciaria en lo tocante a la construcción continua de infraestructura carcelaria, impidiendo análisis sobre aspectos centrales, así como debates en torno a la complementariedad de las políticas peniten- ciarias con la política criminal de Estado (Arenas & Cerezo, 2016)-.

Esta relación particular entre la producción de políticas públicas represivas, inestables, y que asumen su función solo desde el aspecto punitivo, hacen parte inherente de las problemáticas propias de la construcción de políticas públicas en el país, sin perder de vista otros problemas vinculados a los posibles marcos legales para la privatización de la gestión carcelaria, la imposibilidad para agenciar procesos de participación de los detenidos, la profundización de políticas autoritarias y elitistas situadas en el orden del discurso penal y con precario desenvolvimiento en los Planes de Desarrollo Nacional, e imposibilidad de constituir formas de impacto positivo dentro del sistema penitenciario.

En ese orden, la pregunta problema que intentará abordar la presente investigación se relaciona a:

¿Cómo la concepción de justicia alternativa (restaurativa o de reparación), introducida en el Acuerdo de Paz en Colombia, puede generar posibles transformaciones o cambios en las políticas públicas penitenciarias?

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

- Explorar la justicia restaurativa o de reparación como posibles cambios estructurales en las políticas públicas en el contexto del posacuerdo en Colombia

OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- Diagnosticar la situación actual del sistema penitenciario en Colombia a través de estructuras históricas, políticas-jurídicas, económicas, culturales.
- Analizar el posacuerdo como espacio de apertura en la configuración de nuevas políticas públicas colombianas
- Evaluar la operatividad de la justicia restaurativa o de reparación en el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (2016).
- Establecer los posibles cambios y transformaciones estructurales de la lógica punitiva en las políticas públicas penitenciarias en Colombia a partir de la incidencia de la justicia restaurativa o de reparación, producto del Acuerdo Final.

DISEÑO METODOLÓGICO

La presente investigación se desarrollará teniendo en cuenta el método exploratorio, el cual se caracteriza por su uso en procesos o fenómenos de investigación poco desarrollados o con mínima producción textual o desarrollo temático. Por ende la investigación exploratoria permite poner en contacto y familiarizar el tema de investigación, generar aproximaciones particulares y aumentar los grados de conocimiento de los estudios (Grajales, 2000).

El objetivo de una investigación exploratoria es, como su nombre lo indica, examinar o explorar un tema o problema de investigación poco estudiado o que no ha sido abordado nunca antes. Por lo tanto, sirve para familiarizarse con fenómenos relativamente desconocidos, poco estudiados o novedosos, permitiendo identificar conceptos o variables promisorias, e incluso identificar relaciones potenciales entre ellas (Cazau, 2006, p. 26).

En efecto, la temática carcelaria y penitenciaria es un fenómeno precariamente analizado y sobre todo un espacio sobre el cual la posibilidad de estudios novedosos y propositivos, son mínimos. En este sentido la exploración de la justicia restaurativa o de reparación como posibles cambios estructurales en las políticas públicas en el contexto del posacuerdo en Colombia, implica en principio generar procesos de transformación para su abordaje, incluso desde la perspectiva epistemológica e interdisciplinaria.

En virtud de lo anterior la investigación intentará modificar la perspectiva metodológica hegemónica en el análisis de las políticas públicas en general y de las políticas públicas penitenciarias en particular, donde ha predominado los estudios positivistas y neopositivistas, caracterizados por la legitimación basada en análisis estadísticos, objetividad, racionalización tecnocrática, experticia burocrática, entre otras (Roth, 2007).

Esto implica asumir desde el diseño metodológico elementos de la acción y la teoría política, la revisión de varios marcos analíticos, el rigor metodológico a partir del examen de factores explicativos, institucionales, cognitivos e incluso retóricos (Roth, 2007), así como desplazamientos de puntos de vista tanto de los problemas como de sus soluciones, permitiendo la construcción de un pluralismo metodológico (Feyerabend, 1989).

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, K. (2016). *Desarrollo local como herramienta de postconflicto en Colombia*. Universidad de Alicante.
- ARDILA y Torrijos (Eds.) (2017). *Políticas públicas de seguridad y Defensa: Herramientas en el marco del posconflicto en Colombia*. Escuela Superior de Guerra.
- ARENAS y Cerezo. (2016). Realidad penitenciaria en Colombia: la necesidad de una nueva política criminal. *Rev. crim.*, (58). Bogotá.
- ARROYAVE, S. (2011). Las políticas públicas en Colombia. Insuficiencias y desafíos. *Revista Forum*. Universidad Nacional.
- CARREÑO, L. (2018). Las cárceles en Colombia, una historia de hacinamiento. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/noticias/nacional/las-carceles-en-colombia-una-historia-de-hacinamiento-articulo-800565>
- CASTAÑEDA, Suescún y Abufhele (2017). *Política Criminal y derechos en las cárceles y penitenciarias Colombianas*. Universidad Libre de Cúcuta.
- CAZAU, P. (Ed.) (2006). *Introducción a la Investigación en Ciencias Sociales*.
- CONPES 3086 de 2000. *Ampliación de la infraestructura penitenciaria y carcelaria*. Consejo Nacional de Política Económica y Social.
- CONPES 3277 de 2004. *Estrategia para la expansión de la oferta nacional de cupos penitenciarios y carcelarios*. Consejo Nacional de Política Económica y Social.
- CONPES 3412 de 2006. *Estrategia para la expansión de la oferta nacional de cupos penitenciarios y carcelarios - seguimiento del Conpes 3277 de 2004*. Consejo Nacional de Política Económica y Social.
- CONPES 3575 de 2009. *Seguimiento y ajuste a la estrategia para la expansión de la oferta nacional de cupos penitenciarios y carcelarios*. Consejo Nacional de Política Económica y Social.
- CONPES 3871 de 2016. *Importancia estratégica del proyecto construcción y ampliación de infraestructura para generación de cupos en los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional*. Consejo Nacional de Política Económica y Social.
- CORTÉS, S. (2016). Derechos Humanos en las políticas de paz y posconflicto en Colombia. *Revista Virtual Via Inveniendi et Iudicandi*, (11).
- CUESTA, L. (2015). *Política pública de resocialización. Diagnóstico de la cárcel la Picota de Bogotá. 2004-2013*. Universidad Colegio Mayor De Nuestra Señora Del Rosario.

- DELEUZE y Guattari (1988). *Mil Mesetas. Capitalismo y Esquizofrenia*. Pre-textos.
- ESLAVA, A. (2010). Análisis neoinstitucional de políticas públicas en *Enfoques para el análisis de políticas públicas*. Universidad Nacional de Colombia-Gobierno Nacional de Colombia.
- FEYERABEND, P. (1989). *Contra el método: esquema de una teoría anarquista del conocimiento*. Ariel.
- GÓMEZ, A. (Coord.) (2016). *Situación actual de las políticas públicas para la reconciliación y la construcción de paz en Colombia: una aproximación desde las entidades territoriales*. Universidad del Rosario.
- GRAJALES, T. (2000). *Tipos de investigación*. <http://tgrajales.net/investigpos.pdf>
- LADINO, C. (2013). Hacinamiento carcelario en Colombia: la resocialización, un camino hacia la prevención del delito. *Observatorio de Política Fiscal*. Universidad Jorge Tadeo Lozano.
- LAHERA, E (2004). *Política y políticas públicas. Serie de políticas sociales. División de Desarrollo Social*. CEPAL.
- LIBRADO, H. (2016). *La investigación científica para el posconflicto*. Universidad la Gran Colombia.
- MANRIQUE, V. (2013). Crisis carcelaria por ausencia de política pública: improvisación y contradicciones. *Revista semana*. <https://www.semana.com/opinion/articulo/crisis-carcelaria-ausencia-politica-publica-improvisacion-contradicciones/345594-3>
- MARTÍNEZ, L. (2011). *Reflexiones para la construcción de políticas públicas para la paz considerando el enfoque de acción sin daño y construcción de paz*. Universidad Nacional De Colombia
- MAYORGA, N. (2015). *Sistema penitenciario y carcelario en Colombia, dentro del marco de un estado social de derecho*. Universidad Militar Nueva Granada.
- MEJÍA, J. (2012). *Modelos de implementación de las Políticas Públicas en Colombia y su impacto en el bienestar social*. Universidad de Antioquia.
- MOLANO, A. (2015). Justicia para el posconflicto: viejos y nuevos problemas en escenarios complejos en *El posconflicto en Colombia. Reflexiones y propuestas para recorrer la transición*. Ediciones Ántropos Ltda.
- MULLER, P. (2000). Elementos para una estrategia de investigación sobre políticas públicas. *Innovar. Revista de Ciencias administrativas y sociales*, (16).
- MUÑOZ, J. (2009). Populismo punitivo y una “verdad” construida. *Nuevo Foro Penal*, (72).

- MURILLO, E. (2012). Hacia una política pública de reconciliación social: tipología y casos. *Revista Pap. Polít*, 17(2).
- OLAVARRIA, M. (2007). *Conceptos básicos sobre el análisis de las políticas públicas*. Instituto de asuntos Públicos.
- OTÁLVARO, B. (2013). *Pobreza y exclusión: un reto para las políticas públicas de inclusión social en Colombia*. <http://pobrezayexclusionsocial.univalle.edu.co/documentos/OTALVARO.pdf>
- PNUD (2008). *Área de paz, desarrollo y reconciliación. Temas que no pueden faltar en los planes de desarrollo*.
- PNUD. (2011). *Políticas públicas para la inclusión social de la población afrodescendiente*. ONU.
- ROTH, A. (2002). *Políticas públicas. Formulación, implementación y evaluación*. Ediciones Aurora.
- ROTH, A. (2007). Análisis de las políticas públicas: de la pertinencia de una perspectiva basada en el anarquismo epistemológico. *Revista Ciencia Política*, (3). Universidad Nacional de Colombia.
- SAENZ, D. (2015). Política pública penitenciaria y carcelaria en el contexto de los procesos de reinserción social en Colombia. *Revista Principia Iuris*, 12(24).
- SÁNCHEZ, I. (2013). *Una mirada a las políticas de desarrollo para la inclusión social desde los derechos humanos en Colombia*. Universidad Militar Nueva Granada.
- TOBÓN, S. (2010). *Retos de Política Social en Colombia: Aproximaciones y Alternativas*. Centro de Pensamiento Social.
- TORRES y Santander (2013). *Introducción a las políticas públicas: Conceptos, herramientas desde la relación entre Estado y ciudadanía*. IEMP Ediciones.
- UNIDAD de Víctimas (2016). *Orientaciones para la incorporación estratégica de la política pública de víctimas y restitución de tierras en los planes territoriales de desarrollo 2016-2019*. Gobierno Nacional.
- VARGAS, A. (1999). *Notas sobre el Estado y las políticas públicas*. Almudena Editores.
- VELÁSQUEZ, R. (2009). Hacia una nueva definición del concepto de “política pública”. *Revista Desafíos*, (20).

CUESTIONES PROCESALES SOBRE EL TESTIGO ANÓNIMO, UN INSTRUMENTO PELIGROSO Y EFICAZ EN LA LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

SUSANA SÁNCHEZ GONZÁLEZ
Universidad de Granada

Tutor: Francisco Javier Garrido Carrillo

Resumen: Los ciudadanos demandan a sus Estados que adopten decisiones y generen instrumentos necesarios para luchar contra el crimen organizado, ya que esta lacra parece evolucionar y reinventarse a medida que lo hace la sociedad. En respuesta a esta petición social el legislador ha regulado distintos instrumentos procesales, entre ellos, el agente encubierto o infiltrado (art.282 bis LECrim) o, el testigo protegido (Ley Orgánica 19/1994). Sin embargo, en los últimos tiempos se ha puesto de relieve que estos instrumentos, así como otros mecanismos, no están siendo eficaces.

La presente comunicación se centra en la figura del testigo anónimo, es decir en el ciudadano que decide colaborar con la administración de Justicia deponiendo información sobre una organización criminal y del que no se conoce su identidad o bien el Tribunal sí que es conocedor de la misma pero, no la revela a las partes. El interés de esta institución estriba, en las garantías y principios procesales en liza: por una parte, el derecho a la vida e integridad física y moral, libertad o seguridad personal del testigo anónimo (art. 15 y 17 CE), por otra, los derechos del enjuiciado: derecho de defensa, derecho a interrogar a los testigos de cargo (art. 24.2 CE en relación con los arts. 6.1 y 6.3.d) del CEDH, derecho a conocer la identidad de quien le acusa (art.4.3 de la LOP-TP) y los principios del proceso penal: publicidad, contradicción e inmediatez. Los criterios jurisprudenciales han ido cambiando y merece ser analizada la posición actual en cuanto a su valor probatorio.

En definitiva, se hace necesario reflexionar sobre el preciso equilibrio entre la obligación de colaboración con la justicia, y la imprescindible protección del “colaborador”, con los derechos y

garantías del imputado, y el debido respeto a los principios procesales que rigen el proceso penal.

Palabras clave: criminalidad organizada, testigo anónimo, prueba.

INTRODUCCIÓN

Delincuencia Organizada y Colaboración Ciudadana.

El proceso de globalización que vivimos trae consigo ventajas, y a la vez problemas y riesgos no deseables para nuestra sociedad, uno de ellos es la criminalidad organizada que parece evolucionar y reinventarse a medida que lo hace la sociedad, esto se debe a las ingentes cantidades de dinero que proporciona y a que las soluciones que se han ido articulando para luchar contra esta realidad no han acabado con ella, debido a sus características de adaptabilidad y recuperación. La delincuencia organizada sigue provocando efectos dañinos en las estructuras, valores sociales, económicos y políticos de los estados, repercutiendo en todos los ciudadanos y contribuyendo a la creación de una sensación de inseguridad por los delitos que se perpetran en su seno: entre otros, tráfico de drogas, contra la propiedad intelectual e industrial, blanqueo de capitales los delitos contra la integridad y libertad de las personas, tráfico ilícito de armas, y en general delitos relacionados con la corrupción, todos ellos, afectan sin lugar a dudas a los derechos de los individuos y a la convivencia provocando una gran alarma social recoge el Acuerdo PCI/161/2019 [Consejo de Seguridad Nacional]. Por el que se aprueba la Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave. 21 de febrero de 2019 “esta situación además de demandar la participación de la sociedad, obliga a una coordinación entre todas las administraciones con responsabilidad en materia de seguridad, o el auxilio a jueces y fiscales para mejorar las formas de colaboración y de intercambio de información e inteligencia relacionada con la delincuencia grave y el crimen organizado...” (p.2) argumento que compartimos.

Por todo ello, los ciudadanos demandan y exigen a sus Estados y más en concreto a sus gobernantes y legisladores, que adopten las decisiones y generen los instrumentos necesarios para luchar contra esta lacra del crimen organizado. En este sentido y como respuesta a esta petición social, el legislador español ha regulado distintos instrumentos procesales para luchar contra la delincuencia organizada, entre ellos, el agente encubierto o infiltrado (art.282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en ade-

lante LECrim) que consiste, según Castillejo (2013), en “la atribución de una identidad ficticia a un funcionario de policía, orientada a vencer las dificultades que supone la clandestinidad y opacidad propia de las estructuras de la criminalidad organizada”(p.1), o el testigo protegido (regulado en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre de Protección de testigos y peritos, en adelante LOPTP) que se concreta en aquellas personas que tienen o han tenido constancia de la perpetración de algún delito y cuentan con un régimen jurídico especial por poder verse expuestos a coacciones o amenazas. Sin embargo, en los últimos tiempos se ha puesto de relieve que estos instrumentos, así como otros mecanismos no están siendo eficientes, pues se siguen cometiendo delitos en el seno de la delincuencia organizada.

Por otro lado se constata que las organizaciones criminales tienen un marcado carácter vengativo y violento hacia sus delatores, por lo que generan un gran miedo y rechazo a colaborar con la Justicia entre los ciudadanos que tienen algún tipo de relación con las mismas. Hay que tener en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico es claro en este punto al establecer la obligación de todos los ciudadanos a colaborar con la justicia, así el artículo 118 de la Constitución Española (en adelante CE) determina que “*Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.*” En el mismo sentido se expresa la Ley Orgánica del Poder judicial en su artículo 17.1 recogiendo que todos los ciudadanos e instituciones públicas tienen el deber genérico de prestar la colaboración requerida por la justicia. De esta forma, al ser citados los testigos tienen la obligación de responder a todas las preguntas pertinentes que les hicieren, y los peritos se encuentran obligados a realizar su informe (arts. 410, 420, 446, 462, 463, 661, 702, 716 LECrim), ya que de no hacerlo estarían incurriendo en un delito de obstrucción a la justicia o desobediencia (arts. 463 y 556 del Código Penal, en adelante CP), y ambos, peritos y testigos, tienen la obligación de decir la verdad pues de lo contrario estarían perpetrando un delito de falso testimonio (art. 715 LECrim y 458 a 462 CP) menos en los casos previstos en los arts. 416 y 417 LECrim. Por último, no podemos olvidar que todo ciudadano que presencie o tenga conocimiento de la perpetración de un delito está obligado a denunciarlo ante la Policía, el Juez o la Fiscalía en virtud a los arts. 259, 262 y 264 LECrim.

A pesar de las previsiones legales, los ciudadanos se siguen mostrando reticentes a cumplir con las obligaciones y deberes previstos porque

sienten una verdadera exposición al riesgo de que las organizaciones criminales emprendan contra ellos, sus familiares o allegados, una venganza, ya que son constantes las amenazas o a la violencia efectiva contra las personas que testifican en su contra.

Protección de Testigos en España.

Precisamente, y en respuesta a esos temores fundados de los ciudadanos a colaborar con la justicia, nuestro legislador crea la ya lejana pero aún vigente LOPTP, con el ánimo de proteger y hacer seguro su deber de participación/colaboración con la policía judicial y la Administración de Justicia y con la finalidad de no perder sus testimonios que sin duda son un elemento probatorio central para acabar contra la delincuencia organizada o al menos para iniciar las investigaciones y así contribuir a evitar la impunidad del presunto culpable y a que la aplicación de nuestro ordenamiento jurídico penal se vea burlado. De esta forma, cuando el Juez o Tribunal aprecia que existe un peligro grave para la persona, libertad o bienes del testigo o perito o de sus familiares será de aplicación la LOPTP, preservando su identidad y su domicilio, profesión y lugar de trabajo, adoptando una serie de decisiones para que en los documentos propios del expediente judicial no consten sus datos y que cuando deban acudir al juzgado o tribunal lo hagan sin que sean identificados. No se les puede realizar fotografías ni vídeos e incluso se les puede proveer de protección policial y, en casos excepcionales, suministrarles una nueva identidad, medios económicos, cambiar de trabajo etc. todas estas medidas se mantendrán durante la instrucción hasta que llegados al juicio oral, el juez que haya de dilucidar la causa decida mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección así como revelar su identidad si cualquiera de las partes lo solicita motivadamente, además esta Ley también fija que las declaraciones o informes protegidos de los testigos y peritos solo tendrán peso probatorio si son ratificados en el acto del juicio oral para no violentar el principio de contradicción.

Sin embargo, como venimos exponiendo, la criminalidad organizada es una realidad cambiante que ha evolucionado mucho en los últimos años lo que hace necesario una reforma de esta ley, que adaptándose a la realidad actual, permita seguir suministrando a los testigos la protección necesaria para contar con garantías suficientes que les permitan prestar su colaboración a la Justicia sin que esto suponga ninguna consecuencia.

A la luz de lo expuesto, son muchos los aspectos criticables sobre la regulación actual de la protección de testigos y peritos, en este sentido

podemos señalar que no se establecen de forma precisa las personas que tienen que ser protegidas ni se fijan especialidades en función de su destinatario a pesar de que no a todos los testigos protegidos se les debería brindar un mismo régimen. Por otro lado en la actualidad no existe un verdadero programa de protección institucional de testigos y peritos ni medidas de protección especiales para aquellos que decidan deponer en contra de una organización criminal, a pesar del grave peligro que estarían asumiendo. En definitiva con esta Ley no se garantizan los medios suficientes para su sostenibilidad, siendo insuficiente para una adecuada protección de los testigos protegidos, por lo que también son muchas las voces que en la doctrina defienden y exigen una reforma de dicha ley, posición que compartimos entendiendo que es urgente la renovación de la ley vigente.

El Testigo Anónimo: Concepto y Tipos.

Teniendo en cuenta el panorama legislativo expuesto sobre protección de testigos, el anonimato podría resultar un factor atractivo para los ciudadanos que hayan tenido alguna relación y/o cuenten con información sobre una organización criminal y decidan colaborar con la justicia. Así, de las distintas modalidades de testigos protegidos, hemos de resaltar la del testigo anónimo que se trata, según el Tribunal Constitucional (en adelante TC) de 28 de febrero “de personas cuya identidad es desconocida por el Tribunal, por la defensa, o por ambos” (STC 64/1994). Se configura así, el testigo anónimo como aquel ciudadano que decide colaborar con la administración de Justicia deponiendo información sobre una organización criminal y del que no se conoce su identidad durante el proceso porque, debido a las contingencias o circunstancias del caso en concreto, no se le ha podido identificar con sus datos personales. O aquel del que el órgano juzgador sí que conoce su identidad durante el proceso porque se le ha identificado pero lo mantiene en secreto y no se la revela a las partes. Es preciso destacar que el TC a la vez nos remite a jurisprudencia del TEDH y determina que la declaración del testigo anónimo debe ser absolutamente excepcional puesto que si la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, hostil o indigna de crédito.

Por otro lado, y tras un análisis de la literatura y jurisprudencia, podríamos decir que existen distintos tipos o modalidades de testigo anónimo:

- Testigo que mantiene un anonimato absoluto y permanente. En este caso no se conoce la identidad ni se permite la confrontación visual con el acusado durante todo el proceso, y una vez terminado éste si fuese necesario, durante la fase de ejecución de la sentencia. Este tipo de anonimato imposibilita el contrainterrogatorio, viola el principio de contradicción y socaba el derecho a un juicio justo por lo que no tiene precedente en legislaciones nacionales ni en la jurisprudencia internacional.
- Testigo que mantiene un anonimato parcial. En este caso, el órgano juzgador y la defensa (pero no el acusado) puede ver e interrogar al testigo, además el anonimato parcial se puede mantener durante todo el proceso y una vez terminado el mismo siendo permanente o bien el anonimato se puede mantener solamente en la fase de instrucción siendo temporal. El anonimato parcial temporal es aceptado en nuestro país a pesar de que también podría perjudicar al derecho de defensa, porque desconocer la identidad de un testigo hace más complicado prepararla Del Carpio (2005) determina que en realidad esta limitación al derecho de defensa del acusado está justificada porque la identidad debería ser desvelada como mínimo 30 días antes de la fecha en que deba prestar testimonio; además el anonimato parcial permanente también podría perjudicar el derecho de defensa, las garantías y principios procesales por las cuestiones que a continuación veremos.

Aspectos Controvertidos Sobre el Testigo Anónimo: Su Protección vs Derechos, Garantías del Imputado y Principios Procesales.

Con la declaración de los testigos anónimos entran en contraposición sus derechos y seguridad, con las garantías del imputado y los principios del proceso penal. Es preciso indicar que se produce controversia tanto en la fase de instrucción como en la fase de juicio oral si el testigo anónimo llegase a declarar.

Entre los derechos del testigo anónimo que podrían verse conculcados podemos señalar su derecho a la vida e integridad física y moral, libertad o seguridad personal así como la de sus familiares y allegados (art.15 y 17 CE). Esto es debido a la precaria protección de testigos que actualmente tenemos en España, como se ha explicado *supra*, la actual LOPTP no ofrece una verdadera protección a los mismos y las organizaciones criminales pueden vengarse de ellos.

Los derechos del acusado que podrían ser vulnerados conforman el debido proceso porque la figura del testigo anónimo podría llegar a violentar:

- El derecho de defensa, ya que el anonimato genera déficits de defensa, para muchos, insuperables, pues entre las medidas que puede adoptar el Juez para protegerle durante la instrucción la que más afecta a la preparación de la defensa es precisamente desconocer la identidad del testigo al que se va a interrogar, en virtud del art. 2 LOPTP, no se pueden preparar las preguntas ni crear una estrategia. Y derivado de este derecho también se ve afectado su derecho a interrogar al testigo de cargo así como al de descargo (derecho al contrainterrogatorio), si no depusiera personalmente en plenario, no como ocurre con el testigo oculto en el que no se produce la confrontación visual pero sí el interrogatorio en sala.
- Su derecho a conocer la identidad de quien le acusa (pues como señala el art.4.3 de la LOPTP, si lo solicita de forma motivada ha de revelársele la identidad antes del juicio oral), De hecho hay autores que piensan que ni siquiera sería suficiente con revelar la identidad del testigo anónimo justo antes de que comience el acto del juicio oral como Prat Westerlindkh (2013) "al carecer de margen temporal para efectuar las pesquisas pertinentes que pudieran haber facilitado la preparación de la defensa a partir de dicha información" (p. 1-2) criterio que compartimos.

Por último, en cuanto a los principios del proceso penal que pueden ser vulnerados, hemos de hablar en primer lugar del principio de publicidad pues el anonimato del testigo hace que el proceso no sea del todo público, también se menoscaba el principio de contradicción al no poder conocer la identidad del testigo, ya que las preguntas se harían más genéricas y no tan concisas y centradas en conocer de quién se trata exactamente el testigo, en realidad no conocen el origen del testimonio, que podría ser de una persona que siente odio o una enemistad manifiesta, o animadversión hacia el acusado. Este principio también se violenta cuando no se permite a la defensa el interrogatorio del testigo anónimo. Por otro lado, también se ve afectado el principio de inmediación pues se impide tanto al Juez que ha de juzgar la causa así como a todas las partes del proceso, que puedan observar el comportamiento del testigo durante el interrogatorio en sala, y por lo tanto hace más complicado formar su convicción sobre la credibilidad que merecen, lo que en definitiva podría llegar a impedir evaluar la fiabilidad de su testimonio.

Así las cosas, es necesario equilibrar la debida protección del testigo anónimo y los derechos, las garantías del imputado y el respeto de los principios procesales para que la prueba que puede suponer el testimonio del testigo anónimo no pierda su eficacia, labor que nuestro legislador aún no ha emprendido pero nuestros jueces han tratado de colmar a través de la jurisprudencia.

Valor Probatorio de la Declaración del Testigo Anónimo. Criterios Jurisprudenciales.

El anonimato también ocasiona controversias en cuanto al peso probatorio que debieran tener sus declaraciones, no tanto en la fase de instrucción, en la que lo declarado por este testigo anónimo es válido y útil para obtener fuentes de prueba que permitan abrir o avanzar en la investigación; pero, sí en el juicio oral, donde hemos de plantearnos si lo depuesto desde el anonimato puede ser una prueba de cargo, determinante para vencer la presunción de inocencia y fundamentar una sentencia condenatoria, ya que la veracidad de lo declarado o la imparcialidad del testigo quedan, en mayor o menor medida, limitadas por el anonimato, a la luz del TS "La contradicción queda, pues, notablemente limitada y con ella el derecho de defensa." (STS 852/2016). Y no solo eso, es necesario plantearnos si se cumplen las garantías tanto del testigo anónimo como de la defensa, del acusado en el acto del juicio oral.

Los criterios jurisprudenciales han ido cambiando, partimos de la jurisprudencia del TEDH que en el año 89 estimaba que una sentencia condenatoria no podía basarse en una declaración de un testigo anónimo, es decir que ésta no era una prueba de cargo que sirviese para enervar la presunción de inocencia por sí misma, pues vulneraría el art.6.3 d) del CEDH en cuanto que el acusado ha de poder interrogar al testigo de cargo así como al de descargo en las mismas condiciones. Sin embargo, el TEDH cambió de criterio en el año 96 y a pesar de que sigue manteniendo que el acusado debe poder conocer la identidad de quien le acusa, de modo que pueda cuestionar su fiabilidad y credibilidad, admite que la prueba testifical del testigo anónimo puede alcanzar cierto peso probatorio siempre que cumpla estos tres criterios:

1. Que el anonimato haya sido acordado por el órgano judicial en una decisión motivada en la que haya ponderado los intereses en conflicto.
2. Que los déficits de defensa que genera el anonimato hayan sido compensados con medidas alternativas que permitan al acusado evaluar y combatir la fiabilidad y credibilidad del testigo y de su testimonio.

3. Que la declaración del testigo anónimo concorra acompañado de otros elementos probatorios, de manera que no podrá, por sí sola o con un peso probatorio decisivo, enervar la presunción de inocencia.

Esta línea jurisprudencial es la que se sigue hoy en día por nuestro TC como podemos observar en su (STC 75/2013) que además añade que la declaración del testigo anónimo debe ser absolutamente excepcional puesto que si la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, hostil o indigna de crédito como ya se ha expuesto y por el TS, (STS 378/2009), en la que además de examinar la jurisprudencia del TEDH sobre los testigos anónimos, concluye afirmando que han de cumplirse estos dos parámetros: que sea posible examinar la fiabilidad del testigo cuyo nombre se oculta; y que esa declaración del testigo anónimo no sea decisiva.

Pues bien, una vez especificado que las declaraciones vertidas por el testigo anónimo han de tener cierto valor probatorio y que la condena judicial no se puede sustentar exclusivamente en lo relatado por el testigo anónimo sino que dichas pruebas aportarían más peso, y corroborarían el resto de pruebas inculpatorias, es preciso centrarnos en la práctica de esta prueba ya que deben ser ratificadas en el acto del juicio oral en virtud del art.4.5 de la LOPTP declarando el testigo anónimo directamente en el juicio, presencialmente o por videoconferencia, bien de manera preconstituida o anticipada (arts. 448, 449 730, 777.2 y 781.1 LECrim) y esto se debe a que el acusado puede llegar a inferir del interrogatorio la identidad del testigo anónimo, a que el propio testigo anónimo sienta pavor por ser descubierto y no asista a la sesión del juicio oral o que cambie su argumento, o también por una causa sobrevenida que le haga imposible comparecer de nuevo en el juicio oral para testificar (por ejemplo, por una grave enfermedad del testigo anónimo) de esta forma dicho testigo no deberá estar presente en el juicio oral y la prueba podrá ser tenida en cuenta por el órgano juzgador a la vez que se garantiza la contradicción y se cumple con el principio de inmediación porque su testimonio debe ser leído en sala durante el acto del juicio oral Art.4.5 de la LOPTP que nos remite al art. 730 de la LECrim.

CONCLUSIONES

Sin duda alguna, la correcta protección de los testigos anónimos animaría a más ciudadanos relacionados con las organizaciones criminales a aportar información y a testificar en su contra. Para ello es necesario que se reforme

la LOPTP que tenemos desde hace casi 30 años pues es imperativo que se adapte a la nueva realidad social y al marco legal vigente tanto a nivel nacional como internacional y especialmente a las normas procesales y a los nuevos instrumentos para luchar contra la delincuencia organizada incluyendo específicamente: al agente encubierto, al testigo anónimo y al testigo oculto.

Por otro lado, sería aconsejable revisar el artículo cuarto pues en su apartado primero permite al Tribunal mantener las medidas de protección que se habían fijado durante la instrucción y en el apartado tercero se obliga a desvelar la identidad de los testigos, lo que parece contradecirse y ha venido suscitando controversias aclaradas por la jurisprudencia. Además, esta Ley establece que el abogado de la defensa puede solicitar motivadamente en el escrito de calificación provisional, que se revele la identidad del testigo anónimo y esto encaja bien con el proceso ordinario (art.656 LECrim) pero habría que especificar en la propia LOPTP que también se puede solicitar en la audiencia preliminar o cuestiones previas del abreviado (art.786.2 LECrim) en el que las partes pueden proponer nuevos medios de prueba.

También hemos de considerar que el peligro para la vida e integridad física de un testigo protegido no lo convierte automáticamente en un testigo anónimo sino que el Juez tiene que ponderar los bienes protegidos para conservar o modificar las medidas adoptadas por el Juez de instrucción, no hemos de olvidar que el anonimato es una medida excepcional, que solamente debería ser decretada cuando el resto de medidas procesales o extraprocesales para proteger al testigo no sean suficientes.

De otra parte, los testimonios anónimos generan muchos problemas en la práctica jurídica pues es muy complicado encontrar y mantener el equilibrio entre los derechos del acusado y del testigo protegido, así como las garantías y los principios del debido proceso. Debería ser nuestro legislador quien solventara esta cuestión pero esto aún no ha ocurrido de forma que ha sido la doctrina y la jurisprudencia los que han tratado de solucionar estos problemas solventándolos fragmentariamente.

Por último, el criterio actual seguido por los tribunales internacionales y nacionales es que la prueba testifical del testigo anónimo por sí sola no puede vencer la presunción de inocencia ni utilizarse como prueba incriminatoria decisiva para fundamentar la condena, pero acompañada de otras pruebas inculpatorias sí que serviría para corroborar la culpabilidad del enjuiciado.

REFERENCIAS

- CÁCERES, L. (15 de enero de 2019). El testigo anónimo y el testigo oculto. Comentario a la sentencia de la sala segunda del Tribunal Supremo 706/2018. *Publicaciones AJFV. Serie: Boletines Jurídicos*, 30(30), p. 6.
- CASTILLEJO, R. (2013). Diligencias de investigación y medios de prueba en la lucha contra el crimen organizado. *Revista de Derecho Penal*, (38), p. 1.
- DEL Carpio, J. (2005). Los testigos anónimos en la jurisprudencia del TEDH y en la de los Tribunales Penales Internacionales ad-hoc. *Revista Penal*, pp. 45-50.
- GARRIDO, F. (2019). *El decomiso. Innovaciones, definiciones y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*. Dykinson, S.L.
- GARRIDO, F. (2017). La prueba electrónica en los procesos civiles y penales en J. Pérez-Serrabona (Ed.), *Crisis y Estado de Bienestar* (pp. 553-590). Tirant Lo Blanch.
- GARRIDO, F. (2017). Las nuevas tecnologías y la verdad judicial. El whatsapp como fuente y medio de prueba. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral de Santa Fe*, número especial “Globalización, Derecho y Cambios Sociales”, pp. 79-124.
- GARRIDO, F. y Faggiani, V. (2013). La armonización de los derechos procesales en la UE. *Revista General de Derecho Constitucional*, (16), pp. 1-40.
- GIMENO, V. (2018). *Manual de derecho procesal penal*, UNED Colección grado.
- LÓPEZ, J. (2020). Los testigos protegidos en el proceso penal español. Una reforma necesaria. *Revista de Derecho VLex*, (199), p. 22.
- LÓPEZ, J. (2009). El anonimato y la ocultación del testigo. *Grandes Tratados. Tratado de Derecho Procesal Penal*, (1713), p. 6.
- MUERZA, J. (2016). Sobre los límites de la prueba presconstituida en el proceso penal. *Revista General de Derecho Procesal*, (39), pp. 1-22.
- NÚÑEZ, M. (2018). Protección de testigos y tráfico de drogas en J. Páucar y L. Alfaro (Eds.), *Delitos de tráfico ilícito de drogas: problemáticas esenciales desde la dogmática penal y el derecho probatorio* (pp. 439-463). Jurista Editores.
- PRAT, C. (2013). No es suficiente proporcionar a los letrados la identidad de los testigos anónimos. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, (875), pp. 1-2.
- TORRAS, J. (2019). Los testigos protegidos y el derecho de defensa. *La Ley*, (10486), pp. 2-6.

TURIENZO, A. (2021). Sobre el testigo protegido en España: la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre bajo examen. *Revista General de Derecho Procesal*, (53), pp. 33-40.

Anexo legislativo y jurisprudencial

ACUERDO PCI/161/2019 [Consejo de Seguridad Nacional]. Por el que se aprueba la Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave. 21 de febrero de 2019.

LEY Orgánica 19 de 1994. De protección de testigos y de peritos en causas criminales. 23 de diciembre de 1994. BOE. No. 28519.

REAL Decreto 260 de 1882 [con fuerza de ley]. Por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. 14 de septiembre de 1882. BOE. No. 260.

AL Khawaja y Tahery vs. Reino Unido, Caso No.2011/263.Juicio.(15 de diciembre de 2011).

BIRUTIS y otros vs. Lituania. Caso No.2002/120660. Juicio. (28 de marzo de 2002).

DOORSON vs. Holanda. Caso No.1996/20. Juicio. (26 de marzo 1996).

GANI vs. España. Caso No. 61800/08. Demanda. (19 de febrero de 2013).

KOSTOVSKI vs. Países Bajos. Caso No.11454/85. Juicio. (20 de noviembre de 1989).

PESUIK vs. Suiza. Caso No. 2012/14125. Juicio. (6 de diciembre de 2012).

VISSER vs. Países Bajos. Caso No. 2002/982. Juicio. (14 de febrero de 2002).

TRIBUNAL Supremo. Proceso 51/2015, 29 de Enero de 2015.

TRIBUNAL Supremo. Proceso 1023/2011, de 5 de octubre.

TRIBUNAL Supremo. Proceso 652/2012, de 23 de febrero.

TRIBUNAL Supremo. Proceso 384/2016 de 5 de mayo.

TRIBUNAL Supremo. Proceso 706/2018, de 15 de enero.

TRIBUNAL Supremo. Proceso 53/2014, de 4 de febrero.

TRIBUNAL Supremo. Proceso 396/2019, de 24 de julio.

TRIBUNAL Supremo. Proceso 378/2009, de 27 de marzo.

TRIBUNAL Constitucional. Proceso 71/1994, de 24 de marzo.

TRIBUNAL Constitucional. Proceso 64/1994, de 28 de febrero.

TRIBUNAL Constitucional. Proceso 75/2013, de 10 de mayo.

TRIBUNAL Constitucional. Proceso 852/2016, de 11 de noviembre.

LA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO PARADIGMA EMERGENTE PARA DESCONGESTIONAR AL SISTEMA PENAL Y AL SUBSISTEMA CARCELARIO EN MÉXICO

SAUL ADOLFO LAMAS MEZA

Universidad Autónoma de Nayarit

Resumen: La implementación del sistema penal acusatorio-adversarial trajo aparejado consigo la adopción de un modelo humanizado de justicia restaurativa, como respuesta al fracaso evidente del sistema inquisitivo tradicional. La realidad evidenció que nuestro país estaba ante un esquema de impartición y ejecución de justicia alejada de una filosofía de conciliación y restauración. El nefando problema de la sobrepoblación carcelaria despertó los focos rojos de todas las autoridades, al avizorar de forma preclara la escasa reinserción social en las cárceles; instituciones cuya teleología última es la reinserción social. La justicia restaurativa y sus mecanismos alternos de solución de conflictos están llamados a ser la panacea que atenuará y aliviará al sistema judicial, permitiendo la despresurización del mismo, pues esta nueva forma de hacer justicia, incentivará la resolución pacífica, armoniosa y bilateral entre las partes que se vean imbricadas en un conflicto social.

Palabras clave: Justicia restaurativa, sistema penal, sistema carcelario.

INTRODUCCIÓN

Con la reforma constitucional del año 2008, devino un momento coyuntural en la historia del sistema jurídico mexicano. Problemas nefandos como índices de criminalidad desbordada, sobrepoblación penitenciaria, corrupción sistemática de las agencias ministeriales, saturación de los órganos jurisdiccionales, descomposición del tejido social, políticas criminológicas incoherentes y fallidas, entre otras, despertaron la alarma en México. Ante esta realidad de ignominia, hubo la necesidad de cambiar el paradigma penal en nuestro país de manera radical en su aspecto axiológico y normativo. Aunada a la tremenda presión internacional que México venía recibiendo por parte de la Corte Interamericana que ya

había condenado a nuestro país en algunos asuntos que habían llegado a su jurisdicción (y otros que se estaban ya gestando en ese entonces), dinamizaron el proceso de reforma integral en nuestro país.

REFORMA INTEGRAL ESTRUCTURAL EN LA MISCELÁNEA PENAL

Luego entonces para poder lograr este cometido, fue menester hacer una reforma constitucional sistemática de los artículos 16°, 17°, 18°, 19°, 20°, 21°, 73°, fracción XXI, 115° fracción VII y 123° fracción XIII, apartado B; de tal suerte que pudiera erigirse una nueva estructura operativa orgánica y jurídica que diera vida al nuevo modelo penal acusatorio adversarial en México. Todo ello como consecuencia de lo anticuado que ya era el anterior modelo procesal penal, que venía arrastrando lastres desde 1934, cuando se promulgó el Código Federal de Procedimientos Penales, (permeado de ambigüedades, oscurantismo y vicios propios de un modelo inquisitivo obsoleto), lo que degeneraba en prácticas ominosas, principalmente al interior de las otrora procuradurías.

Erigir un nuevo modelo acusatorio adversarial representó un gran desafío para todos los actores de la vida política, jurídica, académica y social de México. A trece años de esta reforma constitucional en materia penal, podemos decir que el sistema ha presentado graves deficiencias, pero también ha alcanzado progresos significativos y encomiables, tales como el afianzamiento progresivo de un sistema garantista (que fue blindado con la reforma constitucional en materia de derechos humanos en el 2011, así como la incorporación del *control de convencionalidad* en la estructura del sistema jurídico mexicano).

ESTRATEGIAS JURÍDICAS NORMATIVAS Y EXTRA-NORMATIVAS QUE SE INTRODUJERON PARA DESCONGESTIONAR AL SISTEMA PENAL

Una de las grandes preocupaciones del constituyente, que expresó reiteradamente en la exposición de motivos de la reforma, fue que el sistema penal acusatorio colapsara en razón de que las dinámicas de oralidad y celeridad con las que se pretendían desenvolver los procesos, podrían generar una sobresaturación de carga laboral en los juzgados; por lo que se pensó en crear estrategias alternativas de descongestión que resolvieran estas problemáticas, las cuales fueron:

- I. La creación de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias que favorecieran el desarrollo de “*acuerdos reparatorios*” y “*suspensiones condicionales del proceso*”.
- II. La implementación de “*criterios de oportunidad*”, como política criminológica, para dar prioridad a la investigación de delitos de alto impacto, economizando recursos técnicos y operativos.
- III. La incorporación del procedimiento abreviado para resolver de manera sucinta los juicios sin que lleguen hasta el tribunal de enjuiciamiento.
- IV. La promulgación de leyes de amnistía (a efecto de descongestionar los subsistemas carcelarios).
- V. La incorporación del sistema integral de justicia penal para adolescentes, para priorizar la justicia restaurativa.

¿POR QUÉ ES TAN IMPORTANTE DESPRESURIZAR AL SUBSISTEMA CARCELARIO?

El actual sistema carcelario en México vive una degradación recalcitrante. Nuestros núcleos carcelarios afrontan problemáticas estructurales gravísimas tales como: sobrepoblación, hacinamiento, dispersión institucional, estigmatización, segregación, corrupción, operaciones clandestinas, autogobierno, falta de reinserción social, indiferencia política y violación sistemática de los derechos humanos; problemáticas ominosas que evidencian una política criminal fallida, desarrollada por un Estado omiso y excluyente.

Empero, el “*problema penitenciario*”, no es nuevo, ni exclusivo de nuestro país, desde su nacimiento la institución carcelaria ha estado viciada de origen. Así en palabras de Foucault:

La pena desde el siglo XVI se basa solo en el suplicio, y tal práctica debe cumplir tres requisitos: 1) debe producir cierta cantidad de sufrimiento; 2) dicha producción debe estar sometida a un castigo; 3) el suplicio forma parte de un ritual donde se marca al delincuente, pretendiendo con ello alcanzar la victoria de la justicia sobre el delito.

Para Foucault, la prisión es solo una *fábrica de vigilancia y castigo*, creada por el Estado para reafirmar su poder. Ciertamente las cárceles han venido arrastrando un lastre histórico de autoritarismo, tornándose en lugares de segregación que no genera ninguna utilidad práctica, sino solo daños trascendentales para quienes justamente -o quizá injustamente- purgan una pena ahí.

Rodríguez Manzanera, profundizando sobre los efectos indeseables de la prisión, ha escrito:

La prisión cuando es colectiva, corrompe; si es celular, enloquece y deteriora; con régimen de silencio, disocia y embrutece; con trabajos forzados, aniquila físicamente; y sin trabajo, destroza moralmente. En casi todas sus formas es altamente neurotizante, disuelve el núcleo familiar y lo daña seriamente, convirtiéndose en una pena terriblemente trascendente, pues lleva un agudo sufrimiento a aquellos que quieren al recluso.

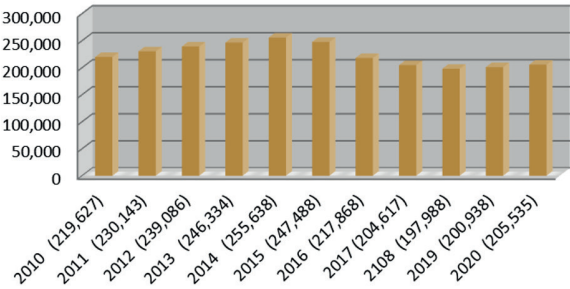
Y a pesar de las innumerables críticas que se le han hecho a la institución carcelaria, los legisladores siguen ampliando el catálogo de delitos; generándose con ello un abuso desmedido de las penas de prisión.

El estado ha privilegiado el incremento de las penas, así como el número de conductas que son castigadas con la cárcel, bajo el supuesto efecto disuasivo de la pena. A pesar de que se dice que el derecho penal es la “ultima ratio” en México.

A continuación presentamos el comportamiento estadístico de la población carcelaria en México en los últimos años:

Figura 1. Población penitenciaria.

**Población privada de la libertad.
(Índice nacional anual)**



Nota: Esta gráfica estadística de barras muestra la fluctuación de la población penitenciaria los últimos años.

Tabla 1. Población privada de la libertad. (Diciembre 2020)

Población por fuera:	Cantidad de internos:	Porcentaje:
Población privada de la libertad (fueron común):	176,522 personas.	85.88%
Población privada de la libertad (fuero federal):	29,013 personas.	14.12%

Género	Cantidad de interno(as):	Porcentaje:
Hombres:	194, 618 personas.	94.69%
Mujeres:	10,917 personas	5.31%

Tabla 2. Situación jurídica de los internos en el fuero común.

Status jurídico:	Cantidad de internos:	Porcentaje
Población en prisión preventiva:	65,830 personas.	32.03%
Población con sentencia firme:	110,692 personas.	53.86%

Tabla 3. Situación jurídica de los internos en el fuero federal.

Status jurídico:	Cantidad de internos:	Porcentaje
Población en prisión preventiva:	11,400 personas.	5.55%
Población con sentencia firme:	17,613 personas.	8.57%

Tabla 4. Dependencias de los Centros penitenciarios:

Fuero:	Centros:	Espacios:
Gobierno Federal:	19	33,024
Gobierno Estatal:	276	186,861

Tabla 5. Sobrepopulación carcelaria:

Sobrepoblación total:	14,350 espacios.
Centros penitenciarios con sobrepoblación:	111
Centros penitenciarios sobrepoblados que tiene población privada de la libertad del fuero común:	16
Centros penitenciarios sobrepoblados que tiene población privada de la libertad del fuero federal:	95

Tabla 6. Incidencias registradas:

Total de incidencias:	217 incidencias
Total de población involucrada:	915 reos

Nota: Las tablas precedentes muestran la distribución numérica y organigrama del sistema penitenciario en México.

En México, la justicia retributiva está tan acentuada, que el 95% de los delitos tienen pena privativa de libertad; dándose así un uso y abuso de la cárcel como medida de represión y castigo. Lo que derivó en que en respuesta a ello, surgiera paulatinamente una ideología de abolicionismo *“como producto de una política contracultural de los años sesenta que dio origen al radicalismo cultural de la teoría del etiquetamiento (labelling theory) y al radicalismo político de la nueva criminología o criminología crítica”*. La encomienda para transformar radicalmente al sistema carcelario es impostergable, quizá no al grado de su desaparición como sugieren los

defensores del abolicionismo penal, pero sí precisa reconfigurarse integral y orgánicamente. La utilización práctica de la prisión en México debería tener un uso más racional y exclusivamente para delitos verdaderamente lesivos del bien público, debiendo cumplir su fin, que en palabras de Roldán Quiñones es *“crear un proceso progresivo a través de un conjunto de elementos, normas y técnicas, basadas en el trabajo, la capacitación laboral, educación y medidas psicosociales, para hacer al interno apto para vivir en sociedad”*.

LAS SALIDAS ALTERNAS AL PROCESO Y SU TELEOLOGÍA DE COMPLEMENTAR AL SISTEMA PENAL

El problema estructural que priva en las cárceles, no es una cuestión aislada, sino que afecta gravemente el entramado de la sociedad misma. Es por ello que la reforma integral constitucional del 2008 no podía soslayar esta grave problemática penitenciaria, así entonces, el artículo 18° constitucional sufrió una reforma estructural a efectos de transformar esta institución intrínsecamente, además de crear nuevas estrategias que direccionaran las políticas criminológicas hacia un enfoque restaurativo, que permitiera abandonar el otrora sistema represivo en donde solo se concebía el modelo retributivo de punición exacerbada, en el cual el castigo, era la única respuesta para intentar contener los índices de criminalidad. Aumentar las penas como medida de intimidación social, fortaleciendo la facultad punitiva del estado, se tornó en una práctica fallida, que sólo generó la terrible problemática de la sobrepoblación carcelaria que múltiples conflictos ha traído tanto de forma intrínseca, como exógena al tejido social.

El tópico de la sobrepoblación carcelaria, se convirtió en un problema nacional, pues ya no solo era un fenómeno que acechaba a algunas entidades federativas de forma aislada, sino que se convirtió en un problema generalizado del cual ningún estado quedó exento. El *Instituto Nacional de Estadística y Geografía* (INEGI), a través de sus censos nacionales de impartición de justicia; el *Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública* (SESNSP) a través de su plataforma del modelo de Evaluación y Seguimiento para la Consolidación del Sistema de Justicia Penal; la *Plataforma Nacional de Transparencia* que sistematiza y captura -entre otros tantos tópicos- datos que le proporcionan las Secretarías de Seguridad Pública y Readaptación Social; y otros *Institutos Técnicos privados de Investigación*; coinciden en la terrible problemática de la so-

sobrepoblación carcelaria que está llevando a esta institución al colapso. Y aunque la información que presentan estos organismos oficiales, fluctúa rápidamente por la dinámica vertiginosa en la que se desenvuelve, en todas hay coincidencia en que existe sobrepoblación carcelaria al menos desde la última década con muy poca variación. Vemos así, que de acuerdo a la información oficial publicada por el INEGI, sobre seguridad pública y sistemas penitenciarios, se advirtió que en el año 2014, la capacidad penitenciaria nacional era de 158, 665 y se llegó a tener una población reclusa de 255,638 internos; en el año 2015, la capacidad de almacenamiento penitenciario, era de 163,929 espacios y se llegó a tener una población de reclusos de 247,488 reos; en el año 2016, la capacidad de alojamiento era de 161,873 y se llegó a tener una población de reclusos de 217,868 internos; en el año 2017 la capacidad de alojamiento era de 164,866 y se llegó a tener una población de 204,617 internos; en el año 2018, se preveía una capacidad de alojamiento penitenciario de 173,400 espacios y se llegó a tener alojamiento de 197,988 internos; en el 2019 se tenía una capacidad de alojamiento penitenciario para 169,227 personas y se llegó a tener una población de 200,936 internos; en el año 2020 el sistema penitenciario reportaba una capacidad máxima para alojar a 170,772 reos y se llegó a contabilizar a 205,535 internos reclusos.

Toda esta información numérica nos advierte de la gravedad del problema de la sobrepoblación carcelaria. Fue por ello, que a efectos de atenuar y despresurizar al sistema penitenciario, el constituyente debía incluir en la reforma, una metodología operativa que permitiera descongestionar el sistema penal judicial, de tal suerte que de este no se desprendieran sistemáticamente tantas sentencias condenatorias que siguieran abonando a la grave problemática del hacinamiento carcelario.

Debido a este clima coyuntural, la reforma constitucional del 2008 incorporó en materia penal, salidas alternas al juicio, que permitieran descongestionar al sistema penal y concomitantemente a ello al subsistema penitenciario. En palabras de Valadez Díaz, *“la justicia restaurativa surgió, para que mediante ella, sean resueltos los llamados delitos de bagatela o de menor cuantía”*. En el mismo tenor, Newman refiere: *“la existencia de delitos levísimos y aún leves pasó a ser cobijada en el principio de insignificancia para lo cual son atípicas ciertas conductas”*.

Debido a ello, los medios alternos de solución de controversias en materia penal, blindados con la reforma en materia de derechos humanos, fueron llamados a convertirse en la respuesta para atenuar *“a priori”* el abuso de la *“prisonalización”* principalmente. De tal suerte que el uso

racional de los reclusorios, incidiera positivamente en los procesos de readaptación social de los internos (aquellos que sí deben recibir un tratamiento intra-penitenciario).

Para materializar esta política criminológica de despresurizar al sistema carcelario, se diseñaron dos salidas alternas: los *"acuerdos reparatorios"* y las *"suspensiones condicionales del proceso"*, a efecto de que los procesos potenciales, no llegaran a juicio oral y se resolvieran a través de la justicia restaurativa. La realidad es que antes de la reforma del 18 de Junio del 2008 en México permeaba un escenario ominoso, en el que privaban múltiples vicios de los que ya se ha dado cuenta con antelación.

Así las cosas, la respuesta que se previó para alcanzar esta ingente encomienda, fue erigir un modelo de justicia restaurativa, en el que los justiciables a través de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal pudieran encontrar salidas alternas. Luego entonces, el artículo 17º constitucional estableció con meridiana claridad, los parámetros en los que se desenvolvería la justicia alternativa en México. La teleología de este numeral constitucional basado en la filosofía restaurativa, era reducir las prácticas de confrontación judicial, permitiendo con ello depurar al sistema penal, creando esquemas de concientización ciudadana, de legalidad genuina y del fomento de una cultura de paz, dándole a los mecanismos alternativos de solución de controversias, esta titánica encomienda para erigir un paradigma emergente de un nuevo modelo jurídico nacional, por lo para ello fue necesario crear un esquema orgánico *"ad hoc"* en el que se incorporaran tanto en las sedes judiciales, como en las sedes ministeriales, órganos internos de mediación, a los que los justiciables pudieran acceder de forma inmediata, antes de movilizar la maquinaria punitiva estatal. Además se recomendó que para efectos de descentralizar el servicio de la justicia alternativa y brindar un servicio *"multipuertas"*, los estados deberían crear *"ex profeso"*, Institutos de Justicia Alternativa, que ayudaran a aliviar las excesivas cargas de trabajo de los tribunales, garantizando una opción alternativa óptima y dinámica, que cumpliera con las expectativas de los justiciables y que además fuera expedita y de calidad.

LA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO PARADIGMA EMERGENTE

Con la implementación de la justicia alternativa se instauró un nuevo paradigma que está representando un gran reto de transición, ya que

en México los sistemas judiciales (litigiosos por antonomasia), históricamente se han desenvuelto a través de la confrontación legal, dando lugar inevitablemente a un escenario donde hay un ganador y un perdedor, y aunque el tribunal se decante por darle la razón a alguna de las partes, ello no necesariamente implica la resolución del conflicto y mucho menos la sanación del tejido social que se erosionó a causa del mismo.

En materia penal esto es más grave, pues la respuesta sistemática tradicional que trae la sentencia del proceso, es privar de la libertad al individuo que cometió el delito; considerando el Estado que con castigar, resuelve así el conflicto; pero la realidad es que con ello solo obtiene una solución provisional: evitar que el delincuente conviva socialmente, limitándole su libertad de tránsito, para que consecuentemente no pueda participar en la comisión de nuevos eventos delictivos; sin embargo esto trae nuevos problemas *“a posteriori”* a consecuencia de recluir a un individuo en un núcleo de segregación penitenciaria.

Así pues, en contraposición al sistema litigioso judicial penal, la justicia alternativa y sus métodos de solución de controversias se desenvuelven introyectados de una filosofía de avenencia, ofreciendo soluciones al conflicto, orientadas a la reparación del daño de las víctimas y la desjudicialización del proceso penal, trayendo la oportunidad de resolver el conflicto; en donde los intervinientes del drama penal, se benefician en un *“ganar-ganar”*.

El paradigma de la justicia alternativa penal es nuevo en México, pues antes de la reforma del 2008, ningún cuerpo constitucional había incorporado figuras de tal naturaleza, solamente se tiene un antecedente aislado y escueto en la Constitución de 1824, que en su artículo 155° establecía que *“no se podrá entablar pleito alguno en lo civil, ni en lo criminal, sobre injurias, sin haber intentado legalmente el medio de la conciliación”*. Nunca más en un cuerpo constitucional federal, (hasta el 2008) se volvió hablar de algún mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Sorprendentemente fue una entidad federativa -y no la Constitución Federal- quien incorporó formalmente la figura de la justicia alternativa en su cuerpo constitucional local en 1997 cuando el Estado de Quintana Roo se convirtió en el pionero en esta materia, implementando en su entidad federativa, leyes y regulaciones orgánicas sobre mecanismos alternativos. Pocos años después en el 2001, el Consejo para Iniciativas Jurídicas de Latinoamérica implementó un proyecto financiado por USAID-México para impulsar las prácticas de mediación en nuestro país. Fue en el año 2008 cuando en la gran reforma constitucional se imple-

menta formalmente en todo el país la figura de las salidas alternas. En el 2014 se expidió el Código Nacional de Procedimientos Penales en donde se estableció que las dos salidas alternas formales en materia penal serían los “*acuerdos reparatorios*” y las “*suspensiones condicionales del proceso*”; ese mismo año, el 29 de Diciembre del 2014 se expidió la *Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal*, la cual especificó que los tres mecanismos o metodologías para poder materializar las salidas alternas serían: “*la mediación*”, “*la conciliación*” y “*las juntas restaurativas*”. Con ello se creó por primera vez en México un marco normativo homologado, con claridad técnica y con un diseño operativo diáfano. El poco tiempo que ha transcurrido desde que se promulgaron estas leyes, muestra que el sistema restaurativo es incipiente aún.

Así las cosas, con todo este organigrama que se fue gestando de forma orgánica, sistemática y progresiva, surgió en México la justicia alternativa penal, que con sus principios ontológicos bien definidos de voluntariedad, transparencia, información, confidencialidad, flexibilidad, imparcialidad, equidad, integridad, libertad del imputado, licitud, economía procesal, inmediatez, moralidad como característica, intervención mínima y enfoque diferencial, etc., pretendía cumplir la teleología para la que fue creada: coadyuvar con el sistema judicial, ofreciéndole salidas alternas para descongestionarle y consecuentemente despresurizar al subsistema carcelario.

La intención era generar una sinergia entre la justicia formal y la justicia alternativa, sin generar contraposición entre ambas, sino más bien un engranaje colaborativo que operara en el mismo sentido, incluso con sus matices individuales.

Algunos teóricos han llegado a afirmar que la justicia restaurativa es el modelo evolutivo superador de la justicia ordinaria, pues la primera supera a la segunda en eficiencia, debido a que en la justicia formal, los asuntos se ganan o se pierden, en cambio en la justicia alternativa sencillamente los asuntos se resuelven. Mientras que la justicia formal es adversarial e impersonal, la justicia restaurativa es participativa, de avenencia y se enfoca realmente a resolver el conflicto.

CONCLUSIONES FINALES

La justicia represiva se orienta al pasado, en cambio la justicia restaurativa ve hacia el futuro. En la justicia formal se busca castigar a un culpable, mientras que en la justicia alternativa se le permite al agresor que redima

su conducta y se reivindique ante la sociedad. Es así que podemos advertir las grandes ventajas que trae aparejada la justicia alternativa al sistema judicial; complementándolo (no reemplazándolo), dotándole además de herramientas más humanitarias, atenuando su ánimo retributivo y resarcido progresivamente el tejido social. Ambas dinámicas en coexistencia armónica traerán al Estado resultados halagüeños, como ya se empieza advertir desde que la justicia alternativa nació a la vida jurídica en nuestro país.

Un factor que incidió de forma positiva en la consolidación garantista del sistema jurídico mexicano, fue la reforma constitucional en materia de derechos humanos en el año 2011, en la que México adoptó el control de convencionalidad, elevando a rango de ley suprema a todos los Tratados Internacionales que versan sobre derechos humanos y de los que nuestro país es signatario al haberles ratificado.

Sin duda el control de convencionalidad ha venido a dar un impulso renovado a la justicia alternativa en nuestro país, ya que no solamente tiene el respaldo constitucional, sino que además todos los tratados internacionales que tengan contemplada la figuras de “*mediación*”, “*conciliación*”, “*buenos oficios*”, “*juntas restaurativas*” y demás variantes metodológicas de solución de controversias, ahora serán vinculantes en nuestra legislación. Asimismo, los tratados, protocolos e instrumentos internacionales que aborden temáticas penitenciarias y de los que nuestro país sea signatario, tendrán aplicación obligatoria en coherencia con la filosofía “*pro homine*”.

Son múltiples instrumentos que en materia de justicia alternativa y políticas penitenciarias tienen vigencia y fuerza vinculante para nuestro país en este momento, pero sin duda los que más han incidido en nuestra legislación son las “*Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos*” y los “*Principios básicos del uso de programas de justicia restaurativa en materia penal*”, ambos expedidos por la ONU, y de los que México ha extraído conceptos que ha ido aplicando progresivamente, adecuándolos a la idiosincrasia de la cultura jurídica de nuestro país.

A nivel continental, en general en América Latina la justicia alternativa ha tenido un afianzamiento progresivo, pues desde hace dos décadas inició el movimiento reformador de sus sistemas judiciales. Prácticamente de forma gradual todos los países latinoamericanos abandonaron sus otrora sistemas inquisitivos, para experimentar con modelos adversariales, incorporando con ello, mecanismos alternativos de solución de controversias penales, para descongestionar la carga de trabajo que sin duda se daría con la instauración de los juicios orales.

Así las cosas, hasta este momento podemos afirmar que la justicia alternativa en nuestro país se afianza progresivamente y va cumpliendo la teleología que le fue encomendada.

En cuanto al tópico penitenciario, los muestreos advierten progresos, pero pocos aún, la realidad es que la justicia retributiva y el “*ius puniendi*” estatal aún permea fuertemente en la cultura jurídica mexicana, y el uso –y abuso– de la figura carcelaria aún están muy arraigados. Los muestreos oficiales a partir de los últimos siete años evidencian una descongestión lenta del sistema penitenciario, que está siendo aliviado por las salidas alternas que se vienen utilizando, cada vez con mayor popularidad en los conflictos penales, además de la ayuda que le han brindado factores exógenos como la “*Ley de Amnistía*”, los “*criterios de oportunidad*”, los “*procedimientos abreviados*”, “*las políticas penitenciarias internas de pre-liberación*”, entre otras, que naturalmente también han incidido en la despresurización del sistema carcelario.

Thomas Kunhn, refiriéndose a la teoría de los paradigmas, afirma que para poder hacer un diagnóstico, objetivo, completo y científico del éxito o fracaso de un paradigma estructural, es menester que transcurran al menos diez años, a efecto de poder tener certeza de su desenvolvimiento y evitar cometer el error de emitir diagnósticos incompletos o prematuros.

Por los años relativamente recientes en los que empezaron a tener vigencia las leyes que se tornaron en el marco normativo del nuevo modelo restaurativo, demos concluir entonces que el paradigma de la justicia alternativa penal aún está en proceso de afianzamiento, pero que en los pocos años que ha operado, ya ha mostrado resultados halagüeños, de tal manera que si sigue teniendo contención por parte de todos los actores y operadores que sostienen este sistema, podría consolidarse como un esquema paradigmático alternativo, con certeza jurídica, realidad fáctica y seriedad institucional, permitiendo con ello materializar el anhelo histórico de nuestro país de alcanzar una genuina cultura de paz.

FUENTES DE CONSULTA

- BARAJAS, E. (2016). *Sistema y política penitenciaria*. Editorial Res pública.
- COHEN, S. (1989). *Abolicionismo Penal* (Trad. M. Ciafardini). Editorial Ediar.
- FOUCAULT, M. (2002). *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión* (Trad. A. Garzón). Siglo XXI Editores.

- KUNHN, T. (1986). *La estructura de las revoluciones científicas*. Fondo de Cultura Económica. (Original publicado en 1962 por la University of Chicago Press bajo el título de *The structure of scientific revolutions*).
- MÉXICO Evalúa (2016). *La cárcel, ¿para qué?*. Centro de Análisis de Políticas Públicas, A.C.
- MINUTA. Dictamen Final del Senado, marzo de 2008, punto II.I, materia de la minuta.
- NASH, C. (2019). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Cuadernillo 7). Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia.
- NEWMAN, E. (2021). *Una alternativa a la pena de prisión: la mediación penal*. www.biblio.juridicas.unam.mx.
- RODRÍGUEZ, L. (2012). *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*. Editorial Porrúa.
- ROLDÁN, L. et al. (1999). *Reforma Penitenciaria integral. El paradigma Mexicano*. Editorial Porrúa.
- SECRETARÍA Federal de Seguridad y Protección Ciudadana. (Cuaderno de información estadística penitenciaria nacional). <https://www.gob.mx>
- VALADEZ, M. (2018). *Acuerdos reparatorios y Suspensión Condicional del Proceso*. Editorial Flores.

26 AÑOS TRAS LA LEY 9.099 DE 1995: CÓMO LA REALIDAD DE LA CÁRCEL BRASILEÑA REFLEJA LA CONTINUA NECESIDAD DE DISCUSIÓN RESPECTO A LA OPORTUNIDAD EN EL ÁMBITO DE DELITOS LEVES

MARINA OLIVEIRA TEIXEIRA DOS SANTOS
Universidad de Salamanca

Tutor: Nicolás Rodríguez-García

Resumen: Este trabajo busca perfilar un panorama empírico de la cárcel brasileña, basado en datos estadísticos, a partir del que se pueden delinear importantes parámetros respecto el total de la población carcelaria con relación a las plazas oficiales existentes, el perfil mediano del humano encarcelado en Brasil, por cuáles crímenes se encarcela más etc. La intención en este trabajo es llegar a conclusiones sobre los efectos de la aplicación de la Ley 9.099 de 1995, tras más de 25 años de su vigencia, en la cárcel brasileña, considerando que esta ley fue uno de los primeros instrumentos legales responsables de la implementación del llamado principio de oportunidad en el país, por medio de institutos despenalizadores y alternativos. Teniendo en cuenta el panorama trazado inicialmente sobre la (precaria) situación de la cárcel brasileña se buscará las respuestas a los siguientes cuestionamientos: ¿Los institutos de la Ley 9.099 de 1995 fueron eficaces cuanto a la minimización de la pena de prisión en Brasil? ¿Cuáles medidas se toman para que aumente esta eficacia? ¿En el actual escenario de ampliación de las medidas de oportunidad, con la inminente vigencia del acuerdo de no persecución penal, cómo será afectada la realidad anteriormente estudiada?

Palabras-clave: Población carcelaria; Oportunidad; Delitos Leves.

INTRODUCCIÓN

Desde 1995 Brasil apuesta por soluciones de oportunidad. La entrada en vigor de la Ley 9.099/95 fue muy polémica durante años por ser una ley

en la que se apostaría por procesos acortados y con soluciones de “oportunidad”, aunque su previsión ya era esperable desde la redacción inicial de la Constitución de 1988, la que determinaba explícitamente la posterior creación de esos *juizados especiais* (art.98).

En la Ley 9.099/95 fueron instituidos institutos de naturaleza despenalizadoras como la composición civil, la *transação penal*, la exigencia de representación para delitos de lesión corporal leve y culposa y la *suspensão condicional do processo*, respectivamente previstos en los artículos 74, párrafo único, 76, 88 y 89. Tanto para los *juizados especiais* civiles como para los criminales, la Ley 9.099/95 dispone que los procesos serán orientados por los criterios de oralidad, simplicidad, informalidad, economía procesual y celeridad, buscando, siempre cuando posible, la conciliación o la transacción (art.2º).

Los *juizados especiais criminais*, por su vez, son especialmente competentes para conciliar, juzgar y ejecutar las infracciones penales de menor potencial ofensivo (art. 60), definidas como todas las contravenciones penales y todos los crímenes a los que la ley determine pena máxima no superior a dos años, cumulada o no con multa (art. 61). Además, aunque los institutos previstos para los *juizados especiais criminais* estén en ley especial, tienen una aplicación amplia en el derecho brasileño respecto a los crimines de menor potencial ofensivo, pudiendo abarcar cualquier instancia de las justicias comunes estaduais y federales y la justicia electoral. Estando, entretanto, excluida su aplicación en la justicia militar por regla expresa del art. 89 (Silveira, 1997, p.276).

En el ámbito de competencia de esta ley, el objetivo inicial era el de eliminar las penas cortas de prisión, apostando en su sustitución por penas alternativas de carácter despenalizador, buscando siempre que posible la reconciliación de las partes y la reparación de los daños de la víctima (Assis, 2008, p.15). El raciocinio de la ley 9099/95, por lo tanto, está basado en la atrocidad de la pena de cárcel, en especial considerando la realidad de la cárcel brasileña, la que pasamos a analizar con el objetivo de saber cuál es el real impacto de la vigencia de la Ley 9099/95.

LA REALIDAD DE LA CÁRCEL BRASILEÑA

Desde el 1938 hasta el 2009 la población carcelaria en Brasil creció 83 veces. En datos respetivos al 2012, la población carcelaria era de 512.482 personas presas para apenas 303.741 plazas, según informaciones colectadas por el IPEA (*Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*) en parceria

con el IBGE (*Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística*) y el *Conselho Nacional de Justiça*(CNJ), en estudio divulgado en el 2015.

En esa investigación el IPEA partió de una muestra de 936 presos que salieron del sistema carcelario en 2006 de cinco estados federados brasileños, avalando la reincidencia previa y posterior (a partir de una nueva condena entre el 2006 y el 2011), considerando como reincidente el que hubiera delinquirido en el plazo de hasta 5 años tras la salida de la cárcel. El IPEA concluyó que, cada 4 apenados, uno será legalmente reincidente (es decir, reincidente con una condena decretada por sentencia firme, no recurrible). Dato que por sí demuestra la ineficacia del sistema carcelario brasileño, aún más cuando se considera la propia información dada por el IPEA que el resultado de su investigación no representaría la realidad, puesto que otros estudios, como el realizado por el DEPEN en el 2001, enseñan tasas de reincidencia mucho más altas, alrededor de un 70% (IPEA, 2021).

Además, según el “*World Prisión Brief*”, plataforma única que contiene los datos carcelarios de diferentes sistemas alrededor del mundo, presentando estadísticas y comparaciones basados en fuentes fiables y oficiales de los países, en el 2019, Brasil tendría un total de 755.274 presos, de los que un 30,4% serían presos provisorios sin condena firme, para un total oficial de 442.349 plazas oficiales de prisión en el sistema brasileño. Configurándose, así, un nivel de ocupación de un 170,7%. Además, señalan que Brasil mantiene una tendencia creciente (desde el 2000 hasta el 2018) de la población carcelaria. Para terminar, en todo el mundo, Brasil es el tercero país con la mayor población carcelaria, detrás apenas de EE.UU y China (ICPR, 2021).

Un brevísimo panorama sobre la cárcel brasileña, por lo tanto, que ya permite inferir tanto la atrocidad de la cárcel en el país, como la incapacidad en lo que concierne el trato de los apenados y la gran cantidad de personas sometidas a estas situaciones.

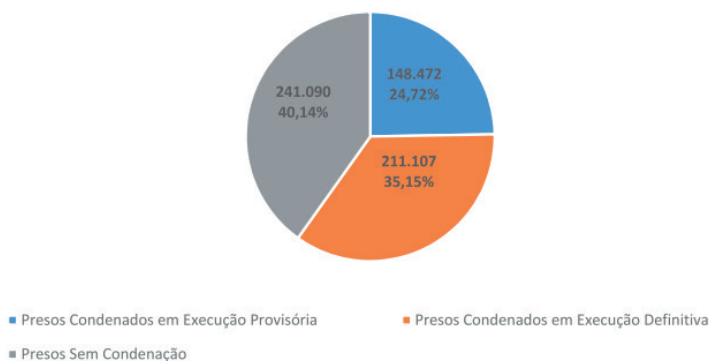
En este sentido, tras la declaración del *Supremo Tribunal Federal* del 2016 que reconoció el estado inconstitucional de la cárcel, en el 2018, el CNJ decidió cambiar la estrategia de control de las cárceles en Brasil, por medio del “*Banco Nacional de Monitoramento de Prisões 2.0*”. Hasta el momento, reconoció el propio CNJ en el estudio, el número total de los presos era apenas una estimación, debido a inexistencia de un control eficaz o de un recuento exacto. De esta manera, el CNJ afirmó que, en este estudio, a partir de un cambio en la estrategia de recuento y en una unificación del sistema, se podría revelar el número exacto de presos en

Brasil, por cual delito y proceso están encarcelados y a cuáles condiciones están sometidos.

Ese estudio es de extrema relevancia para la presente investigación, por lo tanto, en la medida en que permite la real evaluación de la población carcelaria y un asesoramiento de los datos penales y procesales que llevaron a la condena de prisión. De tal manera que, considerando como principal objetivo de la Ley 9099/95 la disminución de la pena de prisión, los datos informados en dicho estudio permiten inferir el real impacto de los institutos de la Ley 9.099/95 en la cárcel brasileña.

A partir de este estudio del CNJ se señalan algunos datos: en el 6 de agosto del 2018 había 602.217 personas en el sistema de cumplimiento de penas privativas de libertad, incluyendo prisiones civiles e internaciones como medidas de seguridad. De esos, un 95% eran hombres mientras apenas un 5% eran mujeres. Con relación a las distintas competencias de la justicia federal y estadual, para juzgar, respectivamente, crímenes contra la unión y crimines en general, del total de personas encarceladas, solo un 0,37% de la población carcelaria era procesada por la justicia federal (un total de 2271 personas), excluyéndose 482 personas que estaban encarcelados por procesos ante ambas justicias (CNJ, 2018).

Otro dato excepcional conferido por ese estudio es el que señala que 40,03% de la población carcelaria son presos sin condena dictada por una sentencia firme. Además, se demuestra la insignificancia de los presos civiles e internados (respectivamente, un total de 0,11% y de 0,15%) ante el total de la población carcelaria. Mientras otros 24,65% son condenados en ejecución provisional y un 35,05% son condenados en ejecución definitiva.



Fuente: CNJ, 2018.

En todo el país, además, los datos enseñan que había apenas 829 personas internadas, es decir, cumpliendo una medida de seguridad, de las cuales un 66% eran internados provisionales y apenas un 18% eran de internados en ejecución definitiva.

Otro dato muy relevante y que enseña la insuficiencia del sistema es sobre el número de presos por tipo de régimen: de todas las personas presas, un total de 266.416 cumplía la pena en el régimen cerrado, mientras apenas un 24% cumplía en el semiabierto (86,766) y un 1,76% en el abierto (6.339 personas).

Asimismo, con los datos referentes apenas a octubre del 2017 hasta agosto del 2018, es decir, en menos de un año, el CNJ señala que en total hubo 109 muertes registradas en las cárceles brasileñas. Considerando, entretanto, la ausencia de datos de dos grandes estados federados del país.

En ese estudio, partiendo del supuesto que a la mayoría de las personas les son imputados más que un tipo penal, el CNJ hizo un cálculo de porcentaje que enseña los tipos penales más asiduos entre los que cumplen una pena de prisión: constituyendo el robo, el tráfico de drogas y el homicidio más de un 50% de los delitos más frecuentes.



Fuente: CNJ, 2018.

En relación con el perfil del preso brasileño, la investigación se basó en la cantidad de respuestas que fueron dadas voluntariamente por ellos. Del total de respuestas dadas: un 30,5% de los encarcelados tendrían entre 18 y 24 y un 23%, entre 25 y 29 años. De manera que, de un 90% de la población carcelaria total - correspondiente al número de respuestas dadas, más de la mitad tiene hasta 29 años. Además, de todas las respuestas dadas - correspondientes a un total de 207.843 personas, un 2,5% son analfabetos, un 24% tiene la enseñanza fundamental (hasta los 15 años aproximadamente) incompleta y un 52,27% la tienen completa, mientras

solo un 19% llegó a empezar la enseñanza mediana (“ensino médio”) y apenas un 1,29% empezó la enseñanza superior (carrera).

EL IMPACTO DE LOS INSTITUTOS DE LA LEY 9.099/95 EN LA CÁRCEL BRASILEÑA

Se nota que la situación de la cárcel en Brasil es extremadamente atroz y cruel, pasando de la falta de datos y la incapacidad del sistema de gerenciar los condenados a la barbaridad con la que conviven los apenados. De manera que, más que nunca, la aplicación de la pena de privación de libertad en el escenario brasileño debe de ser limitada a los casos más graves en los cuáles otras penalidades alternativas no sean suficientes para cumplir con el fin de las penas. Es decir, cuándo penas alternativas no sean lo suficiente para, en el caso concreto, permitir la prevención general o especial.

En Brasil, el norte de la ejecución penal es la prevención especial positiva, como dispuesto en el art. 1º de la Ley 7.210/1984 (Ley de Ejecución Penal). Sin embargo, señalamos que esta no debe de ser el único fin de la pena. Esto porque, más que una resocialización, el Estado tiene que garantizar la no desocialización del condenado durante la ejecución penal, es decir, que la sentencia se cumpla teniendo en cuenta todos los derechos básicos y fundamentales de cualquier persona.

En ese sentido, el actual estado de la generalidad de las cárceles en Brasil hace con que la aplicación de medidas alternativas a la privación de la libertad sea aún más relevante para garantizar una real prevención del crimen, en especial en lo que concierne la prevención especial positiva del agente y su resocialización. Y, por lo tanto, su no desocialización por el sistema carcelario.

Como analizado anteriormente, los números del “*Banco Nacional de Monitoramento de Prisões 2.0*”, realizado por el CNJ a partir del 2018, enseñan que la mayor parte de la población carcelaria hace parte de una población joven y masculina, aún no condenada por una sentencia firme y que está siendo procesada, en su mayor parte, por crimines de robo, tráfico de drogas y homicidio, ninguno de los cuales es pasible del régimen de la ley 9099/9595, debido a la previsión de penas mínimas mayores que dos años.

Los datos analizados, por lo tanto, permiten que se infiera que la Ley 9099/95 sí se aplica correctamente y produce buenos resultados en el ámbito de los crimines que están dentro de su competencia. Esto porque, no obstante números que aún señalan la deficiencia del sistema carcelario,

la mayor parte de la población carcelaria no es compuestas por personas que han podido ser beneficiarias de los institutos despenalizadores de la Ley 9.099/95.

Hay que señalar que esta conclusión es coherente con la acción demostrada por las autoridades judiciales brasileñas desde hace dos décadas. En este sentido, desde septiembre de 2000, surge en el ámbito del *Ministério da Justiça*, por medio de la *Central Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas* (CENAPA) la iniciativa de difundir la aplicación de penas alternativas en el país. Por medio de la elaboración de muchos convenios con los estados federados, con los tribunales de justicia, secretarías del estado, defensorías públicas etc. A lo largo de los años, el CENAPA sufrió innumerables modificaciones, consecuencias de mudanzas estructurales del propio *Ministerio de Justiça*, de tal manera que, con el tiempo, el CENAPA pasó a tener un presupuesto propio y hacer parte del *Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)*. Además, su programa fue expandido, siendo responsable por la capacitación de órganos y jueces y por la detención de datos significativos en pocos años: ya en el 2007 pasaron a existir alrededor de 18 *Varas* especializadas, 249 centrales, 88.837 ejecuciones y 422.522 aplicaciones de penas y medidas alternativas en todo el país.

Es más, sin negar la importancia de esta estrategia nacional, fue con la creación de centros regionales de acompañamiento de penas alternativas que el país pasó a beneficiarse de una ejecución y aplicación excelentes de las mismas. En ese sentido, por ejemplo, se destaca la iniciativa del Ministerio Público del Distrito Federal y de los Territorios brasileños (el MPDFT) el que, por medio del CEMA (la *Coordenadoria Executiva de Medidas Alternativas do MPDFT*), una unidad técnico-administrativo, busca asesorar los fiscales en la aplicación de las medidas alternativas previstas en la ley 9099/95 con el objetivo de orientar las acciones, proyectos y estrategias a la ampliación de la aplicación de alternativas penales y enfrentar el encarcelamiento en masa para, como meta, reducir el número de personas presas en el país en un 10% hasta el 2019. Solo en el 2016, por ejemplo, fueron aplicadas 2054 transacciones penales y 2610 suspensiones condicionales. Señalan que en ese año contaban con 381 instituciones asociadas, a las cuales fueron concretizados alrededor de 1790 encaminamientos para educación, palestras y cursos (CMA, 2016). Para terminar, otros estados de Brasil que se pueden citar como ejemplos en la aplicación de medidas y penas alternativas son, además, São Paulo y Rio de Janeiro (CRSC, 2021). São Paulo, a partir de su *Central de Penas y*

Medidas Alternativas Penais (CPMA), responsable por el encaminamiento de apenados para distintas instituciones donde se cumple pena según la profesión, grado o habilidades anteriores, vinculada a la *Central Integrada de Alternativas Penais e Inclusão* (CEAPIS), la que busca atender a las personas tras la identificación de las demandas asistenciales, sociales y psicológicas evaluadas en *Audiencia de Custodia*. Por último, Rio de Janeiro, con las *Centrais de Penas e Medidas Alternativas* (CPMA), responsable por el acompañamiento de los apenados de penas restrictivas de derechos y otras medidas alternativas (*Poder Judiciário do Rio de Janeiro*, 2021).

EL ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN PENAL

En el final de 2019 la Ley nº13.964/2019, llamada “*Pacote Anticrime*” reguló la posibilidad de realización del acuerdo de no persecución penal a partir del nuevo art. 28-A del *Código de Processo Penal* brasileño. Esta nueva modalidad de derecho penal consensual debe de ser tratada en este trabajo ya que permite la aplicación de penas alternativas a la prisión cuando se cumplan los siguientes requisitos: (i) no sea debido el archivo de la investigación por el Ministerio Público (MP); (ii) el investigado haya confesado la practica de delito sin violencia o grave amenaza con pena mínima menor que 04 años; (iii) sea reparado el daño o restituida la cosa a la víctima cuando posible y (iv) el investigado haya renunciado a los bienes y derechos usados como medios, producto o provecho del crimen. En estas situaciones, se podrá acordar el cumplimiento de penas de prestación de servicio a la comunidad, de prestación pecuniaria o el cumplimiento de otra condición determinada por el Ministerio Público desde que sea proporcional y compatible con el delito.

Este nuevo acuerdo de no persecución penal, por lo tanto, podría llegar a ampliar la posibilidad del no encarcelamiento puesto que según lo previsto legalmente será un acuerdo que podrá ser llevado a cabo para delitos que tengan como pena mínima un máximo de 04 años de prisión, como la corrupción pasiva (art. 317 CP) y el *peculato* (art. 312 CP), mientras la Ley 9.099/95 restringe la aplicación de sus institutos a las contravenciones penales y a los crimines cuya pena máxima sea inferior a 02 años de prisión.

No obstante, a partir de los propios datos analizados anteriormente respeto a la formación de la población carcelaria en Brasil, podemos inferir que este nuevo instituto no supondrá otro gran avance en la disminución del encarcelamiento en masa en Brasil. Esto porque, por la manera

como fue legislado, independientemente de su ánimo despenalizador similar al de la ley 9099/95, el acuerdo de no persecución penal no podrá ser celebrado en delitos realizados con violencia o gran amenaza, es decir, crimines de robo y homicidio, ni en delitos de tráfico de drogas (art. 33 de la Ley nº11.343/2006) cuya pena mínima es de 05 años de prisión. Por consiguiente, el acuerdo de persecución penal no afectará a lo que constituye más de la mitad de la actual población carcelaria en Brasil, condenados o procesados por robo, tráfico de drogas y homicidio.

BREVES CONCLUSIONES

A partir de esta investigación es posible inferir la importancia del ánimo despenalizador la Ley 9099/99 en la población carcelaria brasileña. Los institutos consensuales previstos en esta ley para los delitos de menor potencial ofensivo son aplicados alrededor del país de manera efectiva según enseñan los datos concretos del CNJ sobre la población carcelaria, cuya gran mayoría es compuesta de personas condenadas o procesadas por otros delitos más graves, que se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la Ley 9.099/95. Se concluye, además, sobre la importancia de los actos administrativos y políticos en Brasil desde hace dos décadas en el sentido de incentivar la aplicación de penas y medidas alternativas, tanto en ámbito nacional como regional.

Para terminar, señalamos que, a pesar del inicial intuio despenalizador del nuevo acuerdo de no persecución penal y su amplitud a delitos cuya pena mínima tenga un máximo de 04 años de prisión, el hecho de que no pueda ser aplicado en delitos cometidos con violencia o gran amenaza disminuye el impacto real que pudiera en la actual población carcelaria.

REFERENCIAS

- ASSIS, J. (2008). *Juizados especiais criminais: justiça penal consensual e medidas despenalizadoras*. Juruá.
- CIRINO, J. (2006). *Direito Penal*. Lumen Juris.
- CMA (2016). *Dados estatísticos do ano 2016*. https://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/unidades/sema/estatistica/ESTATISTICA_SEMA_-2017.pdf.
- CNJ (2018). *Banco Nacional de Monitoramento de Prisões 2.0*. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf>

- CRSC (2021). *O que é, serviços e estatísticas*. <http://www.sap.sp.gov.br/crsc.html#top>
- FARIA, J. (2005). *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*. Coimbra Editora.
- FIGUEIREDO, J. (2007). *Direito Penal. Parte Geral: Tomo I*. Coimbra Editora.
- ICPR (2021). *World Prison Brief*. www.prisonstudies.org
- IPEA (2015). *Reincidência Criminal no Brasil: relatório de pesquisa*. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/716becd-8421643340f61dfa8677e1538.pdf>.
- KAWAGUTI, L. (13 Marzo 2014). Prisões Modelo apontam soluções para crise carcerária no Brasil. *BBC Brasil*. https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/03/140312_prisoes_modelo_abre_lk
- PODER Judiciário do Rio de Janeiro (2021). *Centrais de Penas e Medidas Alternativas*. <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/projetos-especiais/centraisdepena>
- ROCHA, G. (2008). *A trajetória da central nacional de penas e medidas alternativas do Ministério da Justiça*. https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/Artigos/TrajectoriaCentralNacionalPenaseMedidasAlternativas_GederRGomes.pdf
- RUIVO, M. (2012). O fundamento da pena criminal; para além da classificação dicotômica das finalidades. *Revista portuguesa de ciências criminais*, 22(2), pp. 175-199.
- SILVEIRA, E. (1997). Questões ainda controvertidas sobre a suspensão condicional do processo penal. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, 18.

EL TRIBUNAL DEL JURADOS: UNA COMPARACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS DE SENTENCIA EN ESPAÑA Y BRASIL

MATEUS MARQUES
Universidad de Salamanca

Tutor: Adán Carrizo González-Castell

Resumen: El propósito de este ensayo es discutir la reinserción del papel del jurado ante el proceso penal español, especialmente en lo que respecta a la participación popular como forma de democracia que compatibiliza la garantía de la ciudadanía de participar directamente en el proceso penal español como forma de administración de la justicia.

Palabras clave: Tribunal de Jurado - Democracia - Procedimiento Penal

ASPECTOS HISTÓRICOS DEL JURADO EN ESPAÑA.

Tras marcar el fin de la dictadura franquista en España, la Constitución democrática de 1978 estableció en su artículo 125 el derecho del ciudadano a participar en la administración de justicia, a través del tribunal de jurados. Sin embargo, en su artículo 120 (3) se garantizaba la motivación de las decisiones judiciales, lo que llevó a juristas y políticos a debatir durante años la viabilidad de establecer un modelo de tribunales mixtos, integrado por jueces legos y jueces profesionales, siguiendo la tendencia continental de abandonando el modelo clásico observado en Francia, Italia y Alemania. Finalmente, prevaleció la opción por un sistema puro, con la Ley Orgánica del Tribunal de Jurados de 1995 (LOTJ) configurada un modelo sui generis, que compatibiliza la garantía de los ciudadanos de participar directamente en la administración de justicia con la garantía de la motivación de decisiones judiciales, generalmente ajenas a los procesos llevados a cabo ante el jurado popular.

Es interesante señalar, por otro lado, que en ningún momento la norma constitucional española o la LOTJ pretendieron conferir al jurado la notoria condición del derecho del imputado a ser juzgado por sus pares, como garantía ante un posible arbitraje. por los jueces. La intención del

legislador, que está bastante clara en la exposición de motivos, es lograr la participación popular en las decisiones judiciales, y no crear una justicia alternativa. Esta expresión impide que el imputado pueda renunciar al juicio por jurado en favor de una demanda ante el juez.

Así, el jurado español está presidido por un juez profesional y está compuesto por nueve jurados, quienes, previa deliberación en secreto, deberán declarar probados o no probados los hechos que integran la imputación y los eventualmente alegados por la defensa, resolviendo así la culpabilidad o inocencia del acusado.

SOBRE EL SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO ESPAÑOL: ¿JURADO PURO O ESCABINADO?

Sin embargo, antes de la decisión de optar por el sistema de “jurado puro”, no faltaron discusiones académicas y políticas sobre las ventajas y desventajas del sistema de jurados frente al escabinado. Hay que recordar que todos los países vecinos de España, ya habían optado por el sistema escabinado.

El tema, sin embargo, no es pacífico en España, entendiendo, parte de la doctrina, que el texto constitucional se refiere, no al Tribunal de Jurado puro, sino al escabinado. Para todos, Juan Antonio Alejandre, quien declara que el art. 125 de la Constitución Española, se refiere al escabinado, ya que también incluye una forma de participación ciudadana en la administración de justicia.

Sin embargo, a pesar de la opinión de los antijuristas, el sistema elegido por el legislador fue el puro sistema de jurados, en el que los ciudadanos deliberan y emiten su veredicto, sin la ayuda o apoyo de ningún juez profesional, calificando los procedimientos judiciales por jurados, por LOTJ, de un modelo constitucional español, como sistema puro, por la propia idiosincrasia del sistema judicial español, que tiene características propias, como el objeto del veredicto, que cubre sólo la cuestión de hecho, a diferencia del estadounidense sistema, y sin embargo de motivación, sujeto al principio de legalidad, ya que al ser el veredicto de la *lex specialis*, y con representación en la sociedad, no puede eludir el mandato legislativo.

LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL DE JURADO EN ESPAÑA

La competencia del jurado, en España, es la disciplina del arte. 1º de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado - LOTJ, con posibilidad de mayor

ampliación de la lista de delitos en ella referidos. doctrina que, en la selección de delitos de su competencia, aquellos cuyos elementos normativos son fácilmente competencia son buscados por jueces legos, por lo que se caracterizan fundamentalmente, delitos contra la vida, delitos cometidos por funcionarios públicos, expresamente excluidos de la prevaricación, delitos contra el honor, la libertad y seguridad y delitos contra incendios. Se observa que, en los delitos contra las personas, a diferencia del sistema brasileño, sólo los delitos consumados serán competencia del jurado (cf. art. 5.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Jurados).

Corresponde al Juzgado de Jurado conocer los delitos cometidos en relación con los previstos en el art. 1 de la Ley Orgánica, con excepción, reincidencia, del delito de dolo. En definitiva, la competencia objetiva del jurado se extiende a la continuación del delito, siempre que, al menos, uno de los delitos incluidos en la continuidad penal sea de su competencia (cf. art. 5.3 de la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado).

La competencia del Tribunal del Jurado, de conformidad con el artículo 125 de la CE, está restringida a los casos en que la ley del país así lo determine. El artículo 83, 2 d) de la LOPJ determina que, de acuerdo con el texto de la Constitución, la competencia del Jurado se determina según la naturaleza de los delitos y el alcance de las penas señaladas en ellos. De esta forma, podemos decir que se prohíbe la intervención del Juzgado de Justicia en el conocimiento de la culpabilidad (restricción al proceso penal), solo puede llevar su competencia a los delitos en los que está expresamente prevista y que la competencia objetiva, *ratione materiae*, requirió al legislador adoptar el sistema de enumeración de delitos en relación con su competencia:

El Tribunal de Jurado en España es competente para conocer de los siguientes delitos: a) Homicidio (arts. 138 a 140 CP), sólo delitos consumados; b) amenazas (art. 169, 1º CP); c) omisión del deber de auxilio (artículos 195 a 196 CP); d) violación de domicilio (artículos 202 a 204 CP); e) Incendios forestales (arts. 352 a 354 CP); f) infidelidad en la custodia de documentos (artículos 413 a 415 CP); g) cohecho (artículos 419 a 426 CP); h) Trata de influencias (arts. 428 a 430 CP); i) uso indebido de dinero público (artículos 432 a 438 CP); j) ejecución ilegal fraudulenta (artículos 436 a 438 CP); k) Negociaciones prohibidas a los empleados (arts. 439 a 440 CP) 1) Infidelidad en la custodia de los presos (art. 471 CP).

A pesar de la advertencia realizada, en el sentido de que la lista de delitos de difícil comprensión debe ser excluida de la lista de delitos, la

doctrina española advierte que el juez lego ha sido facultado para una serie de delitos que no pueden ser juzgados. susceptibles de ser fácilmente aprehendidos, citando como ejemplo los delitos cometidos por funcionarios públicos, como el fraude y tráfico de influencias, así como el delito de dolo.

La lista de delitos cuya competencia se atribuye al jurado es criticable, ya que el criterio observado en la elección no es la gravedad del delito, sino la naturaleza del delito, lo que da lugar a la inclusión de delitos de escasa relevancia punitiva. como la “infidelidad bajo custodia de los presos”, junto a otras sancionadas con penas máximas, como el homicidio “.

Parte de la doctrina española, considera que el criterio que siguió el legislador para la distribución de la materia penal entre los diferentes procedimientos penales fue la severidad de la pena. La falta simple, también denominada genéricamente ‘bagatelas’, resultó del llamado procedimiento de sentencia de falta. Los delitos que correspondían a un máximo de seis años de condena fueron procesados mediante un procedimiento abreviado. Finalmente, los delitos más graves, que establecen penas de más de seis años, deben seguir el procedimiento ordinario. Con la supuesta Ley del Jurado se abandonó este criterio de distribución de los delitos entre los diferentes modelos de proceso penal. El Tribunal de Jurado tiene varios delitos dentro de su jurisdicción. En esta lista, podemos encontrar delitos graves como el homicidio y los delitos leves como amenaza.

SOBRE EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE LAS SENTENCIAS SOMETIDAS A JURADOS EN EL SISTEMA ESPAÑOL.

En medio de un juicio oral y público, se inaugura la fase instruccional con la lectura de la imputación, luego de la cual las partes presentarán sus alegatos iniciales a fin de explicar al jurado sus consideraciones sobre los hechos y las cuestiones legales involucradas en el asunto. además de las conclusiones que esperan que la evidencia pueda demostrar. Estas intervenciones iniciales de las partes también tienen la capacidad de brindar al jurado, utilizando un lenguaje accesible, los subsidios necesarios para comprender los hechos y las respectivas categorías legales.

Corresponde al juez conducir el proceso con el fin de esclarecer la verdad, debiendo rechazar cualquier línea de investigación que sea impertinente para tal fin. Los jurados, así como el juez, pueden hacer preguntas a los testigos, quienes serán mediados por él. También pueden tomar notas y examinar las pruebas documentales pertinentes.

Siguiendo la tendencia de la mayoría de los sistemas de jurados de la Europa continental, el derecho español rechazó el típico modelo de veredicto del common law, en el que los miembros se limitan a declarar culpable o inocente al imputado, previa instrucción del juez sobre la ley aplicable y los principios que rigen el análisis de la sentencia. prueba para la determinación de los hechos. El legislador español apostó por el modelo de veredicto especial, en el que el jurado debe responder a una serie articulada de propuestas elaboradas por el juez que preside.

Sin embargo, a diferencia de los cuestionarios habituales, el español no envía preguntas a los jurados para que las respondan con “sí” o “no”. De otra forma, busca presentar una serie enlazada de los supuestos fácticos pertinentes alegados, diferenciando entre los favorables y los contrarios al imputado. La diferenciación es relevante a los efectos de la votación de los jurados, ya que la ley exige un número diferente de votos dependiendo de si el hecho es a favor o en contra del acusado. El jurado debe analizar cada cuestión y declarar si la considera probada o no. Para considerar probada una proposición favorable al acusado, sólo se necesitan cinco de nueve votos. Si el hecho es contrario al imputado, en cambio, la mayoría requerida es de siete votos para considerarlo demostrado por la prueba.

Este sistema cobra sentido una vez que se relaciona con el llamado auto de hechos justiciables, que es la pieza que elabora el juez en la fase preparatoria de lo juicio oral que contemple los hechos que la acusación y la defensa pretenden manifestar ante los tribunales, con posterioridad a sus manifestaciones. También es en esta ocasión que el magistrado comunicará sobre la aprobación o rechazo de la prueba propuesta.

Según el artículo 52 de la LOTJ, el cuestionario denominado “objeto del veredicto”, debe ser propuesto para cada delito y para cada imputado y debe contener: (1) el relato de los hechos alegados por las partes en párrafos separados, diferenciando las que sean contrarias y favorables al imputado, y para cada una el jurado deberá declarar si han sido probadas o no; (2) siguiendo los mismos criterios de separación, se expondrán los supuestos hechos que puedan determinar la exención de responsabilidad; (3) luego, los hechos serán presentados en párrafos sucesivos que determinen el grado de ejecución, participación y modificación de responsabilidad; (4) finalmente, se especificará el acto delictivo por el cual el imputado debe ser declarado culpable o inocente.

Recibido el objeto del veredicto, los jurados serán instruidos por el juez presidente en audiencia pública sobre la función de las preguntas, las reglas que rigen la deliberación y votación y la forma en que deben

reflexionar sobre el veredicto, según el artículo. 54 del LOTJ. Además, el juez explicará la naturaleza de los hechos en discusión, especificando aquellos que constituyen los elementos del delito y los que dan lugar a la exención o modificación de responsabilidad. Finalmente, el juez aclarará que, si los miembros del jurado tienen dudas sobre un hecho determinado, deben decidir de la manera más beneficiosa para el imputado.

Cabe señalar que las instrucciones del juez en el contexto español no juegan el mismo papel que las angloamericanas, ya analizadas. No fue intención del legislador español permitir al magistrado hacer un resumen de los hechos y pruebas presentados, ni comentarlos, expresando su opinión.

Con respecto a las cuestiones de derecho sustantivo, ambos modelos se centran de manera diferente en la forma deseable de orientar a los jurados.

Las instrucciones americanas buscan exponer al jurado, básicamente, los hechos que la fiscalía debió haber podido demostrar para que el imputado sea declarado culpable, según los elementos constitutivos del delito imputado. Los miembros del jurado deben verificar que esta demostración se llevó a cabo a la luz de todo lo que se discutió en el tribunal, utilizando todas las inferencias (racionales) posibles de la evidencia disponible. Las instrucciones españolas, a su vez, se limitan al contexto del formulario de sentencia, buscando orientar al jurado sobre la naturaleza de los hechos en discusión de acuerdo con las propuestas contenidas en el mismo, aclarando cuáles de ellas son las circunstancias constitutivas del delito y cuáles se refieren a la exclusión o modificación de responsabilidad, dejándole a usted concluir la culpabilidad o inocencia del imputado de lo que considere probado.

A pesar de la sutil diferencia, se puede decir que en el modelo derivado de la ley de coman, las instrucciones pretenden, precisamente, orientar el razonamiento de los jurados y delimitar su actuación, con el fin de orientarlos sobre cuándo están autorizados a actuar. Condenar y al absolver, a partir de sus conclusiones sobre los hechos. Por otro lado, en España las instrucciones adquieren una finalidad de aclaración, de orientación sobre la dinámica del voto y de los elementos tácticos del delito. No proponen dirigir la actuación del jurado. Sin embargo, el magistrado español tiene condiciones efectivas para controlar esta acción a posteriori, en la medida en que encuentra una contradicción en las respuestas contenidas en el acta del veredicto, por ejemplo. Dicha verificación no es práctica en el formato

del veredicto general angloamericano, según el cual el jurado solo se pronuncia sobre la culpabilidad o inocencia del imputado.

Se podría decir que a los jurados españoles se les pone una “camisa de fuerza fálica” por las pretensiones de las partes, tal y como se concretan en las detalladas proposiciones del veredicto. Limitados por el material fálico establecido en las preguntas, no son libres como los jurados angloamericanos para discutir entre ellos los variados arreglos fácticos de los elementos probatorios, con miras a llegar a un veredicto [...]. Los jurados angloamericanos, en cambio, se enfrentan a una “camisa de fuerza jurídica”, tanto en los aspectos materiales como procesales, considerando que los hechos a su disposición están limitados por las reglas de admisibilidad probatoria, y su interpretación está limitada por normas jurídicas instrucciones del juez presidente.

Cabe señalar, sin embargo, que los jurados españoles tienen la prerrogativa de incluir cuestiones fácticas en el objeto del veredicto, o incluso de modificar el contenido de las propuestas realizadas si no logran obtener la mayoría necesaria de votos. Esto es posible siempre que este cambio o inclusión no dé lugar a una variación sustancial en el contenido fáctico y siempre que no represente un cambio o agravamiento de la responsabilidad penal reclamada por la acusación. La intención es dotar al jurado de cierta flexibilidad para permitirle un acercamiento lo más cercano posible a su percepción de los temas. Al mismo tiempo, buscamos evitar absoluciones inesperadas, ante la posibilidad de ver al jurado sorprendido por la rigidez o supuesta contradicción en las preguntas formuladas.

La práctica muestra, sin embargo, una gran disparidad de tendencias por parte de los magistrados en la construcción del objeto del veredicto. Mientras unos buscan limitar las proposiciones a aquellos hechos considerados absolutamente necesarios para la caracterización de los elementos del delito, además de las agravantes y atenuantes, otros sometieron a los jurados prácticamente todas las afirmaciones fácticas contenidas en los alegatos de las partes, habiendo formularios ya grabados con más de 150 preguntas.

Sin embargo, la gran cantidad de proposiciones tiene un efecto contraproducente en el razonamiento de los jueces. En primer lugar, contrariamente a lo que pueda parecer, un cuestionario reducido no significa un análisis más abreviado de los hechos, sino que tiene el efecto de llevar a reflexiones más profundas y detalladas sobre el contenido de cada formulación. Un cuestionario extenso, a su vez, tiende a dar lugar a razonamientos más abreviados en medio de la búsqueda de la optimización del

tiempo. En segundo lugar, cuanto más numerosas sean las proposiciones, más difícil será para el jurado vincularlas y comprenderlas dentro de un mismo contexto, en su relación con la infracción imputada, lo que, en consecuencia, perjudicará el razonamiento a emplear para la conclusión sobre la culpabilidad o inocencia del acusado. Cabe mencionar que el magistrado deberá devolver el acta de votación al jurado para su posterior deliberación si encuentra, entre otras hipótesis, alguna contradicción entre los hechos considerados probados o entre ellos y la declaración del jurado de reconocimiento de la culpabilidad del imputado.

En cuanto a la motivación del veredicto en la LOTJ, la medida encarna algo que se venía exigiendo tradicionalmente desde que la ley procesal aceptó los requerimientos del Estado liberal. Con la posibilidad de conocer sus fundamentos, se pretende que el proceso de aplicación de la norma sea exteriorizado y explicitado, principalmente para el propio ciudadano imputado. Además, el interés por establecer un proceso de toma de decisiones racional y controlable es explícito, al combinar la fundamentación del veredicto con la articulación de los hechos en el cuestionario.

Es evidente que la incorporación de esta exigencia de razonamiento debe tener en cuenta las particularidades del jurado, especialmente el desconocimiento técnico de los jueces, lo que exige una adaptación al modelo tradicional de motivación. De esta forma, el Tribunal Constitucional afirmó que el requisito de motivación no es el mismo para los magistrados profesionales y los jueces legos. Se asume que los miembros del jurado utilizarán expresiones específicas a su nivel cultural y lenguaje común. Además, según la Corte Constitucional, el requisito de motivación se satisface cuando se pueden comprender los elementos probatorios que sustentan la consideración de los hechos considerados probados, sin requerir una justificación exhaustiva o detallada de todos los aspectos involucrados en este análisis. Lo importante es que se puede constatar que la decisión adoptada fue producto de un análisis cuidadoso de los hechos sustentados en los elementos probatorios, ajenos a arbitrariedad alguna.

En posesión del acta de votación, el magistrado deberá dictar sentencia, incluyendo los hechos que el jurado considere probados y no probados, y el delito objeto de absolución o condena. En este último caso, el juez también deberá materializar en la sentencia la existencia de prueba incriminatoria requerida por la garantía constitucional de la presunción de inocencia, de conformidad con el artículo 70 de la LOTJ.

Parece que, incluso de manera sucinta, el razonamiento que emana de los jurados es un hábil mecanismo para cumplir con las demandas hechas

por la Corte Europea en el *Taxquet v. Bélgica*. A través de ella se permite al imputado conocer, comprender y aceptar las razones por las que el jurado lo condenó o absolvió, así como cuáles fueron los hechos que se consideraron probados y cuáles fueron las pruebas decisivas para llegar a tal conclusión. La articulación del cuestionario analítico fáctico con la exigencia de presentar las razones sucintas permite verificar la coherencia del razonamiento de los jurados, en el sentido de compatibilidad entre los hechos considerados probados con la decisión de condena o absolución.

Además, como el veredicto es el resultado de una decisión colectiva -por la cual los jurados deben analizar cada uno de los hechos alegados por las partes a partir del conjunto probatorio- el resultado es un vínculo del ser razonamiento con la prueba producida, reduciendo las posibilidades de ver prevalecen las influencias subjetivas, de modo que la decisión está dotada de mayor racionalidad.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA DETENIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

Los derechos fundamentales del detenido están en la Constitución española, pero también en el Código de Procedimiento Penal, en su artículo 520, 2, que establece que toda persona detenida o detenida debe ser informada de forma comprensible e inmediata, en los hechos alegados y los motivos que motivan su privación de libertad y los derechos de auxilio y, en especial, los siguientes: a) Derecho a guardar silencio, a no declarar si no quiere, a no contestar ninguna de las preguntas que se le formulen y hablar sólo 'ante el juez. b) El derecho a no ser inculcado; c) El derecho a nombrar abogado y solicitar su presencia para que pueda vigilar los procesos policiales y judiciales de declaración e intervención de declaración e intervención y cualquier reconocimiento de identidad que sea el objeto. Si el detenido o preso no designa abogado, será designado funcionario; d) El derecho a ser puesto en conocimiento de su familia o de la persona que él indique, el centro penitenciario y el lugar de custodia. Los extranjeros tienen derecho en cualquier circunstancia a que se informe de su detención al consulado de su país; e) el derecho a la asistencia gratuita de un intérprete, en el caso de un extranjero que no comprenda ni hable español; f) El derecho a ser examinado por el médico forense o su suplente legal, en su ausencia.

El derecho al silencio en el sistema español está previsto en el art. 24.2 de la Constitución Española (CE), así como en numerosas disposiciones

del Código de Enjuiciamiento Penal (LECr), como otros artículos 385, 386, 387, 395, 408, 409 etc.

La ley complementa la prohibición de la tortura, que es el máximo refuerzo del derecho al silencio, previsto en los artículos 15 CE, 174 y 1176 del CP. El veto afecta no solo a la violencia física, sino también a la psicológica y moral.

El artículo 2 del Código Procesal Penal establece la obligación de la Policía ante el Ministerio Público y el juez de informar al detenido de los hechos y los motivos de su detención. El Código Penal, en el artículo 537, sanciona a la autoridad o funcionario que no informa inmediatamente al detenido, los motivos de su detención.

El acusado disfruta de la voluntariedad. en. sus declaraciones, por lo que no se puede hablar de un verdadero interrogatorio, sino de una declaración libre y espontánea del imputado. La confesión del imputado, además, no exime al juez de instrucción de realizar todas las gestiones necesarias para adquirir la convicción de la veracidad de la confesión y de la existencia del delito (art. 406 LECr).

Forma parte del conjunto de derechos del imputado, la asistencia de abogado del artículo 118 de la Ley de Procedimiento Penal, y que encuentra expresión en el artículo 767 de la LECr, que dice, que desde el momento de la detención o desde las acciones Como resultado de la imputación de un delito contra una persona, será necesaria la asistencia de un abogado, es decir, es fundamental que el sujeto, ante las acusaciones estatales, cuente con un defensor a su lado.

CONCLUSIONES

Finalmente, en el presente estudio aparece que la implementación del Tribunal de Jurados en la justicia española rompió barreras históricas, otorgando al jurado la notoria condición del derecho del imputado a ser juzgado por sus pares, como garantía ante un posible arbitraje. por los jueces. En este sentido, la intención del legislador, que queda bastante clara en la exposición de motivos de la Ley Orgánica del Tribunal de Jurados - LOTJ, es la concretización de la participación popular en las decisiones judiciales - y no la de crear una justicia alternativa.

BIBLIOGRAFIA

ACOSTA, R. (1993). *El Jurado: Vision historica y critica*. UNED.

- ALEJANDRE, J. (1981). *La justicia popular en Esparta: análisis de una experiencia histórica; los tribunales de jurados*. Ed. de la Universidad Complutense.
- BANDRÉS, J. (2003). *Poder judicial y Conslinición*. Bosh.
- DEU, R. (2003). *Lecciones del derecho procesal penal*. Marcial Pons.
- FAIREN, V. (1997). *El jurado. Cuestiones practicas, doctrinales y politic= de las leyes espaiolas de 1995*. Marcial Pons.
- FIGUEIRA, L. (2008). *O ritual Judiciário do tribunal do júri*. Sergio Antônio Fabris editor.
- GANZENMÜLLER, Frigola y Escudero (1996). *Guia practica de la ley del jurado*. Bosch.
- GARCIA, A. (1975). *Los fueros de Toledo*.
- GONZALESZ, F. (1887). *El processo penal*. .
- GOULART, F. (2008). *Tribunal do Júri. Aspectos críticos relacionados à prova*. Editora atlas.
- MENDEZ, F. (2000). *Enjuiciamiento criminal. Septima lectura constitucional*. Atelier.
- NAVARRO, J. (1961). *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil reformada conforme a las bases aprobadas por. la Ley de 21 de junio de 1860 [i.e. 1880]*. Institute Editorial Reus.
- NUCCI, G. (s.f.). *Juri. Princípios constitucionais*.
- PEREZ, M. (1996). *Comentários sistemáticos a la Ley del Jurado y la reforma de la prision preventiva*. Editorial Comares.
- PÉREZ, M. (2001). *Lua instrucciones al jurado*. Tesis (Doutorado em Direito) – Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, Universidad Jaime I de Castellón.
- PILADO, E. y Rodriguez, X. (2004). *La deteccion*. Boletin oficial del Estado.
- RANGEL, P. (s.f.). *Tribunal do Riri*, cit.
- REBOLLO, B. (2004). *Los Jurados en USA y en Espana: Dos Contenidos distintos de la misma expresion*. Dykinson.
- SORRIBAS, A. y Medina, J. (2001). *Reflexiones en torno al procedimiento por jurados*. Septem Ediciones.
- THAMAN, S. (1997) Spain Returns to Trial by Jury. *Hastings International and Comparative Law Review*, (21).
- TOURON, C. (s.f.). *Manual del jurado*. Editora Abella.
- TRUFFIN, B, y Arjona, C. (2009). The cultural defense in Spain en M. Foblets y A. Renteeln (Eds.), *Multicultural jurisprudence. Comparative perspectives on the cultural defense*.
- URBANO, E. (1997). El Jurado y el delfto conexo. *La ley*.

- VELASCO, P. (1995). *El Tribunal del jurado desde la psicología social*. Siglo XXI Editores.
- VÉLEZ, E. (2007). *La Motivación y Racionalidad del Veredicto em el Derecho Español y em el Derecho Norteamericano*. Instituto Vasco de Derecho Procesal.

EL DEBER DE ESCLARECER LOS HECHOS Y EL PROBLEMA CON EL SECRETO MINISTERIAL

LUIS ALONSO HAGELSIEB DÓRAME

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas

NIMROD MIHAEL CHAMPO SÁNCHEZ

Resumen: En el presente ensayo se abordará el derecho fundamental de libertad religiosa desde la normatividad jurídica internacional y mexicana.

Desde esta dimensión socio-religiosa se realizará un análisis cuantitativo, sobre las religiones dominantes en México.

Partiendo de las características socio-religiosas propias de México se abordará en lo específico la Iglesia Católica desde sus ministros religiosos, el cual dentro de sus obligaciones está la administración de los sacramentos, dentro de los cuales está el sacramento de la penitencia.

Mismo que es un derecho de todo laico y una obligación por parte del presbiterio, dentro del cual existe el “sigilo sacramental” el cual se analizará su alcance y su rigidez por parte del Código de Derecho Canónico -normativa propia-.

Por otra parte, se analizará el objeto del proceso penal mexicano, el cual desde la reforma del 2008 de sistema de justicia penal se torna en un sistema garante de derechos fundamentales, mismo que protegerá la libertad religiosa por parte del Clero ante un posible acto de violación al secreto ministerial por el motivo de esclarecer los hechos en disputa.

Palabras Clave: Libertad Religiosa, Sigilo sacramental y Esclarecimiento de los hechos.

LIBERTAD RELIGIOSA

Es necesario de primer momento conocer la libertad religiosa desde su concepción jurídica internacional, la cual esta consagrada en varios textos a nivel internacional, como por ejemplo: Declaración Universal de los Derechos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la

Convención Americana de Derechos Humanos, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, en la Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social.

A criterio propio la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), define de manera clara y correcta a la libertad religiosa, en su artículo 18 la señala como:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

En lo que corresponde a los Estados los cuales forman parte de los tratados internacionales, buscan la protección de los ciudadanos ante actos discriminatorios en materia de religión o de convicciones ideológicas, en cualquiera de sus ámbitos, es decir, desde el ámbito civil, político, cultural, social y económico.

La protección por parte del Estado ante la libertad religiosa, contempla las expresiones religiosas, tanto en público como en privado, es decir, de manera individual o social, siempre y cuando la libertad religiosa no afecte a un tercero o bien en casos de limitaciones previamente prescritas por la ley, mismas que velaran por el orden, la seguridad, la salud, derechos y libertades de los demás.

Por otra parte, el ciudadano está libre de toda coacción por parte del Estado, en cuestión de la libertad religiosa, él es libre de creer o no creer en, no puede ni debe de ser coaccionado de ninguna manera, de la misma manera, tiene derecho a conservar su religión o bien cambiarse de religión cuando lo desee, además la libertad de culto contempla el derecho a profesar la religión o sus creencias. Como se mencionó antes, la libertad religiosa contempla tanto al creyente como al no creyente, sin distinción ni coacción.

El artículo 6 de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o convicciones (1981) nos menciona en cuanto al alcance del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de convicciones comprenderá, las siguientes libertades:

- a) La de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para esos fines;

- b) La de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas;
- c) La de confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción;
- d) La de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas;
- e) La de enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines;
- f) La de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones;
- g) La de capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción;
- h) La de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción;
- i) La de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional.

Como se señaló un concepto bastante amplio, en el cual se contempla la autonomía personal y la dignidad humana, contemplado en la normatividad internacional como en la nacional.

Desde la normatividad positiva de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 24 (1917) sobre el derecho de la libertad religiosa, es donde da inicio la libertad religiosa y sus limitantes, partiendo ahí el principio de laicidad sobre los demás en donde señala que:

Toda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y a tener o adoptar, en su caso, la de su agrado. Esta libertad incluye el derecho de participar, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, en las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley.

Además, la libertad religiosa cuenta con diferentes facetas. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, febrero 2007) La Suprema Corte de Justicia de la Nación las señala como faceta interna y faceta externa; la interna establece que la libertad religiosa se relaciona íntimamente con la libertad ideológica, atiende a la capacidad de los individuos para desarrollar y actuar de conformidad con una particular visión del mundo en relación del hombre con lo divino, además protege en contraposición a ideas y actitudes ateas o agnósticas, es una libertad religiosa de cierto modo li-

mitada porque el estado no tiene jurisdicción en cuanto al pensamiento del individuo; la libertad religiosa de tanto a su dimensión externa, es su multiplicidad en relación con múltiples derechos individuales como son libertad de enseñanza, libertad de expresión y libertad de reunión, esta última se refiere a la libertad para practicar ritos o ceremonias o reuniones de determinada creencia religiosa. (p. 654)

Es preciso señalar las obligaciones que tiene el Estado ante la pluralidad de religiones y que postura deberá de tener para no ser violentada la libertad religiosa a lo que la Suprema Corte de la Justicia de la Nación (2019) señala:

Este derecho impone ciertos deberes a cargo del Estado para que se pueda materializar. Al respecto, es preciso que el Estado asuma un rol neutral e imparcial frente a las diversas religiones que se profesen en su territorio y se ha indicado su deber de promover la tolerancia entre los diversos grupos religiosos. Asimismo, el Estado debe abstenerse de intervenir injustificadamente en la organización de las comunidades religiosas, y reconocer que la autonomía de estas asociaciones es indispensable en una sociedad democrática. A través de estas garantías de protección y abstención el Estado se asegura de que los creyentes puedan efectivamente ejercer su libertad religiosa y que no se les inhiba de su expresión tanto en su ámbito interno como en el ejercicio de un culto público (p. 722).

DIMENSIÓN SOCIO-RELIGIOSA

La influencia que tienen los distintos cultos religiosos es una verdadera potencia ideológica, desde su marco normativo hasta sus creencias, formando entre sus feligreses y/o seguidores una concepción de vida, desde la perspectiva de los valores como mandatos Divinos obteniendo una carga de moral muy fuerte, en lo particular como también en lo plural.

En el contexto Nacional a partir del Instituto Nacional de Estadística y Geografía a partir del Censo de Población y Vivienda la base más actualizada es la del 2020, con una fecha de elaboración del 25 de enero del 2021, en el cuestionario básico en el punto número III. Características de las personas, en su apartado 4. Religión hacen la interrogante: ¿Cuál es la religión de (NOMBRE)? *ANOTE LA RELIGIÓN*. Donde arroja los siguientes datos:

En una población total de mexicanos de 126,014,024. Donde nos señala que la religión católica es la más abundante con una población de 97,864,218 con Hombres 47,275,522 y Mujeres 50,588,696. siendo el 77.7% de la población. Como lo verá en la siguiente tabla:

Tabla 1. Religiones en México e índice de población 2020

Religión	Porcentaje	Población
Católico	77.7%	97,864,218
Cristiana	5.4%	6,778,435
Evangélica	1.40%	2,387,133
Testigo de Jehová	1.9%	1,530,909
Otras religiones	0.2%	70,376
Sin adscripción religiosa (creyente)	2.5%	3,103,464
Sin religión	8.1%	10,211,052

Fuente: Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Censo de población y vivienda*, 2020. www.inegi.org.mx/programas/ccpv/2020/#Documentacion

Por otra parte, la dirección general de asuntos religiosos (2020) señala: como ministros de culto religioso un total de 99,122 pero solo ministros sagrados adjuntos a la Iglesia católica, apostólica y romana señala un total de 23,083. De los cuales no podemos señalar como la denominación prioritaria a nuestro tema de estudio, porque, de los diferentes órdenes sagrados nos interesa el sacerdocio, pero sí nos ayuda para conocer la realidad cuantitativa y el alcance que tienen los ministros de culto en el contexto socio religioso mexicano.

De acuerdo con Rincón-Pérez (2009), menciona que por el ordenamiento Jurídico-Canónico desde la realidad de México, la figura de ministro sagrado consiste en un total de 23,083 miembros y el problema existe, en no determinar un claro status jurídico clérigo, pues bien, como ya mencionamos el estatus del clérigo es conformado por una dimensión tripartita entre Obispo, Presbítero y Diácono siendo tres figuras de órdenes sagradas distintas con derechos y obligaciones similares pero no iguales (pp. 73-82). Nuestra figura de estudio en el ordenamiento jurídico-canónico denominada Presbítero, de ahí la importancia de señalar el estatuto jurídico del clérigo como aquel “conjunto de situaciones activas y pasivas, fundamentalmente derechos y deberes reconocidos por el ordenamiento canónico en los cc. 273-289, y postulados por la naturaleza y singular misión de los ministros sagrados”. (Rincón-Pérez, 2009, p. 285)

Si bien es cierto el denominado clérigo es el administrador de las funciones ministeriales, es decir el administrador de los sacramentos en cuanto a sus funciones, y el beneficiario de dichas funciones será el fiel, pues bien es el que recibe dichos beneficios.

Por lo que corresponde a la libertad de convicciones religiosas a la que se refiere el Artículo 24 de la Constitución y al derecho de participar individualmente en ella, encontramos la figura jurídica de “ministros de culto” la cual es definida por la Ley de Asociaciones Religiosas y de Culto Público, en su artículo 12, (1992) señalando que “Para los efectos de esta Ley, se consideran ministros de culto a todas aquellas personas mayores de edad a quienes las asociaciones religiosas a que pertenezcan confieran ese carácter.” Facultando enteramente a las asociaciones religiosas que opten por el uso del título de ministros de culto.

Aunado a lo anterior, la figura de ministros de culto tiene una esfera dentro del Estado Laico bajo el principio de laicidad, procurando la igualdad entre las asociaciones religiosas, por lo que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917) en el Artículo 130 “Los mexicanos podrán ejercer el ministerio de cualquier culto.” Generando así la pluralidad religiosa ante el derecho a la libertad de convicciones religiosas personales de pertenecer libremente a la asociación religiosa, en su pleno uso de libertad y sin discriminación alguna.

SACRAMENTO DE LA PENITENCIA

Una de las obligaciones principales de los Sacerdotes, es el de ser partícipes de los sacramentos en cuanto sean las necesidades del *populus dei*, por consiguiente, la obligación de proporcionar el sacramento de la penitencia a los feligreses -el cual es su derecho y obligación- es primordial dentro de la esfera eclesial y en la vida de los feligreses.

La definición de Sacramento de la penitencia está en el Catecismo de la Iglesia Católica (1992) en el canon 1423, donde “Se denomina sacramento de la penitencia porque consagra un proceso personal y eclesial de conversión, de arrepentimiento y de reparación por parte del cristiano pecador.” (párr. 2).

Por parte de todos los fieles pertenecientes al *Populus dei*, impera la obligación de ser partícipes de forma activa del sacramento de penitencia en cuanto es señalado, de acuerdo con el Código de Derecho Canónico (1983) en el canon 989: “Todo fiel que haya llegado al uso de razón, está obligado a confesar fielmente sus pecados graves al menos una vez al año.”

Por otra parte, la figura denominada Sacerdote es el ministro con potestad de realizar el sacramento de la penitencia, es decir, no está acreditado la figura del diácono, pero sí la del presbítero y del obispo. Previamente instituido por el organismo eclesial competente.

Lo que corresponde a nuestro ámbito de estudio es la parte de la confesión en el acto sacramental, la cual consta que el penitente relata al confesor sus actos graves desde la concepción moral católica los cuales son denominados pecados veniales o mortales los cuales a su vez pueden ser comparados con los delitos los cuales es un acto u omisión tipificada por el ordenamiento penal. Como bien lo señala el Catecismo de la Iglesia Católica (1992), en el canon, 1456: En la confesión, los penitentes deben enumerar todos los pecados mortales de que tienen conciencia tras haberse examinado seriamente, incluso si estos pecados son muy secretos. De manera obligatoria hablamos de los pecados mortales a personas que ya obtengan el uso de la razón, además los pecados veniales son recomendados más no obligatorios, puesto que te ayudan a llevar una recta vida cristiana formando una recta conciencia y a luchar con las malas inclinaciones.

SIGILO SACRAMENTAL

El Catecismo de la Iglesia Católica (1992), en el canon 1456, por sigilo sacramental la normatividad eclesial señala:

La Iglesia declara que todo sacerdote que oye confesiones está obligado a guardar un secreto absoluto sobre los pecados que sus penitentes le han confesado, bajo penas muy severas (CIC can. 983-984. 1388, §1; CCEO can 1456 §1). Tampoco puede hacer uso de los conocimientos que la confesión le da sobre la vida de los penitentes. Este secreto, que no admite excepción, se llama «sigilo sacramental».

Dada dicha definición de manera clara y sencilla podemos afirmar que el Sigilo sacramental o secreto ministerial, es entendido por el secreto perpetuo por parte del ministro de culto -Sacerdote- sobre los hechos conocidos en el sacramento de la penitencia en virtud de su ministerio. El secreto ministerial con que gozan los ministros de culto es inviolable, permanente y perpetuo.

Lo anterior es resguardado por el Derecho Canónico desde su inviolabilidad, por parte del sello sacramental, aún si se diere el caso comparándolo con el derecho de guardar secreto profesional, si cuando el penitente se diera y liberara al Sacerdote de dicho secreto, este no pudiese decir lo escuchado en la confesión, ya que caería en una pena de *excomunión latae sententiae*, como versa en el Canon 1550, del Código de Derecho Canónico (1983):

Son incapaces para testificar los sacerdotes, respecto a todo lo que conocen por confesión sacramental, aunque el penitente pida que lo manifiesten; más aún, lo que de cualquier modo haya oído alguien con motivo de confesión no puede ser aceptado ni siquiera como indicio de la verdad.

Dicho lo anterior es protegido por el Derecho Canónico, por lo que el actor eclesial tiene por obligación guardar y proteger el llamado “Sigilo Sacramental” pese a toda autoridad, que resulta ser una prescripción inviolable, generando obligaciones inherentes ante tal acto que se rigen por el Derecho Canónico en su Artículo 983 § 1 *“El sigilo sacramental es inviolable; por lo cual está terminantemente prohibido al confesor descubrir al penitente, de palabra o de cualquier otro modo, y por ningún motivo.”* (Código de Derecho Canónico, 1983) Y en su Artículo 984 § 1 *“Está terminantemente prohibido al confesor hacer uso, con perjuicio del penitente, de los conocimientos adquiridos en la confesión, aunque no haya peligro alguno de revelación.”* (Código de Derecho Canónico, 1983).

Aun si se llegará a dar la situación de violentar los derechos humanos del Clérigo -tortura, incluso la muerte- para llegar a conocer lo confesado por el penitente en el acto del sacramento penitencia, su deber persevera *usque ad sanguinis effusionem*. Reafirmando que por ningún motivo y por ninguna razón ni circunstancia debiera revelar el secreto.

Aun cuando la Ley de Asociaciones Religiosas y de Culto Público (1992), la cual señala en su Artículo 12 Bis, la obligación de denunciar la probable comisión de delito.

Los ministros de culto, los asociados y los representantes de las asociaciones religiosas, incluyendo al personal que labore, apoye o auxilie, de manera remunerada o voluntaria, en las actividades religiosas de dichas asociaciones, deberán informar en forma inmediata a la autoridad correspondiente la probable comisión de delitos, cometidos en ejercicio de su culto o en sus instalaciones. Cuando se cometa un delito en contra de niñas, niños o adolescentes, las personas a que se refiere el párrafo anterior deberán informar esos mismos hechos en forma inmediata a los tutores o a quienes ejerzan la patria potestad de aquellos.

Sin embargo, el Estado Clerical al momento de declarar y/o denunciar un hecho tipificado por la Ley como delito, está protegido por la normatividad canónica la cual no existe ningún tipo de excepciones -en México-, como pudiesen ser casos de abusos a menores o de personas vulnerables, hechos futuros o casos de extrema necesidad.

En cuanto al Sigilo sacramental hemos señalado que es inviolable, permanente y perpetuo, no existe hasta el momento ninguna causa excepcional o justificada, aún las teorías del mal menor o el bien común;

incluso el sigilo sacramental es perpetuo, lo cual quiere decir, que el sello sacramental prevalece después de la muerte, es decir, el Sacerdote tiene la obligación de no revelar lo escuchado en confesión incluso si se muriere el penitente. De la misma manera no puede revelar la identidad del penitente, y además, el confesor no puede comentarle los pecados confesados al penitente.

OBJETO DEL PROCESO PENAL

Cabe destacar que, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el objeto del derecho procesal penal lo señala el artículo 20 como: *“En el proceso penal acusatorio y oral, el objeto es el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen”*.

Pues se busca que la resolución judicial contemple la acreditación tanto de tipo fáctica como formal del hecho que es tipificado como delito, además busca que ningún culpable escape al castigo (*impunitum non relinqui facinus*). O bien que no exista la impunidad procesal, velando enfáticamente por los derechos humanos de las partes procesales.

ESCLARECIMIENTO DE LOS HECHOS

La primera proposición dentro del objeto del proceso penal, habla sobre el esclarecimiento de los hechos, con el fin del proceso en cuanto la búsqueda de la verdad desde una visión histórica, es decir, existen dos variantes en cuanto a la decisión judicial: la verdad formal y la verdad material, la primera de ellas es la verdad que se llevó a cabo bajo un razonamiento y una valoración de las pruebas presentadas en el juicio, la cual llevó a una resolución específica por parte de los juzgadores, pero no siempre es la verdad, ya que los juzgadores carecen del error humano y lagunas procesales que afectan dicho proceso; en cuanto a la segunda, la verdad material es la verdad en cuanto es, no por una pretensión juzgada, sino una verdad real objetiva.

En el afán de buscar la verdad, los sistemas de justicia penal han flagelado bajo sus principios procesales, como es el ejemplo del sistema inquisitivo, la cual era llamado a buscar la “verdad histórica” pues en aras de descubrir la verdad material, se realizaban actos inhumanos, como por ejemplo la tortura como medio ilícito para la obtención de pruebas, es decir la obtención de medios de prueba no tenía límites.

En cambio, el sistema acusatorio el cual vela por los derechos humanos del imputado y crea la presunción de inocencia, además la figura imparcial del juzgador que ha de dar un fallo con base al principio *secundum allegata et probata*. Sin embargo, el fin último sigue estando presente en todos los sistemas de justicia, solo que a través de diferentes medidas y mecanismos para la obtención de medios de prueba que no flagelen derechos humanos, sin dejar a un lado la pretensión que ningún culpable escape al castigo y cada uno de los principios procesales distintivos de cada sistema.

La verdad en el proceso, es un tema relevante y estudiado por muchos grandes juristas, y cabe destacar a Michelle Taruffo (2013), el cual destaca el valor procesal que se le atribuye a la verdad, ya que la finalidad del procedimiento es resoluciones justas basadas en hechos verdaderos, a lo que llama “verdad judicial”. Esta verdad en el proceso y su problema fundamental es el de “*Establecer aquello que ha realmente ocurrido en la realidad a propósito de hechos relevantes del caso, una opción realista aparece necesaria*” (p. 244).

Siendo la verdad un tema netamente doctrinal filosófico es necesario señalar las escuelas como, por ejemplo: empirismo, escepticismo y la relativista, no existe una verdad universal, sino una verdad subjetiva. Entonces ¿Existe la verdad absoluta? a opinión de dichas posturas, hasta la verdad más pura se pone en duda, y ni que hablar sobre los fallos judiciales y las “verdades” dentro y fuera del proceso; en el proceso se buscará lograr una verdad relativa o verdad material, ya que la verdad absoluta según muchas escuelas filosóficas es imposible poseerla, por lo que el juez dictará un fallo conforme a derecho y la valoración probatoria, bajo su percepción limitada humana de libre convicción. De acuerdo con Aguilar (2012) menciona que: “*El derecho requiere al proceso para restablecer el orden perturbado; por lo que un proceso que no pueda cumplir sus fines debido a una imperfección de los medios utilizados, representa una batalla perdida*” (p. 27).

Además, la jurisprudencia señala el fin último en cuanto a la verdad universal y una verdad relativa por lo que señala la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2020) que “*El objetivo del sistema de valoración libre es el esclarecimiento de los hechos sin necesariamente buscar la verdad absoluta, sino la probabilidad más razonable*” (p. 6214). Es decir, una verdad bajo el criterio de la libre valoración de las pruebas por parte del juzgador, pero sujeta a los objetivos, principios y fines procesales.

Por ello el esclarecimiento de los hechos en pro de la administración de la justicia, es una parte vital dentro del proceso, dentro de la vida social y dentro de la actividad del Estado, donde su fin es la búsqueda verdad en tanto en el desarrollo, como en sus fines y en sus resultados, es por ello que, si existe un problema dentro del proceso, es decir, encontramos un déficit en la legalidad, un déficit en la justicia y un déficit como Estado. Como es señalado por Ferrajoli (1995) *“si una justicia penal completamente ‘con verdad’ constituye una utopía, una justicia penal completamente ‘sin verdad’ equivale a un sistema de arbitrariedad”* (p. 45). Misma importancia es señalada también por Taruffo (2013): *“tiene sentido hablar de verdad en el contexto del proceso: tiene sentido hablar de ella, en cuanto un proceso sin verdad no haría justicia, sino solo injusticias. Bajo este perfil bien se puede decir que la verdad no es importante: es inevitable”* (p. 243).

Pero encontramos una problemática, ante dicho supuesto se genera una utopía procesal y en lo específico en la búsqueda de la verdad, pues, el esclarecimiento de los hechos tiene límites, por ello, Roxin (2000) señala: *“La averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado”* (p. 191). Es decir, la verdad judicial dentro del proceso, no puede ni debe ser obtenida a cualquier precio – violación a derechos fundamentales –. No es viable proteger los derechos de la víctima violentando los derechos del imputado, en aras de conseguir una verdad absoluta o una certeza judicial.

CONCLUSIONES

La libertad religiosa es un derecho contemplado a nivel internacional y a nivel nacional, desde sus diferentes facetas, y ámbitos de aplicación, siempre y cuando no vaya en contra de la ley.

La religión católica sin duda, es la de mayores feligreses en México con un total de 77.7% de la población de ahí versa la importancia de esta investigación.

En lo que corresponde a los ministros de culto en especial los Sacerdotes en el acto del sacramento de la penitencia, desde mismo acto que es una obligación por parte de los sacerdotes, y es un derecho por parte de todos los fieles. Es un acto claro de libertad religiosa donde participan ambas partes, ya sea de manera pasiva o de manera activa, la importancia del tema es la rigidez por parte del estado clerical en cuanto al sigilo sacramental donde se señaló que es: permanente, perpetuo e inviolable,

y además es sancionado con la pena más severa por parte del derecho canónico con la excomunión *latae sententiae*.

La problemática es visible en cuanto el deber por parte de los sacerdotes a informar la posible comisión de delito, impedida de manera clara por parte del estado clerical y además atenta con el objeto del proceso penal, en cuanto a la búsqueda de la verdad procesal, siendo la prueba una fuente directa que ayudará a esclarecer los hechos.

La controversia está entre la certeza judicial y la verdad histórica en nuestro actual sistema garante de derechos humanos, como, por ejemplo, las reglas de la prueba ilícita y la actividad histórica probatoria que poseen las pruebas, es decir, los límites probatorios para obtener certeza judicial.

El presente artículo tiene la finalidad de generar un punto de partida ante la problemática donde señala la libertad religiosa, los actores en función de ella, un estado clerical rígido ante dicha problemática y un proceso penal garante de derechos humanos, pero alejado de una verdad objetiva.

REFERENCIAS

- AGUILAR, M. (2012). *La Prueba en el Sistema Acusatorio en México (Prueba Ilícita; Eficacia y Valoración)*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- CATECISMO de la Iglesia Católica. (1992). Canon 1423. *Artículo 4. El sacramento de la penitencia y de la reconciliación*. https://www.vatican.va/archive/catechism_sp/p2s2c2a4_sp.html
- CATECISMO de la Iglesia Católica. (1992). Canon 1456. *Artículo 4. El sacramento de la penitencia y de la reconciliación*. https://www.vatican.va/archive/catechism_sp/p2s2c2a4_sp.html
- CÓDIGO de Derecho Canónico. (1983). Canon 983 y 984. *Capítulo 2. Del ministro del sacramento de penitencia*. https://www.vatican.va/archive/ESL0020/_P3E.HTM
- CÓDIGO de Derecho Canónico. (1983). Canon 989. *Artículo 1. Quienes pueden ser testigos*. http://www.vatican.va/archive/ESL0020/_P5W.HTM
- CÓDIGO de Derecho Canónico. (1983). Canon 989. *Capítulo 3. Del penitente*. http://www.vatican.va/archive/ESL0020/_P3F.HTM
- CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos [Cons]. Artículo 24, 5 de febrero de 1917. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf

- CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos* [Cons]. Artículo 30, 5 de febrero de 1917. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf
- CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos* [Cons]. Artículo 20, 5 de febrero de 1917. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf
- DECLARACIÓN sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o convicciones*. (1981). Artículo 6. Oficina del Alto Comisariado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/religionorbelief.aspx>
- DECLARACIÓN Universal de Derechos Humanos*. (1948). Artículo 18. Asamblea General de las Naciones Unidas. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. (p.45). Trotta.
- INSTITUTO Nacional de Estadística y Geografía. (2000). *Cuestionario básico del 12 censo de población y vivienda 2020* (p. 5). https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/ccpv/2020/doc/Censo2020_cuest_basico.pdf
- LEY de Asociaciones Religiosas y Culto Público. 15 de julio de 1992. Artículo 12. *Última reforma publicada DOF 17-12-2015*. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/24_171215.pdf
- LEY de Asociaciones Religiosas y Culto Público. 15 de julio de 1992. Artículo 12 Bis. *Última reforma publicada DOF 17-12-2015*. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/24_171215.pdf
- RINCÓN, T. (2009). *El orden de los clérigos o ministros sagrados. Formación incardinación y estatuto jurídico personal*. (pp. 73-82). EUNSA.
- ROXIN, C. (2000). *Derecho Procesal Penal* (25 ed., p. 191). Editores del puerto.
- SECRETARÍA de Gobernación. (2020). *Dirección general de asuntos religiosos*. <http://www.asociacionesreligiosas.gob.mx/es/AsuntosReligiosos/Numeralia>
- SUPREMA Corte de Justicia de la Nación (agosto, 2020). pruebas. el objetivo del sistema de valoración libre es el esclarecimiento de los hechos sin necesariamente buscar la verdad absoluta, sino la probabilidad más razonable. Tesis aislada. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima. (p. 6214).

- SUPREMA Corte de Justicia de la Nación. (febrero, 2007). *Tesis aislada*. Libertad religiosa y libertad de culto, sus diferentes facetas. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta (p. 654).
- SUPREMA Corte de Justicia de la Nación. (febrero, 2019). *Tesis aislada*. Libertad religiosa. Deberes que impone al Estado. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. (p. 722).
- TARUFFO, M. (2013). La verdad en el proceso. *Revista Derecho y sociedad* (40), p. 244. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12804>

PARTE III

TEMAS SOBRE ESTADO, CORRUPCIÓN Y ECONOMÍA

EL PACTO MUNDIAL DE MARRAKECH Y LA ARBITRARIEDAD DE LOS ESTADOS

ISABEL SEIXAS VICENTE
Universidad de Salamanca

Tutora: Nieves Sanz Mulas

Resumen: En los últimos años se ha producido un aumento de los flujos migratorios, lo que han producido diferentes políticas de actuación por parte de las instituciones internacionales.

El Pacto Mundial para la Migración Segura Ordenada y Regular, firmado en 2018 en Marrakech, crear un proyecto no vinculante basándose en la Declaración de los Derechos Humanos. El Pacto pretende crear un antes y un después en la gobernanza global y en las realidades objeto de sus políticas, porque *“La comunidad que ha ido estableciéndose entre todos los pueblos de la tierra ha llegado hasta el punto de que una violación de derecho, cometida en un sitio, repercute en todos los demás; [...]”* (Kant 1795: 117).

Es la dicotomía entre la fundamentación de pactos de esta índole – garantizar los derechos humanos- y la arbitrariedad dada a los Estados para regular los flujos migratorios lo que hace que se planteen problemas jurídicos, tales como la dicotomía entre asegurar de manera segura y no vulnerando los derechos humanos de los migrantes que serán expulsados en virtud del artículo 89 del Código Penal Español y las similitudes estructurales y organizativas respecto de los centros penitenciarios.

Palabras clave: Pacto de Marrakech, centros penitenciarios, CIE.

INTRODUCCIÓN

La migración es un tema recurrente en los medios de información y redes sociales, pero no sólo por situaciones sensibles y de gran importancia (refugiados, trata y organizaciones criminales) sino porque la migración en los tiempos actuales es el día a día.

En la actualidad 260 millones de personas migran al año, lo que representa el 3,4% de la población mundial, siendo objeto de recepción Europa del 31,65% (82,3 millones de personas) de las migraciones anuales,

además, dos tercios de las migraciones internacionales son intrarregionales (porcentaje que se eleva al 80% en África o Asia).

Las migraciones van tomando cada vez más entidad, no sólo por las cifras sino por lo que ello representa. Sequías, hambrunas, guerras, persecuciones políticas, pero también, significa empleo, diversidad, cultura, conocimiento. Es una nueva realidad que toma una visión nueva de la migración.

Lo que antes era una supervivencia escapando de una guerra ahora es una supervivencia escapando de una tierra infértil o inundaciones. Si bien es cierto, que los estados receptores de migración actual han sido recelosos a la hora de tomar decisiones de carácter político; una nueva toma de contacto con la humanización de las mismas lleva a los Estados a poner encima de la mesa los derechos humanos antes que los nacionalismos extremos.

Y así se denota en comentarios como los del ministerio de exteriores de España cuando llama la atención sobre la importancia de la migración en la economía en la revitalización de los mercados laborales, en la dinamización cultural de los países de acogida, y a la reducción del déficit demográfico.

De esta manera y con esta premisa de garantizar los antecedentes expuestos en la Declaración de los Derechos Humanos (1948) nace el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular (PMM) es un instrumento *Soft Law* llamado también Pacto de Marrakech debido a la ciudad marroquí donde se reunieron y firmaron los diferentes países, en concreto 152 países de todo el globo, 19 de ellos europeos.

De esta manera, Naciones Unidas pone en marcha la primera gran iniciativa sobre la migración, estableciéndose un modelo de responsabilidad compartida entre los países firmantes en cuanto a la consecución de los 23 objetivos que abordan el fenómeno en todas sus dimensiones.

Estos objetivos se basan en, por ejemplo, empoderar a mujeres y niños, derechos a la educación, etc... todos ellos encaminados a reducir las brechas entre el derecho a migrar y la efectiva realización.

Pero como se había expuesto líneas atrás, este Pacto es una mera recomendación para los Estados y no una obligación, lo que deja, según mi punto de vista, alguna laguna que legitimará a los países firmantes a no reducir esa diferencia, que nuestro propio Gobierno expone como *“incomprensiblemente amplio desajuste entre la realidad migratoria y su percepción social, algo especialmente patente en el continente europeo”*¹

1 Ministerio de Asuntos Exteriores, (2018). El pacto Migratorio de Marrakech.

El Pacto expone que los países conservaran la soberanía para llevar a cabo los diferentes objetivos, y con esto se puede predecir que algunos aspectos no se modifiquen en absoluto.

De esta manera, y acercándonos al tema principal, el propio pacto expone la necesidad de empoderar a los migrantes y culturizar a la sociedad, no obstante, en España, los extranjeros que encontrándose en el país de manera irregular y que su destino sea la expulsión por medio del artículo 89 del Código Penal español, serán ingresados de manera cautelar en un Centro de Internamiento de Extranjeros.

Estos Centros no son Centros Penitenciarios, ya que estos últimos son establecimientos de reclusión que persiguen la reinserción del preso en la sociedad (artículo 25 de la Constitución Española). Si bien, considero que estructural y orgánicamente tienen muchas similitudes, lo que hace que socialmente se perciba de manera muy similar a los internos de ambas instituciones, provocando de manera indirecta una criminalización adicional a la figura del inmigrante.

Para tomar una decisión, será necesario explicar los elementos de los centros de internamiento de extranjeros.

LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS Y SUS PARTICULARIDADES

Concepto

La regulación de los CIE se encuentra en el Código Penal (art 89.9), en la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (arts 61 y 62), y su Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (arts 235 y 238).

Los CIE (llamados en un primer momento “Centros de Estancia Controlada de Extranjeros (CECE)” (Fernández Alles, J.J. y Revenga Sánchez, coords. 2016) se describen según el art 62 bis de la LOEX como:

Los centros de internamiento de extranjeros son establecimientos públicos de carácter no penitenciario; el ingreso y estancia en los mismos tendrá únicamente finalidad preventiva y cautelar, salvaguardando los derechos y libertades reconocidos en el ordenamiento jurídico, sin más

Artículo del ministro de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, Josep Borrell, en La Vanguardia de fecha 12 de diciembre de 2018. Recuperado el 15 de Abril de 2021, de http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Articulos/Paginas/Articulos/20181212_ARTICULO_MINISTRO.aspx

limitaciones que las establecidas a su libertad ambulatoria, conforme al contenido y finalidad de la medida judicial de ingreso acordada.

La jurisprudencia también ha aportado una definición de estos centros. Así, la Audiencia Nacional, en el fundamento de derecho primero de la sentencia nº 3901/2000, de 7 de junio del 2000 hace mención de forma ilustrativa, y tal fin expone: [...] los centros de internamiento de extranjeros (artículo 56.2) no tendrán carácter penitenciario y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios. Su fin es privar al extranjero internado del derecho ambulatorio; más en concreto, el Reglamento ejecutivo de la anterior LO 7/85, aprobado por RD 155/96, señala que el fin del internamiento es asegurar la substanciación del expediente administrativo y la ejecución de la expulsión (artículo 108.1) [...].

Debido a que, tanto la LO 4/2000 como la jurisprudencia introducen en el concepto de CIE la distinción de estos respecto de los centros penitenciarios².

Las diferencias generales entre ambos tipos de centros se encuentran en:

- El tipo de ingreso. En ambos casos se hará por sentencia firme, pero es la naturaleza del ingreso lo que marca la diferencia. Por un lado el ingreso en el CIE es para asegurar la localización de extranjero con la finalidad de expulsión, mientras que el interno en el centro penitenciario es como pena.
- El tiempo. En el CIE no se podrá estar más de 60 días, en caso de no poder expulsar al migrante deberá de ser puesto en libertad. En los centros penitenciarios se atenderá a las particularidades de cada preso.
- Custodia de los internos. Mientras que en los CIE son custodiados por la Dirección General de la Policía y por ende, pueden portar armas, en los Centros Penitenciarios la custodia se hace a través de lo que se llama Instituciones Penitenciarias lo que conlleva que no puedan portar armas de ningún tipo salvo situados de extrema gravedad.

La doctrina (Fernández Alles, J.J. y Revenga Sánchez, coords. 2016) y la normativa³ abogan por que estos establecimientos tengan una condición

2 Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. *Boletín Oficial del Estado*, 239, de 5 de Octubre de 1979. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1979-23708>

3 Artículo 62 bis, apartado 1, de Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. *Boletín Oficial del Estado* 10, de 12 de enero /2000. BOE-A-2000-544

más privilegiada que los centros penitenciarios al tratarse de lugares donde el extranjero está privado de su derecho de ambular por una fracción administrativa y no por un delito, como sucederá en la prisión. Lejos de ello, y tras hacer comparativas estructurales de ambos centros y del tratamiento a los internos, hemos de concluir que el trato favorecido en el CIE brilla por su ausencia. Alarcón Mohedano⁴⁶ ya expuso que el escenario respecto de los centros penitenciarios era justamente el contrario al pretendido normativamente, creando artificios estructurales en el mantenimiento de los CIE.

Gestión de los CIE y déficits estructurales

Dentro del presente epígrafe se mencionarán problemas estructurales derivados de la mala gestión de los propios centros o simplemente taras que procedentes de la naturaleza en sí misma de los CIE.

Actualmente hay siete CIE en funcionamiento en España. Cada uno de ellos debe de contar al menos con los siguientes espacios: sala de dirección y administración, un sistema de control de entrada y salida, un servicio de vigilancia, un área para la asistencia sanitaria, social, jurídica y cultural; también debe de comprender de comedor, alojamiento de los internos –habitaciones o celdas–, aseos y duchas, espacios adecuados para el esparcimiento, locutorio para abogados y sala de visitas⁵⁷. En el Preámbulo del Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, ya expone que la seguridad de centro y de las personas que en ellos se encuentran se atribuye al Cuerpo Nacional de Policía así como todo lo relativo a la gestión, la tramitación del expediente de expulsión y la permanencia del extranjero en el centro.

En cuanto a la parte asistencial el preámbulo del Real Decreto 162/2014 menciona que será:

asumida por personal especializado ajeno a la policía, concretamente empleados públicos dependientes de la Administración General del Estado, que desempeñarán las funciones de organización, gestión y control de la prestación de los servicios asistenciales, tanto de carácter social como de otro orden.

4 *Idem*

5 Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros. *Boletín Oficial del Estado* 64, de 15 de marzo de 2014, A-2014-2749. <https://www.A-2014-2749boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2014-2749>

DÉFICITS ESTRUCTURALES

Hay casos particulares que llaman bastante la atención en cuanto al funcionamiento del CIE. Cada centro, al igual que los centros penitenciarios, tiene un régimen interior propio, cuyas formas de actuación son reguladas por la Dirección⁶ del centro.

En este apartado haré alusión a varios problemas que ocurren en la realidad de nuestros centros:

1. Debemos de tener en cuenta que el inmigrante que llega a nuestro país y entra dentro del sistema institucional con motivo de su expulsión, sufre de constantes cambios de centros. En el caso del CIE de Las Palmas- Barranco Seco, es importante cuestionar su papel en la estructura del protocolo. Cuando las salas de inadmitidos de los aeropuertos están desbordadas o el vuelo de retorno al país de origen tarda demasiado, la persona susceptible de repatriación es trasladada al mencionado CIE. Una vez que la Administración determine fecha para la devolución, será de nuevo trasladado a otro CIE (ya que en Las Palmas no hacen expulsiones, sino que actúa como centro de retención, asistencia y reubicación) para proceder a la expulsión.
2. Otro grave fallo en la estructura de “la institución del CIE” es saber a dónde irán una vez puestos en libertad los inmigrantes cuyo origen no puede ser determinado y por ende no pueden ser expulsados.

Un caso relevante es el del CIE de Tenerife- Hoya Fría y las continuas demandas de la Cruz Roja y Caritas Diocesana al verse sobrepasados por las excesivas solicitudes de auxilio en sus dependencias por parte de los inmigrantes no retornados. Se trata de un problema humanitario grave que el Estado poco tiene en cuenta.

3. Los fallos de estructura pueden venir por hacinamiento o por problemas internos derivados de una falta de control y falta de medios para la identificación precoz de problemas. Estos defectos pueden materializarse en problemas reales como son los casos del CIE de Murcia y el CIE de Algeciras. En el primero de los nombrados, el hacinamiento se ha considerado grave al verse desbordados en ocasiones con la cantidad

6 Art 9.3, b) Impartir las directrices de organización de los distintos servicios y coordinar y supervisar su ejecución, inspeccionando y corrigiendo cualquier deficiencia que observe o le sea oportunamente comunicada por el administrador o la autoridad judicial competente. En concreto, le corresponderá aprobar las normas de régimen interior, previa consulta con la junta de coordinación.

de ingresos en su centro, superando hasta en 27 personas más su cupo total. (Segarra Crespo, M.J. 2019).

Por otro lado, el caso del CIE de Algeciras preocupa debido a su falta de información, llegan datos tan adulterados como la constatación del ingreso únicamente de 30 varones en sus instalaciones, alertando además de la situación de no incluir mujeres por riesgo de trata dentro del centro.

4. La falta de información real hace que el control y veracidad de los datos carezcan de valor. Tenemos la errónea idea que tras la detención de una persona extranjera con la finalidad de expulsión, repatriación o devolución a su país de origen, ésta es trasladada a un CIE. Sin embargo, existen más dependencias donde la persona extranjera puede ser retenida y privada de su derecho de deambular. Salas de inadmitidos en los aeropuertos, dependencias policiales, incluso dispositivos provisionales como son los polideportivos, las instalaciones portuarias. Los Centros de Acogida Temporal de Extranjeros, los centros de acogida humanitaria y de personas refugiadas son otras instalaciones donde trasladar a los inmigrantes hasta que finalmente son internados en un CIE. Con ello puede verse la dificultad de recabar datos, de saber el número de personas retenidas, saber en hasta cuantas instalaciones diferentes y qué cantidad de traslados de un lugar a otro tiene que sufrir una persona (Buades Fuster, J. 2019).

DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS

Llegados a este punto es necesario considerar que el ingreso en un CIE hace mella en el interno. Las barreras lingüísticas⁷, las enfermedades físicas o psíquicas, los menores no identificados (Buades Fuster, J. 2019) hasta vulneraciones de derechos constitucionales y comunitarios son el día a día de estos centros.

Es desmesurada la medida en la que hay que demostrar todos y cada uno de sus ámbitos personales del migrante para evitar la expulsión; no solo el arraigo familiar por medio de documentación oficial (certificado de matrimonio, registro civil...) sino la convivencia e implicación en la familia. De no ser justificado, la expulsión es un hecho, y en este punto ¿qué debe hacer su familia? ¿Debe dejar su vida para ir detrás de su

7 Afecta al 38,55% de los internos, en 2018 hasta 87 personas sufrieron incompatibilidades a la hora de comunicarse con los funcionarios, según datos del SJM-E.

familiar expulsado?⁸ No obstante, este desmoronamiento familiar no es concebido por el juzgador como razón para excluir la expulsión⁹.

El art 61.1, e) de la LOEX propugna que el ingreso en el CIE se hará como medida cautelar, siempre que la expulsión se vea puesta en peligro por el no ingreso en el centro del penado/sancionado. Sin embargo, tras el estudio de la jurisprudencia he podido observar que la naturaleza del ingreso como medida cautelar se ve desvirtuado en la gran parte de los casos, siendo el ingreso la regla general.

La reforma mantiene la posibilidad de que en caso de sustitución de la pena por la expulsión y el extranjero encontrándose en libertad, el juez pueda acordar el internamiento en el CIE para asegurar dicha medida. De esta forma, el legislador ha perdido la ocasión de aplicar la jurisprudencia que durante tanto tiempo ha venido revocando este tipo de prácticas. Sirva de ejemplo la A.P. Barcelona, Sección 2ª, en el Auto 336/2012, de 16 de abril:

La realidad fue que, durante el procedimiento, éste (el extranjero) se había encontrado, en todo momento, a disposición de la autoridad judicial, y en ningún momento se había sustraído a la acción de la Justicia. Carece por tanto de sentido la medida de internamiento, sin razones que la justifiquen, porque lo previsto en el artículo 89.6 CP no es una medida que deba adoptarse de forma automática.

CONCLUSIONES

Con el Pacto en la mano no podemos decir que la forma de llevar a cabo la retención y expulsión del migrante que de forma ilegal se encuentra en el país vaya en contra del mismo.

Pero, en cierto modo, es curioso como por una parte, el Gobierno pretende que socialmente no criminalicemos al migrante, exponiéndole a un doble control social.

En la realidad, los centros como los CIE, que no siendo prisiones, se parecen mucho, hasta podíamos decir que algunos de sus aspectos son más restrictivos, o visualmente más agresivos —los trabajadores de estos centros, recordemos, son miembros de la Policía que portan armas—.

La discriminación en la aplicación de la ley penal basada exclusivamente en la nacionalidad del condenado¹⁵ se hace más evidente con el in-

8 En esta línea interesa leer la SSTEDH 15 de julio de 2003, Mokrani contra Francia.

9 Recomiendo la lectura de la STEDH 11 de julio de 2002, Amrollahi contra Dinamarca y de la STEDH 2 de agosto de 2001, Boulouf contra Suiza.

greso en el CIE. Esta generalización a la hora de aplicar la medida debería gozar de cierta flexibilidad y no de arbitrariedad, y así ahorrar los efectos más traumáticos que comporta una privación de libertad¹⁶. Esta finalidad es la que se persigue con el Pacto, que los países unan sus competencias en cuanto a las migraciones, que la legalidad de la migración no sea una cuestión de suerte sino de derechos.

*Se ha de luchar por los derechos humanos, no contra los humanos
con derechos.*

BIBLIOGRAFÍA

- BUADES, J. (2019). Discriminación de origen, CIE 2018. *El Servicio Jesuita a Migrantes-España (SJM-E)*, pp. 18-19.
- FERNÁNDEZ, J. y Revenga, M. (coords.) (2016). *Los Centros de Internamiento de Extranjeros. Régimen jurídico tras el Reglamento de 2014 y la STS de 10 de febrero de 2015. Análisis crítico de la nueva regulación de los centros de internamiento de extranjeros*. Tirant lo Blanch. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=663881>
- MADRIGAL, C. (2015) *Circular 7 /2015, sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por lo 1/2015*. Fiscalía General del Estado. https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/PDF/CIR/CIR_07_2015.pdf
- MORILLAS, L. (2016). *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*. Dykinson.
- MARTÍNEZ, M. (2009). Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: Hasta dónde estamos dispuestos a llegar? *InDret Revista para el análisis del derecho*, 23. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=97480>
- MINISTERIO de Asuntos Exteriores, (12 de diciembre de 2018). El pacto Migratorio de Marrakech. Artículo del ministro de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, Josep Borrell. *La Vanguardia*. Recuperado el 15 de abril de 2021 de http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Articulos/Paginas/Articulos/20181212_ARTICULO_MINISTRO.aspx
- SEGARRA, M. (2019). *Memoria elevada al gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por la fiscal general del estado*. Fiscalía General del Estado. https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html

ESTADO ACTUAL DEL COMBATE A LA CORRUPCIÓN. UNA POSIBILIDAD PARA EL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

DAVID QUITANO DÍAZ

Universidad Veracruzana

Resumen: El presente artículo da tratamiento a algunas de las principales posturas teóricas y metodológicas respecto al tema de la corrupción en México, de igual forma da vista a algunas posturas a favor y en contra del diseño institucional de la Reforma constitucional que dio origen al Sistema Nacional Anticorrupción (SNA). Se inicia con una breve introducción, el establecimiento de un proemio del Estado del Arte respecto al tema tratado, posteriormente se puntualizan los puntos respecto a las posturas de especialistas, finalizando con una serie de conclusiones.

Palabras claves: Corrupción, Derecho a la Buena Administración Pública y Buen Gobierno.

INTRODUCCIÓN

En los últimos diez años diversos estudiosos de las ciencias jurídicas y económicas batallan por descifrar qué sistema logre talar la maleza de la corrupción y se genere una vigencia plena del Estado de Derecho. No es menor advertir que la cimentación teórica aún no genera un cuerpo uniforme que dé respuesta a cómo combatir, cuyo origen y destino no puede ser otro que mirar hacia la dignidad humana.

Ante ello, se ha venido planteando desde el año 2000 en Europa la necesidad de incorporar el Derecho a la Buena Administración Pública (DBAP), para que a través de la interacción del derecho y el ejercicio administrativo público convencional se de respuesta a la dotación efectiva de bienes públicos y servicios por parte del Estado Mexicano.

El DBAP ha producido nuevos paradigmas y estándares de aplicabilidad y plena efectividad de los derechos y libertades fundamentales, así como la responsabilidad que adquiere la administración pública en la cadena de funcionamiento normativo, a fin de pasar de una acción de

gobierno que sin un diagnóstico adecuado no es política pública, volviéndose simplemente una acción gubernamental.

La gran problemática al respeto radica en el hecho y necesidad de revisar la arteria que con la permeabilidad legal adecuada permita lograr extirpar la enfermedad que tanto daña al Estado Mexicano, pero principalmente vulnera cientos de derechos y posibilidades de desarrollo para la población. Es imprescindible por lo tanto realizar un análisis causal, es decir, dar un paso crucial que enfoque la lógica jurídica hacia atacar las causas del problema y no las consecuencias.

Por lo tanto, un aspecto toral es suministrar hechos esenciales e información de apoyo con sólida evidencia técnica y empírica, no solo anecdótica, misma que solo nos lleva a la lucha contra la corrupción en muchas ocasiones al terreno del populismo jurídico, por ser un estandarte mediático importante de tintes políticos, y las ansias de notoriedad y su afán por abordar sin demasiado rigor las cuestiones complejas se da por la simplificación de la realidad, además de la búsqueda del fin a costa de los medios.

PROEMIO DEL ESTADO DEL ARTE

Es prudente afirmar que con la aparición de la reforma constitucional que creó el Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) en el mes de mayo de 2015 en jerarquía constitucional se abrió la puerta al esquema de Estado del Arte, referente al tópico de la corrupción acaecido por muchos tiempos, lo cual se ha llenado de matices multidisciplinarios derivados de que en la agenda iberoamericana se posicionó como un tema de los estudiosos del derecho, la ciencia política, la economía y la sociología entre otras.

Para no ser víctimas de los malabares de la razón histórica se ha buscado aplicar los criterios de la teoría crítica en relación con el estado del arte, los aportes y las limitaciones en un determinado proyecto de investigación para alcanzar el grado de Doctor en Derecho, lo cual delimita que se ha visto en la sistematización de los cuadros más adelante expuestos, vistos en 3 fases:

- Fase inicial del estado del arte.
- Fase analítica.
- Fases finales.

De igual forma, dichas fases en el desarrollo de una investigación, requieren la utilización de dos técnicas: la técnica documental y la técnica de

campo, de esta manera, atendiendo a la metodología del estado del arte tenemos **la parte Heurística** donde evidenciamos la búsqueda de información a través de fuentes primarias y secundarias de corte documental e histórico, así como posiciones a favor y en contra sobre el fenómeno de la corrupción y el Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) como se evidencia a través de los cuadros aquí siguientes:

Cuadro 1. Evolución del Marco Institucional del Combate a la Corrupción en México

Año	Institución anticorrupción
1982	Secretaría de la Contraloría General de la Federación (SECOGEF)
1994	Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo (SECODAM)
1999	Auditoría Superior de la Federación (ASF)
2000	Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa
2002	Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos
2002	Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI)
2003	Secretaría de la Función Pública (SFP)
2012	Ley Federal de Anticorrupción en Contrataciones Públicas
2014	Fiscalía Especializada en Materia de Delitos Relacionados con Hechos de Corrupción de la PGR
2015	Sistema Nacional Anticorrupción

Fuente: Elaboración propia con datos recogidos de la Gaceta de la Cámara de Diputados.

Como podemos observar los esfuerzos recientes para atender este fenómeno derivaron en la creación del SNA, que busca articular el trabajo de diversas instituciones para prevenir, investigar y castigar eficazmente la corrupción. Sendos debates han surgido a partir del establecimiento del SNA y claroscuros con respecto a si la vía que ha tomado es la correcta o no, de esta revisión de Estado del Arte, como ejemplo Jacqueline Peschard, expone que faltan piezas importantes, están incompletos los sistemas locales anticorrupción. Hay estados que han hecho sus reformas, pero hay otros que ni siquiera las han empezado. Es una estructuración incompleta. Pero antes de iniciar y comentar la totalidad orgánica del SNA es preciso mencionar que la corrupción es un vicio que se desarrolla de manera sinalagmática, como se dice en el lenguaje de los contratos, depende de dos voluntades para perfeccionarse, la de la autoridad y la del oferente (Rodrigo Labardini, 2003)

El análisis hermenéutico se refiere al análisis de las principales normatividades al respecto sobre la mencionada reforma (Artículo 113 constitucional) se generó la emisión de diversos ordenamientos secundarios necesarios para su implementación, tales como: La ley General del SNA;

la Ley General de Responsabilidades Administrativas; la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativas; la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación, entre otras. Visto desde la *Filosofía del derecho* en el tratamiento de la norma del SNA, jamás se advierte que el humano no es corrupto por naturaleza; se trata de un agente social que corrompe ante la debilidad de los principios y valores de las personas y la debilidad de las instituciones. Un agente oportunista, que, ante el menor resquicio jurídico o temporal, se hace presente y se enraíza en la medida que las personas lo integran a su habitual desarrollo. Desde la *doctrina* la prevención de la corrupción puede verse desde dos dimensiones: como un derecho humano al disfrute de un entorno de paz, seguridad, estabilidad y desarrollo personal, libre de corrupción; y como un elemento subjetivo, que establece los mecanismos para evitar los actos o conductas corruptas descritas en la legislación.

Desde las *Relaciones Internacionales* la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción adoptada en diciembre de 2003 en Medida, Yucatán, ha llevado a concluir, por parte de la doctrina, que “la corrupción no es problema del arquetipo jurídico, sino un asunto cultural” (Alfonso Myers Gallardo y Diana Laura Rouzaud Anaya, 2016, p.65).

Desde este punto de vista parece que la solución a la corrupción no está tanto en el área del cambio normativo, sino en su implementación efectiva, sobre todo en la aplicación de sanciones de manera permanente y efectiva, para hacer a un lado la impunidad que reina en nuestro régimen lo que atiende al *estudio institucionalista*. El SNA enfrenta múltiples retos institucionales, políticos, presupuestales y pendientes legislativos. La impaciencia y la indolencia pueden llevar a tomar decisiones erradas o a descarrilar los esfuerzos anticorrupción y erosionar aún más la democracia mexicana. En lo que respecta el Comité de Participación Ciudadana no ha logrado sus alcances, ya que este debe ser primordialmente un órgano articulador de la ciudadanía y de la sociedad civil, más político que técnico, aunque sus integrantes deben contar con conocimientos y trayectoria en las materias relacionadas con su objeto.

III. POSTURAS A FAVOR Y CONTRA EL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN (SNA)

Independientemente de la aparición en 2015 del SNA existen marcos de acción y por tanto posturas sobre la capacidad de acción que puedan llegar a tener el SNA; políticamente se ha vitoreado la aparición del Sistema, sin

embargo, los especialistas en factibilidad institucional plantean que existe una separación entre los fines y medios.

Toda vez que la debilidad institucional es un terreno fértil para la extorsión, pero también ahonda la desigualdad y limita el potencial de un país. James A. Robinson y Daron Acemoglu (2012) argumentan en su libro *Why Nations Fail* que los que fallan tiene instituciones extractivas: “La política de la gran mayoría de las sociedades a lo largo de la historia ha llevado, y aún conduce hoy, a instituciones extractivas que dificultan el crecimiento económico”. Por su naturaleza las instituciones extractivas implican tanto un régimen concesionario como un complemento, un sistema de extorsión, ante ello, autores como (De la Calle, 2020, p.30), menciona que realmente a lo que le llamamos corrupción realmente es una extorsión consensuada altamente rentista, que ella ha permeado en diferentes esferas del desarrollo de México.

El mismo De la Calle (2020), expone que la extendida presencia en México de la extorsión es resultado de innumerables causas: falta de educación, desigual de ingresos y de oportunidades, pero, sobre todo, debido a los altos niveles de impunidad y gracias a una monumental debilidad institucional que tiene su origen en el sistema político electoral y el régimen concesionario en que descansaba.

Es así, la corrupción y la impunidad florecen porque se puede y porque, cuando no existe la necesidad de transparentar decisiones y procesos, tanto funcionarios como criminales pueden comportarse como mejor les convenga, es así como el DBAP podría subsanar ese atropello nacional. Así que veamos en el cuadro 2 el estado que guarda el SNA.

Cuadro 2. Posturas sobre el SNA

Posturas a Favor	
México Evalúa	Aquí cuatro de las principales amenazas: 1.-Desechar el Sistema Nacional Anticorrupción. 2- Subordinar las instituciones del Sistema Nacional Anticorrupción a intereses políticos. 3- Minimizar, aislar y debilitar la operación del Sistema Nacional Anticorrupción. 4.- Debilitar la implementación del andamiaje anticorrupción en los estados
Stephen D.Morris. Corrupción Política en el México contemporáneo. México, Siglo veintiuno Editores, 1991.	Es necesario el SNA porque el administrador mexicano no se considera vinculado al desempeño administrativo ni atado por un código de conducta administrativa que sus pares le interponga legal o socialmente. Su lealtad es con su superior.
"Anticorruption Policy-Can International actors play a Constructive rol?"- Susan Rose Ackerman and Paul Carrington-Carolina	El acto de corrupción existe, fuera de la entrega de dinero o no, la cuestión es la materialización del acto en sí, hoy en esta dinámica no hablamos de hechos aislados, sino de actividades de redes, verdaderamente de asociaciones ilícitas, de "mundos pequeños de corrupción".

Revista Internacional del Transparencia	La transparencia es además el principal antídoto contra la corrupción, la-cra que viene afectando a numerosas instituciones y cargos públicos en numerosos países. Es muy necesario un sistema político, jurídico y económico realmente transparente, en el que los ciudadanos puedan conocer con detalle lo que ocurre y se gasta en las instituciones públicas, así como en otras entidades que reciben sus fondos mayoritariamente del erario público.
Posturas en Contra	
Mauricio Merino (CIDE)	El SNA no es complejo, es sólo documentar lo que se hace, poner en orden las cuentas con las leyes que ya existen.
Edna Jaime (directora general de México Evalúa)	Marco jurídico inoperante, y de bajas capacidades de detección, investigación, sanción y prevención de la corrupción.
Adriana Graves Muñoz y Estefanía	No existe claridad para diferenciar las responsabilidades administrativas de los delitos, por lo que resulta complejo a su vez poder identificar a las autoridades competentes para
Medina Ruvalcava (Impunidad Cero)	investigar y sancionar tanto faltas administrativas como delitos cometidos por servidores públicos de las procuraduría o fiscalías.

Fuente: Elaboración propia con información de los autores mencionados en la tabla

Ante ello, es preciso asimilar lo planteado por el Exministro José Ramón Cossío Díaz, al mencionar que una norma mal elaborada provoca su propia invalidez e ineficacia. Lo que debía ser una solución termina siendo causa de nuevos males (Cossío Díaz, 2018).

Cuadro 3. Análisis documental de frontera para el estado del arte

Nava Garcés Alberto, Coord, Estado de derecho y corrupción, INACIPE, México, 2019.	En este tomo aparecen distintos autores desde distintas áreas de trabajo, lo mismo académicos de México que de España, juzgadores federales; abogados litigantes. A partir de aproximaciones y metodologías, los participantes de este libro proponen cómo se puede combatir la corrupción de forma eficiente a partir de mecanismos vinculados con el Estado de democrático de Derecho.
Elena Fierro, Ana, Responsabilidad de los servidores públicos. FCE, México, 2017	El sistema de responsabilidades de los servidores públicos constituye una alternativa viable ante la ausencia de un código ético legal que frene la corrupción – antes que con sanciones. Mediante una normativa definida con la cual alcanzar el objetivo implícito en su asignación: velar por el interés público.
Zaid Gabriel, El poder corrompe, México, Debate, 2019.	La corrupción no fue una característica lamentable del llamado Sistema Político Mexicano: fue el Sistema Político Mexicano. El libro pretende superar el fatalismo, la moralina el cinismo de tales explicaciones. Y acompaña el análisis de propuestas concretas.
ARELLANO GAULT, David, ¿Podemos reducir la corrupción en México? Límites y posibilidades de los instrumentos a nuestro alcance, CIDE, México, 2018.	La obra analiza desde la generación de conocimiento de frontera, dé respuesta a los debates nacionales e internacionales, que se están analizando en los principales “Think Tank” s referentes al enfoque institucionalista y sus posibilidades de respuesta al monolítico marco de la corrupción. En la obra se logra advertir la existencia de elementos de carácter organizacional que en ocasiones son omitidos por el legislador o el estudio de la norma cuando se da tratamiento al análisis de la corrupción.

Salazar Pedro, Ibarra Palafox, Francisco y Flores Imer. ¿Cómo combatir la corrupción? (pp. 63- 69). México. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018	Mediante 24 capítulos sobre especialistas del Instituto de Investigaciones Jurídicas Las deliberaciones tuvieron una orientación jurídica pero no carecieron de densidad política y en algunos momentos reflejaron una genuina indignación cívica. Vale la pena la lectura del conjunto por el fresco que ofrece sobre el estado del arte, las preocupaciones y las posibles soluciones —que no siempre en sintonía— entrevén los autores, pero también es recomendable una lectura selectiva de los ensayos.
Bautista Óscar Diego, Colección Cuadernos para prevenir y controlar la corrupción. Centro de Investigaciones en Ciencias Sociales y Humanidades México 2010- 2019	A través de 20 volúmenes se realizan diversos estudios y análisis de la corrupción que han derivado en trabajos muy importantes sobre su definición, tipología, causas, consecuencias e instrumentos para combatirla; pero también, dichas investigaciones han descubierto lo frustrante que resulta su estudio porque se trata de un fenómeno muy complejo que ha generado acalorados debates.

Tabla 1. Análisis Empírico

Económicos	
Inversión	Inversión hasta 5% menor en países con mayor corrupción (FMI)
Productividad	El incremento de un punto en la clasificación en el IPC (de 3.5 a 4.5) podría aumentar la productividad de capital en 2% (IMCO)
Ingreso de las empresas	Pérdida de 5% de las ventas (ERNTS & Young)
Piratería	480,000 millones de empleos al año
Producto Interno Bruto(PIB)	WEF=2% del PIB; FORBES= 9%; CEESP=1%; Banco de México= 9%
Políticos	
Insatisfacción con la Democracia	Apoyo a la democracia 37%, Satisfacción con la democracia 27(Latinobarómetro 2017)
Sociales	
Bienestar	14% del ingreso promedio de los hogares destinados a pagos extraoficiales (Transparencia Mexicana)

Fuente: Elaborado, con información del libro de María Amparo Casar. México: Anatomía de la Corrupción, CIDE, México, 2015.

Como podemos observar a partir de los últimos años, con el posicionamiento del análisis del fenómeno de la corrupción en la agenda pública, los principales centro de generación de conocimiento se han dado a la tarea de investigar el tópico, sin embargo, sigue sin quedar claro cuál es la piedra de toque que logre aminorar la frecuencia con la cual se ejecutan actos de corrupción, a través de la utilización del Estado del Arte se tendrá un panorama más claro, para combatir el tema en un marco de legalidad e institucionalismo.

Sumado a lo anterior fluye en términos del funcionamiento óptimo y puntual de las instituciones para los ciudadanos, son elementos esenciales de una buena administración pública, bajo dicha observancia este derecho se encuentra garantizado en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, a tal grado de ser considerado como un derecho humano. A partir de

que las relaciones entre los ciudadanos y la Nueva Administración tiene un punto de referencia central con los jueces administrativos y protección de los derechos.

Se denomina *gobernanza* al conjunto de mecanismos, procesos y reglas a través de los cuales se ejerce la autoridad de una organización, independientemente de cuál sea la propiedad o la finalidad de esta. La noción de gobernanza intenta abarcar las conexiones y relaciones entre las instituciones y el conjunto de agentes y reglas que influyen sobre la misma y que determinan la conducta institucional.

El término gobernanza se está utilizando de forma creciente. El mal gobierno se considera cada vez más como una de las razones principales de los males en nuestras sociedades. A partir de ello, han aparecido otros planteamientos interesantes como son los de Buena gobernanza o Buen gobierno es aquel capaz de gestionar de forma eficiente y sostenible desde el punto de vista económico, político, social, cultural y medioambiental y está estrechamente relacionado con el desarrollo económico. Su cumplimiento se ha convertido en una referencia imprescindible para medir la credibilidad y el respeto de cada país en el ámbito internacional, y es lo contrario a la corrupción.

Según el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), las características del buen gobierno son:

- a) Participación.
- b) Imperio de la ley.
- c) Transparencia.
- d) Respuesta a las necesidades de los interesados.
- e) Orientación hacia el consenso.
- f) Equidad en las oportunidades.
- g) Eficacia y eficiencia.
- h) Rendición de cuentas.
- i) Perspectiva estratégica.

Cuando el gobierno de un país cumple con esas características, pone de manifiesto su intención a favor del desarrollo económico y social. El buen gobierno implica que, además de los objetivos macroeconómicos y microeconómicos, la dimensión humana tiene su propia importancia y consideración.

El Banco Mundial (BM) define la gobernanza como (1) el proceso por el que los gobiernos son elegidos, controlados y sustituidos; (2) la capacidad de los gobiernos para formular e implementar de forma efectiva buenas políticas públicas; y (3) el respeto de los ciudadanos y el Estado

hacia las instituciones que gobiernan interacciones económicas y sociales entre ellos.

Según la ONU, la buena gobernanza será mejor cuando las instituciones (Parlamento, Gobierno, etc.) y los procesos (elecciones y procedimientos legales) de cada país sean transparentes, no corruptos y responsables de sus acciones ante la sociedad. La existencia de transparencia en las actuaciones de los responsables públicos implica que los ciudadanos deben conocer cómo se toman las decisiones públicas, el destino de los fondos públicos y los criterios que rigen la actuación de las instituciones. Está demostrado que los países con mayores niveles de transparencia y normas de buen gobierno son los que cuentan a su vez con instituciones más fuertes, lo cual favorece no solo el crecimiento económico, sino también el desarrollo social.

Con base en la idea de administración con eficacia y eficiencia aplicada a las ciencias jurídicas es que el concepto de buen gobierno aparece en la literatura sobre el desarrollo desde los años 90. El Banco Mundial (BM) fue el primero en utilizar el término en un estudio realizado en 1992 sobre la crisis y el crecimiento sostenido en el África Subsahariana, en el que ya señalaba la importancia del buen gobierno en el desarrollo económico. Desde los 90, la mayoría de los donantes de cooperación al desarrollo han insistido en la necesidad de la existencia de un buen gobierno en los países receptores como fórmula para garantizar el buen uso de los fondos recibidos. El buen gobierno se ha convertido en uno de los principales criterios políticos de condicionalidad para la concesión de ayuda internacional.

En la actualidad, el concepto de buen gobierno según diversas instituciones de desarrollo es el siguiente:

Tabla 2

ODA, Agencia Bilateral del Gobierno Británico	PNUD	Banco Mundial
<ul style="list-style-type: none"> • Legitimidad • Rendición de cuentas • Competencias • Derechos humanos/Ley 	<ul style="list-style-type: none"> • Legitimidad política • Libertad de asociación y participación • Sistema judicial justo y fiable • Rendición de cuentas • Libertad de información y expresión • Gestión del sector público eficiente y eficaz • Cooperación con instituciones de la sociedad civil 	<ul style="list-style-type: none"> • Gestión política transparente y previsible • Administración profesional • Poder ejecutivo que rinda cuentas • Sociedad civil fuerte y participativa • Imperio de la ley

Fuente: Elaboración propia: con información del Programa de Naciones Unidas (2019).

La buena gobernanza favorece la existencia de instituciones más transparentes y democráticas, ya que promueve la equidad, la participación, el pluralismo, la responsabilidad y el Estado de Derecho, con el fin último de que este sea efectivo, eficiente y duradero, dicha lógica es un preámbulo epistemológico de la posibilidad del Derecho a la Buena Administración Pública.

De igual manera, fomenta el desarrollo, ya que potencia la erradicación de la pobreza, la protección del medio ambiente lucha por garantizar la igualdad entre los géneros y persigue desarrollar sociedades sostenibles económicamente.

Desde el enfoque del Derecho Comparado Institucional el Sistema de Naciones Unidas fomenta la buena gobernanza a través de distintas vías: el apoyo a la transición democrática a través del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD); la lucha contra la corrupción a través de los programas del Fondo Monetario Internacional; el fortalecimiento y la participación de la sociedad civil a través del Fondo de las Naciones Unidas para la Democracia; y la mejora de la Administración pública a través de la Red en línea de Naciones Unidas sobre administración y finanzas públicas.

El Banco Mundial (2016) (BM) promueve el proyecto “*Worldwide Governance Indicators*” (WGI) que reporta datos agregados e individualizados sobre gobernanza de 215 economías para el período 1996-2013. El proyecto WGI mide seis dimensiones de la gobernanza: la voz de los ciudadanos, la estabilidad política y ausencia de violencia y/o terrorismo, la efectividad gubernamental, la calidad regulatoria, el Estado de Derecho y el control de la corrupción.

A juicio de avances es que se menciona acertadamente en el libro *Gobernanza el nuevo proceso de gobernar* de Luis F. Aguilar (2010) donde expone el planteamiento que surge dentro de los problemas respectivos a la conducción de los gobiernos, ya que dos han sido las líneas generales de respuesta: la gobernabilidad y la gobernanza, se relacionan ambos con la acción del gobierno, hacen referencia al problema de la capacidad gubernativa o directiva del gobierno y buscan su solución. A partir de que uno de los grandes desafíos de los gobiernos y la administración pública es dar respuesta a las crecientes demandas de la población. Es por eso por lo que se ha dado un fuerte impulso a la medición del desempeño como un elemento central para la planeación, programación y control de la administración pública.

La acción del Estado sobre la sociedad sigue dos caminos divergentes, o sea, ha habido dos concepciones sistemáticas de ella, correspondientes a dos explicaciones de la naturaleza del Estado que en su lugar expusimos y son en términos generales, el individualismo y el colectivismo (Cossío, 2015; pp-91-93).

De igual manera el rol del Estado expresa el Derecho en una sociedad o, de otro modo, realiza el orden social por medio del Derecho. Esta es la manera de obrar del Estado sobre la sociedad, su actividad específica en la que no puede ser substituido por ningún otro agente social; y si por cualquier motivo uno de estos últimos ejerce aquella función de expresar el derecho, entonces dicho agente se convertiría en el Estado, y solamente habrían cambiado las cosas de nombre. En este punto el problema del Estado es el problema del Derecho; este es el concepto, aquél su órgano de expresión, para la cual o emplea fórmulas generales, que son las leyes o hace su aplicación a casos particulares, que es la justicia.

CONCLUSIONES

Una mejor administración para el ciudadano pasa por una transformación de la misma basada en criterios de eficacia y transparencia. Los compromisos con los ciudadanos y las obligaciones impuestas por el marco normativo requieren el establecimiento de medidas eficaces y urgentes, que pasan necesariamente por un análisis de los servicios que prestamos, planteando su simplificación, elaborando catálogos donde se establezcan cuáles son y como se realizan, y por la utilización de herramientas que faciliten tanto la gestión interna como el acceso que la ciudadanía está demandando.

De lo contrario, sin buena administración y bajo la idea de que para tener “éxito” en una sociedad se tiene que ser corrupto, estamos atados al fracaso y la ignominia. Como reflexión el DBAP pone en la mesa que se reconozca la necesidad de acatar las reglas sin ningún tipo de excepción o excusa, y que cualquier medida para evitar el cumplimiento de una ley o utilizarla para beneficio propio no es mas que corrupción.

BIBLIOGRAFÍA

ACEMOGLU, A. y Robinson, J. (2012). *Por qué fracasan los países: Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*. Deusto.

- DE la Calle, L. (2020). *La economía de la extorsión. El lastre que despoja México*. Debate.
- FRATTI, K. (2011). ¿Tenemos Derecho A Una Buena Administración? *El Salvador*, (3). Asociación Salvadoreña de Derecho y Desarrollo.
- LEVY, I. (2019) El desequilibrio en el SNA. *El Universal*. www.eluniversal.com.mx/articulo/irene-levy/nacion/el-desequilibrio-en-el-sna
- MALEM, S. (1999). *La corrupción aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Editorial Gedisa.
- MYERS, A. y Rouzaud, D. (invierno 2016). El sistema Nacional Anticorrupción. *Estudios*, 14(119), p. 140.
- MORRIS, S. (2010). *Corrupción y política en México Contemporáneo XXI*.
- PADILLA, L. (2017). *El derecho administrativo sancionador*. Flores Editor y Distribuidor.
- RODRIGO, L. (2003). The fight against corruption. *United States-Mexico Law Journal*, 11, p. 195.
- ROSE, S., (2001). *La corrupción y los gobiernos*. Siglo XXI Editores.
- SALAZAR, P. (2008). *La educación y la legalidad*. Ediciones cal y arena.
- SERRANO S. y Vázquez, D. (2013). *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*. FLACSO México.
- STEPHEN, M. (1991). *Corrupción Política en el México contemporáneo*. Siglo XXI Editores.
- ZAGREBELSKY, G. (2004). *¿Derecho Procesal Constitucional? Y otros ensayos de justicia constitucional*. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política

CRIMINAL COMPLIANCE Y ACUERDOS DE COLABORACIÓN EFICAZ: PERSPECTIVA LATINOAMERICANA EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL

DANIEL MARIO LABORDE
Universidad de Salamanca

Tutor y Codirector: Prof. D. Ignacio Berdugo Gómez De la Torre
Codirector: Prof. D. Juan Carlos Ferré Olivé

El más conspicuo plusvalor económico tiene como origen la explotación de la miseria más absoluta.”
(Maillard).

...la pobreza no genera corrupción. La corrupción genera pobreza y la riqueza exporta corrupción.” (Fabrián Caparrós).

Resumen: como un primer paso lógico, este ensayo tiene el propósito de señalar las dificultades más previsibles respecto a la praxis latinoamericana sobre programas de cumplimiento y acuerdos de colaboración eficaz, en perspectiva de la lucha contra la corrupción transnacional. Concebidos desde el Análisis Económico del Derecho, tales institutos constituyen herramientas dogmáticas disruptivas, que procuran mayores eficiencias preventivas y buena gobernanza, habiendo sido incorporados como fundamentos de exoneración o reducción de la sanción penal. Sin embargo, a poco andar parece insinuarse que los buenos —ocasionales— resultados jurisprudenciales en Democracia quedan circunscriptos en ámbitos de solidez del sistema judicial y señorío económico. Aquí, en el sur, quizás resulte insoslayable considerar que en este tema el mundo de la Justicia se traslada al mundo de los negocios, y de los negocios con desigualdad de partes. Ello conlleva la probabilidad de un múltiple esquema provechoso para las empresas deshonestas; incluso con total desplazamiento de las responsabilidades particulares de sus directivos hacia la responsabilidad penal de la persona jurídica. Con lo cual, los prontuarios permanecerían aptos para reiniciar actividades criminovalentes con el simple trá-

mite de cambiar de socios. El examen principia desde lo general, con alusiones al paso del Derecho Penal Clásico hacia el Moderno premial; luego se destacan cuestiones de la discusión académica sobre la legitimación penal del *Compliance*. Se acude a resultados estadísticos que entornan la problemática, intentando reflejar el poderío del capital corporativo, y la violación de Derechos Humanos por parte de empresas multinacionales, con menciones sobre la relacionada sociedad del riesgo. Obran como propuesta conclusiva consideraciones respecto al Memorando Yates, bajo el propósito de retomar el enfoque principal de la acción pública en las responsabilidades individuales de los delitos societarios.

Palabras clave: *Criminal Compliance*, Latinoamérica.

DIALÉCTICA DE LA MODERNIDAD

Desde distintas disciplinas se ha vaticinado que la Modernidad, debido a las aporías y efectos perversos que se le endilgan, culminaría en su autodestrucción (Chesnaux: 1983; Alvira: 1986; Innerarity Grau: 1996). Si bien no parece contarse aún con una aprehensión teórica exacta, cierto es que en la segunda mitad del Siglo XX aparecieron diferentes corrientes de cambio cultural en amplias regiones. Surgió así el término “Postmodernidad”, que obtuvo desarrollo en la séptima década (Lyotard: 1979).

Naturalmente, esos cambios en el pensamiento han mostrado su influencia transdisciplinaria en otros campos del conocimiento. Al compás aproximado de tales mutaciones generales, en los últimos tiempos la Ciencia Penal ha experimentado transformaciones sensibles, transitando primero del Derecho “Clásico” —rechazado en el pensamiento reformista por autopoietico, referente de sí mismo y no dialógico— al “Moderno”, y culminando últimamente bajo alguna categorización interrogante sobre su postmodernidad (del Rosal Blasco: 2009). Todo ello se ha visto signado por preocupados y amplios debates; permaneciendo problemas anteriores no completamente superados, y apareciendo actuales de momento sin resolución.

Buen ejemplo de la fructífera polémica ha sido dado por Hassemer hace ya más de treinta años bajo el rótulo “Dialéctica de la Modernidad” (1991; con alusión al antecedente “Dialéctica de la Ilustración” [Horkheimer y Adorno: 1994. 1ª. Ed.: 1944]). Allí se describen críticamente las tres características diferenciadoras del Derecho Penal Moderno, inspiradas en una desmetafisicación del pensamiento, con adscripción a una me-

todología empírica: transformación de la barrera de protección de bienes jurídicos a exigencia de criminalización, la prevención como paradigma dominante, y una acentuada orientación a las consecuencias (que pasa de un criterio adicional de justificación de la norma a objetivo primordial). La tendencia hacia su utilización como única o primera razón para la solución de los grandes problemas sociales margina en cierta medida la discusión sobre su ecuanimidad, pues resulta insoslayable el factible detrimento de los principios de taxatividad, subsidiariedad, proporcionalidad y retribución del injusto. Se trata de una herramienta de “...dominio del futuro...” que aspira a superar el enfoque retrospectivo y reactivo tradicional por algo nuevo y prospectivo, basado en la acentuación de la evitabilidad.

Paralelamente, corre un significativo desplazamiento hacia la prevención general asegurativa, de cara a horizontes indefinidos de marcada expansividad (Silva Sánchez: 2001). Con el instrumento de los delitos de peligro abstracto, se intenta proteger bienes jurídicos colectivos, mediante tipicidades alejadas de la precisión y concisión que es connatural a la salvaguarda de los bienes jurídicos individuales.

Pese a ese aumento de previsiones materiales, a través del principio de oportunidad y bajo la influencia del Derecho Anglosajón y el Análisis Económico del Derecho (Coase: 1960; Calabresi:1961; Becker:1974), han cobrado vigor métodos alternativos de culminación o evitación de los procesos penales, que obedecen a criterios de utilización “blanda” reducida al modo de solución del “conflicto” —ya no “delito”— (noción ésta que fuera desarrollada desde la Victimología. Christie: 1977); y de allí deviene el reemplazo de pena justa por pena consensuada. Esta americanización presenta luces y sombras (Nieto Martín: 2003; Ferré Olivé: 2018): en las umbrías se ubica las faltas de contradicción de partes e intermediación del juzgador para la producción de pruebas, y la publicidad del juicio. Con esa cierta inclinación del *ius puniendi*, asoma la probabilidad de que el Derecho Penal quede reducido a funciones meramente simbólicas.

REFLEXIONES SOBRE LA LEGITIMACIÓN DEL CRIMINAL COMPLIANCE

En tal entorno, ha entrado a escena el *Criminal Compliance*. Se trata de un préstamo léxico no adaptado, que a través de la unión de dos significados refiere un particular concepto, cuyo núcleo jurídico —cumplimiento normativo— se engendrara en ámbitos de derecho privado (década de

1990) a través de la noción de “gobierno corporativo”. Concretado éste en el compromiso voluntario de los entes empresariales para actuar armónicamente con los principios del derecho vigente, en orden al cumplimiento de los “Objetivos de Desarrollo Sostenible” (ONU: 2000, 2015, 2017; OCDE: 2013), el *Compliance* aparece como una herramienta de supervisión de la autoresponsabilidad, a través del sistema de coregulación (Comisión de las Comunidades Europeas: 2001) o “autoregulación regulada”. Ha sido definido como el “...conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las organizaciones para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan y establecer mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a los mismos.” (World Compliance Association: s.f.).

El tema se concreta en los programas de cumplimiento, cuya creación corre a cargo del ente privado, debiéndose transparentar la actividad empresarial y el modo de verificación interno que ha sido pergeñado para prever, detectar, investigar, y denunciar la comisión de injustos. Se crearon distintos estándares en la Organización Internacional de Normalización (ISO: 2021).

Por esa vía, el *Criminal Compliance* tiene como objeto la observancia de las reglas emergentes del Derecho Penal, en perspectiva de evitación del hecho punible, y relevamiento o reducción de la culpabilidad. Se aplica o pretende incorporarse en variadas áreas: entre ellas, el sector financiero, protección de datos, blanqueo de capitales, problemática del medio ambiente, o delitos económicos y criminalidad empresarial, con marcada importancia en la corrupción pública transnacional.

El Estado resulta obligado a controlar los riesgos generados por las actividades empresariales, pero muchas veces está imposibilitado —por las razones que fuere— de conocer todos los meandros propios de la actividad. Como clara y simple muestra de economía de medios, consecuentemente asigna a determinados sujetos económicos la carga de evitar defectos en la organización con capacidad de tributar a la preparación o comisión de ilícitos; y transforma el incumplimiento vinculado a la infracción cometida en un delito de infracción del deber. Su método consiste en la derivación de gran parte de la actividad oficial de prevención hacia la conducta proactiva de los interesados: en algunas contrataciones, obligada (OCDE: s.f.); en otras, recomendada con promesa de premios y castigos.

La virtud corporativa pasa a ser el centro de mira; “...una parte esencial de la cultura que deben adoptar todas las organizaciones como parte

de un compromiso ético y responsable y como una forma de generar un valor seguro para sus propios grupos de interés...” (World Compliance Association: s.f.). Desde ese ángulo podría sostenerse, como un claro mensaje del deber ser, la expectativa social de vigencia de las normas (Silva Sánchez: 2021 «¿“Quia...”).

En su aplicación jurisprudencial, en ocasiones este instituto ha demostrado su eficacia punitiva. Se han logrado aplicar multas de consideración a empresas internacionales de renombre, por delitos venales cometidos con distintos gobiernos de la región (pueden verse los casos más relevantes en Ramírez Barbosa y Ferré Olivé: 2019). Producto del vigoroso empeño que corresponde reconocer, los —poderosos— estados impulsores de la acción han obtenido excepcionales réditos en dinero a expensas de la corrupción pública, alejando la generalizada idea de impunidad.

Desde luego, todo ello responde sólo a una corriente de opinión dentro del raudo enfrentamiento doctrinario; también corresponde poner en relieve calificadas opiniones discordantes que se representan al catalogar el *Criminal Compliance* como una: “...extraña hibridación de público y privado, de Estado y mundo corporativo...” (Nieto Martín: 2013).

Y resaltar asimismo las probabilidades de dos vertientes preocupantes —desde el punto de vista teórico— en la integración del *Criminal Compliance* con los acuerdos de colaboración (o cooperación) eficaz basados en la delación premiada (originalmente pensada para actos de terrorismo, narcotráfico o violencia de criminalidad organizada, luego extendida hacia otras manifestaciones de delincuencia compleja).

Primero, la presunción predelictual que supone la imposición —velada o no— de prevenir y confesar las propias conductas, permitiría dar lugar a sesgos autoritarios. Podría suplirse o aminorarse el deber oficial de investigar, colocando al acusado en el brete de demostrar su inocencia, obviando la garantía por la que nadie está obligado a declarar contra sí mismo. Se invitaría a rápidas absoluciones o reducciones de penas, el Estado embolsaría la multa negociada, la empresa sufriría una sanción que no afectaría a los delincuentes de existencia real (todo es negociable), y con su toma de ganancias económicas el Derecho Penal daría por concluida su actuación práctica en el mercado. En caso contrario, el apremio comprendería en la praxis un enjuiciamiento cuya indeterminación en tiempo justo dilataría efectos de desprestigio similares a los de una severa condena. Recordando otras épocas y otras denominaciones —largamente superadas por aquel Derecho Penal Clásico que sólo protegía cosas no-

bles— este corte utilitarista adquiere, por precio, sólo la realidad formal. Podrá ser una ganga en costos, pero es muy caro en Justicia.

La segunda posible vertiente emerge de la necesaria plasticidad del *Compliance*, que debe comprender un objeto cuya esencia es la mutabilidad exigida por demandas en permanente metamorfosis, y contemplado en ordenamientos jurídicos disímiles y también cambiantes. Esa variabilidad abre un vasto campo de indefinición y equivocidad, contrarias por su vértice con los pilares de ley cierta, previa y estricta. En otras palabras: cabe a los programas de cumplimiento la determinación de reglas que contemplen los riesgos de actividad delictuosa, pero, al no estar a su alcance todos los pronósticos de transformaciones fácticas, tampoco puede estarlo las previsiones de seguridad jurídica.

El problema se agudiza con el peligro ínsito en el mundo actual, que deviene de las expresiones más acabadas de la actividad industrial, regionalmente establecido como alto o muy alto (Beck: 2008; World Económico Fórum: 2020; Inform: s.f.). La extraordinaria complejización del rubro ha provocado una enrevesada urdimbre heterogénea de normas de debida diligencia, lejos de la uniformidad dogmática. En tales condiciones, mal puede el Estado exigir deber de cuidado, porque no se sabe bien en qué consiste la precaución.

Corresponde agregar que los estrados judiciales suelen encontrarse algunas líneas por debajo del “saber hacer” aquello que las empresas sí saben hacer (el “know how” es hoy un imperativo del valor agregado). Inevitablemente, el “...verdadero señor del proceso de investigación” (Rotsch: 2015), en estos casos, ya no es el Estado. Entonces, el precio sube.

INTERFAZ ESTADÍSTICA ENTRE LOS ÍNDICES LATINOAMERICANOS DE SOBORNO TRANSNACIONAL E IMPERFECCIÓN DE LAS DEMOCRACIAS

Apoyada en el método sintético-analítico de razonamiento, procede una visión entrecruzada de la corrupción pública en las contrataciones internacionales, y la categoría alcanzada en el rendimiento democrático. Se tiende a una visión realística sobre la aplicación de los programas de integridad en el combate al soborno transnacional en América Latina.

El índice de percepción de la corrupción del sector público en 180 países y territorios (Transparency Internacional: 2021), marca a los pertenecientes a América Latina con calificaciones bajas o muy bajas. Encabezan Venezuela, Haití y Nicaragua. Los menos comprometidos son Uruguay

y Chile. El resto, en gradiente, se ubica mayoritariamente por encima de la media mundial.

Por lo tanto, la primera premisa es que, con estancamientos y empeoramientos significativos —también algunas mejoras—, habitamos en un polo de preponderancia corrupta. Lo que se afirma, tras un largo camino, en el delito de cohecho internacional (Sacerdoti: 1988; Benito Sánchez: 2012), con tipificación acordada en la “Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales”. Adjetivizada como “fracaso continuado” (Transparency Internacional:2015), fue objeto de seguimiento por parte de su organismo propulsor (OCDE:2015), y allí se nos situó en el acápite de “Aplicación mínima o nula”. El dato no resulta tan disonante si se tienen en cuenta los pobres guarismos obtenidos en el resto del mundo. Esa significación quizás ceda un poco (dicho con optimismo austero), ante la leve mejora anunciada más recientemente (OCDE:2018). De todos modos, conviene seguir teniendo en cuenta que los Estados podrían haber hecho mucho más para lograr el enjuiciamiento de los casos descubiertos, y que se debe aumentar la colaboración ante el creciente número de asuntos multijurisdiccionales (OCDE: 2017).

La segunda proposición es, por lo tanto, que hay muestras refractarias a la aplicación efectiva de los compromisos internacionales asumidos para enfrentar la corrupción transnacional.

Según la última edición del Índice de Democracia anual de The Economist Intelligence Unit (The Economist: 2021), ha continuado el declive global, dándose en 2020 un retroceso sin precedentes que comprende a casi el 70% de los países. La clasificación muestra a Latinoamérica en su quinto período consecutivo de regresión, con la mayoría de sus naciones evaluadas como deficientes, incluidas las cuatro de mayor población (en los extremos: tres regímenes plenos y dos autoritarios).

El tercer supuesto es, entonces, la creciente insuficiencia de nuestras Democracias.

PODERÍO DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES Y DERECHOS HUMANOS; SOCIEDAD DEL RIESGO

El aporte científico innovativo de la modernidad desemboca en la cuarta revolución industrial (Schaw: 2016), y por doquier llegan promesas y realidades evolutivas: una “Sociedad del conocimiento” (Unesco: 2005) en la que espacio y tiempo desaparecen a través de la conexión instantá-

nea, e Internet se consolida como nuevo territorio geoestratégico donde las cosas se comunican entre sí, y revolucionando campean la inteligencia artificial junto a la robótica. Con todo ello adquieren primera relevancia en las relaciones sociales las tecnologías de información y comunicación, de amplio desarrollo geográfico que, sin embargo, no abarca por igual a zonas económicamente desfavorecidas (WSIS:2019). Esas grietas de acceso marcan líneas de contingencias diferentes a la hora en que los estados pobres deben juzgar a los particulares poderosos. La escasez latinoamericana no requiere demostración.

Es largamente sabido que la participación de personas jurídicas —sea cual fuere la teoría que se prefiera sobre su naturaleza— resultó un aporte indispensable para que el hombre supere sus debilidades individuales y limitaciones temporales, elevando calidades de vida y engendrando así la idea de progreso y transculturización de las sociedades. Pero pese a ello es de lamentar un contrasentido preocupante: aprovechando intersticios, el uso desviado de los entes morales ha significado su empleo como medio eficaz de la gran corrupción pública —sobre todo, de la corrupción transnacional, a través de algunas empresas multinacionales— con resultado de lesión de Derechos Humanos. Artífices de su propia actividad, las empresas multinacionales proliferaron por el mundo, como actores transnacionales autónomos que detentan el control de los recursos, materiales o simbólicos. Actúan transponiendo fronteras y tienen la capacidad de imponer sus propias políticas (García Vilar: 1980), tema motivante de la teoría de la “Interdependencia compleja” (Keohne y Nye: 1988). Este constructo analiza la merma del poder decisorio de los sujetos de Derecho Internacional, en favor de grupos no gubernamentales y organizaciones transnacionales en continuo dinamismo no controlado desde lo oficial. Allí se tejen y destejen las relaciones interestatales y transgubernamentales, junto a coaliciones locales. Poderosa red apta para arrastrar, en varios ámbitos, el dominio de los derechos y las alternativas de los pueblos. Desde hace años logran tratamientos diferenciados mediante el *forum shopping* o *electio fori* (Manacorda: 1999). La interactuación de usos comerciales internacionales, convenios privados, contratos-tipo, laudos y decisiones arbitrales, conforman la “*lex mercatoria*” que aleja la jurisdicción estatal y lleva la inteligencia suficiente para producir la denominada “captura corporativa” con cooptación del Estado (Hellman y Kaufmann: 2001); de lo cual Latinoamérica no es ajena (Durand: 2019).

Con la Tierra como mercado, el manejo de riquezas supedita a las administraciones públicas. En muchos casos, la concentración de capital

supera a las reservas nacionales y sostienen un alto porcentaje del PIB mundial: de las 100 mayores economías, 51 son empresas (Amnistía Internacional: s.f.).

Esas asimetrías demarcan la preocupación por la inobservancia de Derechos Humanos (ONU: 2011, 2019), habiéndose promovido diversos planes de acción y seguimiento (entre otros: CNDH México: 2019). La Comisión Internacional de Juristas (2010), ha desarrollado la noción de “complicidad empresarial” como participación necesaria en los crímenes internacionales (Martín Ortega: 2007). La venalidad corporativa aprovecha la pobreza rampante, (Moody-Stuart: 1994; Maillard: 2002) en una propaganda muestra de violencia sistémica (Žižek: 2009) que concreta numerosos peligros antropotécnicos (Baquiat: 2010), desencadenantes de la “Sociedad del riesgo” (Beck: 1998), con participación corrupta que amenaza una confrontación esencial (Transparency International: 2011). América Latina es territorio expuesto, por sus condiciones de vulnerabilidad atractiva para este tipo de ilicitudes. Se encuentran comprometidos sectores nucleares de la coexistencia social, como servicios de salud, de educación, o provisión de agua potable. Como capítulos de un extenso listado, se trata del trámite de permisos para extractivismos de los recursos naturales, expoliación de bienes petroleros, mineros o agrícolas (Gudynas: 2016). O de la ilegal recepción de desechos peligrosos, migraciones forzadas con trabajo infantil y tráfico laboral y sexual, proliferación de armas (sin voz en los que van a morir), producción y tráfico de drogas, o financiación del terrorismo.

MEMORANDO YATES: COMENTARIO CONCLUSIVO

La Circular que la Vice-Fiscal General de los EE.UU., Sally Quillian Yates, dirigiera a Fiscales y Policía, el 9 de septiembre de 2015 (U.S. Departamento of Justice: 2015) —conocido como “Memorando Yates”— retomó drásticamente el centro de imputación en la persona física, reiniciando la tradicional idea de averiguación de responsabilidades subjetivas como medio idóneo para combatir la delincuencia corporativa (Silva Sánchez: 2021 “Yates...”). Por su orden, los asociados (a quienes se les desconoce la elección sobre cuáles hechos revelar) deberán manifestar todos los datos inculpatorios de los participantes individuales —puntual y diligentemente, rápida y minuciosamente— como condición para acceder a créditos. El acuerdo no procede si se ha ocultado información, o si se carece de un proyecto para resolver la situación de los particulares. Por lo dicho,

la invención de capacidades criminovalentes empresariales y presunciones de autoría lleva marcado desde la cuna su ineficiencia en el mundo de la verdad real, más allá de las parciales victorias antes mencionadas.

Quizás sea menester una porción de hidalguía para aceptar que aquel Derecho Penal Clásico, aún con su inmejorable altruismo, no logró sentar completamente las bases para la eterna satisfacción de la humanidad. Tal vez se muestre imperioso admitir la irresponsabilidad organizada de la “Modernidad líquida” (Bauman: 2004), y que esa fluidez ha contagiado la legalidad (Silva Sánchez: 2021 “¿Legalidad...”). Pero a continuación admitir también que el rejuvenecimiento de las ideas tampoco nos ha reservado una trinchera para enfrentar intercambios con los mercaderes.

La fuerza de los hechos arroja constantemente, en simbiosis y sincronía, renovadas razones fundamentadoras que otorgan a la Dogmática muchas posibilidades de desarrollo, a través de una gramática internacional de la imputación (Roxin: 2000; Muñoz Conde: 2004), que finaliza en el reconocimiento de garantías fundamentales (Ferrajoli:1996). En ese derrotero, acaso sea apropiado reconocerles a las víctimas —con o sin rostro— el derecho a actuar contra un victimario de existencia visible. Más para ello bastará con empoderar al Poder Judicial mediante recursos y capacitación suficientes, y acentuar los estándares de diligencia debida y responsabilidad de las empresas (Martín Ortega:2013), donde el *Compliance* halla su ámbito de actuación voluntaria. Extorsionar esta voluntad implica una degradación de la vida social que se ubica aún más allá de la posmoderna liviandad.

REFERENCIAS

- ALVIRA, R. (1986). Dialéctica de la Modernidad. *Anuario Filosófico*, 1986(19), pp. 9-24. <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/2263/1/01.%20RAFAEL%20ALVIRA%2c%20Dialéctica%20de%20la%20modernidad%20.pdf>
- AMNISTÍA Internacional (s.f.). *Empresas*. <https://www.amnesty.org/es/what-we-do/corporate-accountability/>
- BAQUIAST, J. (2010). A l’heure des compétitions mondiales entre corporatocracies anthropotechniques. *Admiroutes: Sciences, technique et démocratie*. <http://www.admiroutes.asso.fr/larevue/2010/107/cat.htm>
- BAUMAN, Z. (2004). *Modernidad líquida*. Fondo de Cultura Económica.
- BECK, U. (1998). *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*. Paidós.

- BECK, U. (2008). *La sociedad del riesgo mundial: En busca de la seguridad perdida*. Paidós.
- BECKER, G. (1974). *Crimen y castigo: un enfoque económico*. http://ebour.com.ar/ensayos_meyde2/Gary%20S.%20Becker%20-%20Crimen%20y%20Castigo.pdf
- BENITO, D. (2012). *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*. IUSTEL.
- CALABRESI, G. (1961). Some thoughts on risk distribution and the law o torts. *The Yale Law Journal*, 70(4). https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss_papers
- COMISIÓN De Las Comunidades Europeas (2001). *La gobernanza europea: un libro blanco*. <http://www.bioeticanet.info/documentos/GobernanzaEuropea01.pdf>
- COMISIÓN Internacional De Juristas (2010). *Complicidad empresarial y responsabilidad legal*, 1. <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2009/07/Corporate-complicity-legal-accountability-vol1-publication-2009-spa.pdf>
- CHRISTIE, N. (1977). Conflicts as property. *The British Journal*, 17. <https://criminologiacabana.files.wordpress.com/2015/10/nils-christie-conflicts-as-property.pdf>
- CNDH México (2019). *Informe especial sobre el seguimiento de las Recomendaciones de la CNHD*. <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-06/Seguimiento-recomendaciones-2019.pdf>
- COASE, R. (1960). The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, 3. <https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>
- CHESNEAUX, J. (1983). *De la modernité*. La Découverte/Maspero.
- DURAND, F. (2019). La captura corporativa del Estado en América Latina. *trAndeS Working Paper Series 8*, Lateinamerika-Institut, Freie Universität Berlin. DOI: 10.17169/ refubium-4004. https://refubium.fuberlin.de/bitstream/handle/fub188/25301/WP_8_Durand_Online.pdf?sessionid=B9BFFE1353BF5A2_6B51E4E534E65C3CB?sequence=2
- FERRAJOLI, L. (1996). El estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia con la realidad en *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*. Trotta.
- FERRÉ, J. (2018). El Plea Bargaining, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades low cost. *Revista Electrónica*

- de Ciencia Penal y Criminología*, 20(06). <http://criminnet.ugr.es/recpc/20/recpc20-06.pdf>
- GARCÍA, J. (1980). Las empresas multinacionales como actores autónomos de las relaciones internacionales. *Revista de Estudios Internacionales*, (1). <http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=-aWQ9MzQ5MzkmaWRIPTEwMzcmdX-JsPTE0Jm5hbWU9UkVJXzAxXzAwMl8wMDUucGRmJmZpb-GU9UkVJXzAxXzAwMl8wMDUucGRmJnRhYmxhPUFydGljd-WxvJmNvbmlbnQ9YXBwbGljYXRpb24vcGRm>
- GUDYNAS, E. (2016). Corrupción, extractivismos y daño ambiental: una íntima asociación. *CLAES. Centro Latino Americano Ecología Social. Ambiental.net*. <http://ambiental.net/2016/04/corrupcion-extractivismos-y-dano-ambiental-una-intima-asociacion/>
- HASSEMER, W (1991). *Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*. Conferencia Universitat Autònoma de Barcelona. BOE. https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1992-10023500250 (referencia consignada).
- HELLMAN, J y Kaufmann, D. (2001). La captura del Estado en las economías en transición. *Finanzas & Desarrollo*, 38(3). Fondo Monetario Internacional. <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2001/09/pdf/hellman.pdf>
- HORKHEIMER, M. y Adorno, T. (1994). *Dialéctica de la Ilustración: Fragmentos filosóficos*. http://blogs.fad.unam.mx/asignatura/ingrid_sosa/wp-content/uploads/2017/08/horkheimer-max-y-adorno-theodor-dialectica-de-la-ilustracion.pdf
- INFORM (s.f.). *Índice (sic) de gestión de riesgos para América Latina y el Caribe: Actualización INFORM-LAC 2018*. <https://www.unicef.org/lac/media/1601/file/pdf%20Índice%20de%20gestión%20de%20riesgo%20para%20ALC%20ESP.pdf>
- INNERARITY, D. (1996). La otra modernidad. 50 años de la Dialéctica de la Ilustración. *Anales del seminario de metafísica*, (30). Universidad Complutense. <https://revistas.ucm.es/index.php/ASEM/article/download/ASEM9696110151A/17014/0>
- ISO (2021). *ISO 37301:2021. Compliance management systems . Requirements with guidance for use*. <https://www.iso.org/standard/75080.html>
- KEOHANE, R. y Nye, J. (1988). *Poder e interdependencia: la política mundial en transición*. Grupo Editor Latinoamericano.
- LYOTARD, J. (1979). *La Condition Postmoderne: Rapport Sur Le Savoir*. Les Éditions de Minuit.

- MANACORDA, S. (1999). *La corruzione internazionale del pubblico agente: linee dell'indagine penalistica*. Casa Editrice Dott Eugenio Jovene.
- MARTÍN, O. (2013). La diligencia debida de las empresas en materia de Derechos Humanos: un nuevo estándar para una nueva responsabilidad en *La responsabilidad de las multinacionales por la violación a los derechos humanos*. Universidad de Alcalá.
- MOODY, G. (1994). *La gran corrupción*. Siddharth Metha Ediciones.
- MUÑOZ, F. (2004). Dogmática penal afortunada y sin consecuencias en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*. Tirant lo Blanch.
- NIETO, A. (2003). La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo). *Revista Penal*, (12), La Ley.
- NIETO, A. (2013). Introducción en *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*. Tirant lo Blanch.
- OCDE (s.f.). *Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública*. <https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>
- OCDE (2013). *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*. OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es> (forma de cita solicitada).
- OCDE (2015). *Informe de la OCDE sobre Cobecho Internacional. Análisis del Delito de Cobecho de Servidores Públicos Extranjeros*, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264226654-es> (forma de cita solicitada).
- OCDE (2017). *La Detección del Cobecho Internacional, Ediciones OCDE, París*. <http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/The-Detection-of-Foreign-Bribery-ESP.pdf>
- OCDE (2018). *La lucha contra el soborno transnacional en América Latina y el Caribe*. <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/OECD-Brochure-Latin-America-Caribbean-Anti-Corruption-Initiative-ESP.pdf>
- ONU (2000). *Directrices de cooperación entre las Naciones Unidas y el sector empresarial: Dictadas por el Secretario General de las Naciones Unidas 17 de julio de 2000*. <https://www.un.org/es/business/guidelines.shtml>
- ONU (2011). *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*. https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_sp.pdf

- ONU (2015). *Objetivos de Desarrollo sostenible*. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>
- ONU (2017). *Pacto Mundial de Naciones Unidas: una llamada a la acción para empresas sostenibles*. https://www.pactomundial.org/wp-content/uploads/2017/11/Flyer-New-Estrategia-GC_2018_.pdf
- ONU (2019). *Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N19/224/03/PDF/N1922403.pdf?OpenElement>
- RAMÍREZ, P. y Ferré, J. (2019). *Compliance, derecho penal corporativo y buena gobernanza empresarial*. Universidad Católica de Colombia, CICDE, Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ, V. (2018). *Whistleblowing: cómo la delación premiada cambió el escenario de Latinoamérica*. Seminario Universidad de Salamanca. Centro de Gobernanza Global.
- RODRÍGUEZ, V. (2019). *Delación premiada*. Temis.
- ROSAL, B. (2009). ¿Hacia el Derecho Penal de la Postmodernidad? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11(08). <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-08.pdf>
- ROTSCH, T. (2015). Sobre las preguntas científicas y prácticas del Criminal Compliance. *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. CEPDE. <http://www.adpeonline.com/wp-content/uploads/2020/08/sobre-las-preguntas-cientificas-y-practicas-del-criminal-compliance.pdf>
- ROXIN, C. (2000). *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Tirant lo Blanch.
- SACERDOTI, G. (1998). La Convenzione OCSE del 1997 sulla lotta contro la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni commerciali internazionali. *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, (4). A. Giuffrè.
- SCHWAB, C. (2016). *La cuarta revolución industrial*. [http://40.70.207.114/documentosV2/La%20cuarta%20revolucion%20industrial-Klaus%20Schwab%20\(1\).pdf](http://40.70.207.114/documentosV2/La%20cuarta%20revolucion%20industrial-Klaus%20Schwab%20(1).pdf)
- SILVA, J. (2001). *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Civitas.
- SILVA, J. (2021). ¿“Quia peccatum est” o “ne peccetur”? Una modesta llamada de atención al Tribunal Supremo sobre la “pena” corporativa. *InDret*, (1). <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/383785>

- SILVA, J. (2021) ¿Legalidad penal líquida?. *InDret*, (1). <https://indret.com/page/4/?autor=jesus-maria-silva-sanchez>
- SILVA, J. (2021). Yates Memorandum. *InDret*, (1). <https://indret.com/page/4/?autor=jesus-maria-silva-sanchez>
- THE Economist (2021). *Global Democracy Index 2020*. <https://www.economist.com/graphic-detail/2021/02/02/global-democracy-has-a-very-bad-year>
- TRANSPARENCY International (2011). *Informe global de la corrupción: cambio climático*. Earthscan. <http://www.transparency.org/>
- TRANSPARENCY International (2015). *Exportar corrupción: Reporte de Avance de 2015. Evaluación de la Convención de la OCDE para Combatir el Soborno Transnacional*. https://images.transparencycde.org/images/2015_ExportarCorrucion_Reporte_ES.pdf
- TRANSPARENCY International (2021). *CPI 2020: Resumen global*. <https://www.transparency.org/es/news/cpi-2020-global-highlights#>
- UNESCO (2005). *Informe mundial de la UNESCO: Hacia las sociedades del conocimiento*. UNESCO. <http://www.unesdoc.unesco.org/>
- U.s. Department Of Justice (2015). *Individual Accountability for Corporate Wrongdoing*. <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download>
- WORLD Compliance Association (s.f.). *Acerca del Compliance*. <http://www.worldcomplianceassociation.com/beneficios-del-compliance.php>
- WORLD Economic Forum (2020). *The Global Risk Report 2020*. http://www3.weforum.org/docs/WEF_Global_Risk_Report_2020.pdf
- WSIS (2019). *Forum 2019*. ITU. <https://www.itu.int/en/itu-wsis/Documents/Forum2019/DRAFT-WSISForum2019OutcomeDocument.pdf?CB=U7WAZK>
- ŽIŽEK, S. (2009). *Sobre la violencia: Seis reflexiones marginales*. Paidós.

ECONOMIC DIPLOMACY, MAROCCO'S NEW POLITICAL STRENGTH ASSET AT THE NACIONAL AND CONTINENTAL LEVEL

EL YATTIOUI YASSINE
University of Salamanca

Summary: In the era of globalization and major economic challenges imposed by the new international context, characterized by the opening of markets and increasingly fierce competition between nations and companies on the one hand and before the limits of Distance promotion characterizing our system on the other hand, the diplomacy of our country is called to focus more attention on concerns of economic interest to project the image of a modern, open, competitive and attractive Morocco. This new context, bringing great opportunities and new challenges, has placed economic diplomacy at the heart of foreign policy.

Indeed, economic diplomacy, perceived as an essential mechanism of economic development, occupies more and more a primordial place insofar as it has always been linked to the context of competitive integration in the world economy.

In this sense, the economic diplomacy of developing countries is increasingly called upon at the level of the overall development strategy. The notion of economic diplomacy is relative and difficult to define, insofar as it differs according to the countries and according to the actors involved and is defined "not by its instruments, but by the economic problems which give it its content".

The study of economic diplomacy is gaining more and more interest insofar as effective economic diplomacy allows the country to evolve towards a situation characterized by satisfactory exchanges with the rest of the world with a view to its integration into the world. Mondial economy.

The ability of said diplomacy to promote the country's exports, attract foreign investment and support national companies in aggressive policies to conquer foreign markets, has enabled it to occupy remarkable importance as an essential factor of economic development.

In this context, the study of Moroccan economic diplomacy as a factor of integration into the international economy is all the

more current and timely. More precisely, the axes of this conference revolve around a central question:

What is the role of Moroccan economic diplomacy for a better integration of the Moroccan economy into the international economy?

ECONOMIC DIPLOMACY AT THE HEART OF THE ROYAL STRATEGY

A political deployment following Morocco's return to the African Union

Morocco's ties with Africa through various components have never been severed. There is no need to show their roots in deep history. But recent developments are a significant and undoubtedly significant event. Is it an element of click, a victory that concludes a diplomatic episode among others, a normalization, the response to economic difficulties, a booster, an inflection point, a major event?

A MAJOR WORK

The Kingdom's historic reintegration into the African Union is expected to be endorsed at the 28th Summit of the Pan-African Organization in Addis Ababa on 30 and 31 January 2017, almost unanimously of African heads of state and governments, on the basis of a simple argument: Morocco is an African country, having ratified the Act constituting the continental organization, tabled its instruments of ratification and which, in accordance with Article 29 of the aforementioned Act, has the support of at least twenty-eight countries. According to this provision, "*any African State may at any time after this Act enter into force, notify the President of the Commission of his intention to join this Act and to be admitted as a member of the Union*" and admission "is decided by a simple majority of the Member States". Around forty countries supported Morocco's return on the eve of the summit, and it was finally accepted by consensus. This means that Morocco has finally garnered "strong and frank support" in the words of the sovereign in order to regain its place within the African Union.

This is undeniably a major victory, which has been the result of various events of obstruction, opposition and indeterminacy. The royal will, like an imperious river, has removed all the obstacles that stood in its path, overflowing on all sides with the desires of opposing oppositions: since the oblivion of communicating Morocco's request by the President

of the African Commission of the African Union, the multiple maneuvers upstream, the permanent disinformation and the famous episode of the memorandum of January 2017 involving a legal opinion trying to curb the Moroccan approach.

It is clear from Morocco's point of view that reintegration into the African Union cannot in any way be understood as an acknowledgement of the so-called RASD. History attests that one of the special features of Morocco is not to have been a colonial creation, but a state that has its roots in a centuries-old history. International law teaches that a state's membership in an international organization with an entity it does not recognize does not imply recognition on its part for that entity, as the example of Arab and Muslim countries vis-à-vis Israel in the United Nations shows in practice. Moreover, Morocco manages the question of its territorial integrity within the UN bodies. It should also be noted that, for the time being, no request for exclusion has been included in the Moroccan reintegration process.

Morocco's reintegration into the African Union is a political and strategic achievement of His Majesty King Mohammed VI, a central and decisive work of his reign. For the observer of Moroccan political life since the advent of the sovereign, the way in which the sovereign has patiently constructed the country's international policy in recent years is truly impressive. It is indeed a diplomatic construction that he has personally carried out since his accession to the throne.

This return is not a new emergence of the country to Africa as shown by the long history of its relations with the African organization, from the initial concept to the forms it took later. Already in August 1960, the late King Mohammed V, the sovereign's grandfather, receiving Congolese Prime Minister Patrice Lumumba, assured him of the unconditional support of the Kingdom: *"You are on the side of law and justice who always end up triumphing."* This solidarity was not a matter of good protocol words, an external vow, words of propriety, a purely formal position, but an expression of a deep sense of the country for the just African struggles. In January 1961, Casablanca welcomed the African heads of state who occasionally adopted the Casablanca Charter, a prelude to the establishment of the OAU two years later, an event in which Morocco actively took part.

In November 1984, Morocco left the OAU after the so-called RASD was admitted to its home. In the context of the time, the withdrawal of the OAU seemed necessary. The landscape offered by the continent at

the time did not allow otherwise. Already in 1982, the so-called RASD was admitted as the 51st member of the Organization of the African Union, a decision deemed illegal by Morocco, which succeeded in having the Tripoli Summit boycotted by twenty-four countries among the organization's fifty-four members. One can understand the ins and outs of the decision of the late Hassan II to leave the African organization. The cost of this departure was obviously high: the country's diplomacy was put in a difficult situation for some thirty-two years. The anti-Moroccan diplomacy has had free rein to their views and undertakings.

Nevertheless, Morocco has continued to manage the situation remotely, or from behind the scenes and through interposed friends, with ups and downs. Subsequently, the remote melee became difficult as powerful states on the continent increased their degree of influence. Observers, including friends from Morocco, have repeatedly criticized what they described as Morocco's "empty chair policy." Official maps of the African Union have even ended up erasing the territory of Morocco from the continent, instead providing a prominent place for the unlikely "sand republic" and drowning North Africa in the vastness of Algeria, and symbolic postures for the remaining parts of the Maghreb.

Nevertheless, the balance of power on the continent continued to change. New situations of political leadership were being created: the most difficulties were rising, the disappearance of many African leaders, the aging and disease of some, the challenges or uprisings of others, the destabilization of entire regions, civil wars, conflicts, unrest, institutional changes for others. New balances of power have been established within countries that have been taken one by one, as well as regionally and internationally. New political, economic, social and cultural issues have been prioritized. The impact of the ideological residues or political connections of previous decades was significantly diminishing.

When Morocco announced its intention to return to the African Union in July 2016, it was a turning point. The sovereign's patient development of relations with African countries in bilateral terms had not allowed any observer to foresee the possibility of this reorientation. The Moroccan demand represented an unexpected and strong change of direction in meaning taking everyone by surprise. In any case, as shown by the initial reactions of the opposing parties, Morocco's opponents were surprised by the Moroccan diplomatic offensive.

WORK TO STRENGTHEN MOROCCAN-AFRICAN RELATIONS

After the exit of the African organization, the Kingdom remained very close to many African countries in various difficult circumstances, their friend and ally according to the speech of Addis Ababa. The strong ties were able to forge meaningful bilateral relations. It happened as if Morocco's decision to leave the African organization had a positive effect on the consolidation of Morocco's relations with the African continent. The King pointed out this strongly in his speech the day after Morocco's readmission to the Addis Ababa summit on 31 January: *"The withdrawal has helped to refocus Morocco's action in the continent."* Having left the African Union in 1984 did not prevent, the sovereign explained, *"that Morocco never felt as African as when it left the African Union"*, prompting it to amplify its action for the development of the continent.

All the debts of the less developed countries were wiped out 16 years ago. Similarly, tariff barriers on products from countries on the continent were removed. An impressive conventional device has been developed over time. Addis Ababa's royal speech counts itself: "Since 2000, Morocco has concluded, in various areas of cooperation, nearly a thousand agreements with African countries... Between 1956 and 1999, 515 agreements had been signed, while since 2000 there have been 949" conventional apparatus that the sovereign has impelled in person through his multiple visits to the various sub-regions of the Continent, (46 visits made in 25 African countries). Morocco is now the second largest investor in Africa. To add to this, the question of training perceived as the heart of Moroccan cooperation with Africa. Many African nationals have been able to pursue higher education in Morocco, thanks to the thousands of scholarships granted.

The King of Morocco has also focused on large projects of geostrategic scope. One of the most significant expressions of this approach was the African Atlantic Gas Pipeline project, initiated by the sovereign with the President of Nigeria, Muhammadu Buhari. This project is expected to bring gas from producing countries to Europe with beneficial effects on the whole of West Africa. Another work characteristic of this state of mind is the completion of the Cocody Bay redevelopment project in Abidjan as part of a new model of cooperation between the state-owned enterprises concerned, in Morocco and Côte d'Ivoire, with the active support of the private sector of the two countries.

The social dimension has been elevated to the highest priority of Moroccan cooperation policy. From this perspective, pragmatism, the

foundation of Morocco's African approach, has prompted priority to give priority to actions that have a direct impact on people's daily lives: it exports medicines, while building pharmaceutical laboratories; It builds health facilities and centres; it carries out infrastructure and vocational and technical training centres, implements projects that generate jobs and stable incomes, as well as the experiences of fishing villages, and supports small farmers.

The profoundly humanistic tenor of the orientations defined by the sovereign in the continent can be illustrated by the migration policy initiated by the sovereign towards the African populations that precariousness has led, among other destinations, to the Kingdom. He is the author of a new generous welcome policy. Confounding actions of generosity, in favour of immigrants, have strengthened the links already established.

There is a remarkable continuity and coherence of the royal approach to its previous positions. In his speech in Addis Ababa, the king reiterated his intention to give no credit to the idea that by this strong involvement, Morocco would only aim to gain leadership in Africa: "Some, he said, argue that through this commitment Morocco would aim to gain leadership in Africa. I tell them that it is Africa that the Kingdom seeks to give leadership." Morocco has not endorsed the doctrines of regional power at the Bismarck. The Kingdom has repeatedly reiterated its desire to seek stability in Africa, resulting in effective action on the ground: thus the country has contributed to several United Nations peacekeeping operations in Africa (six), deploying thousands of men (5000) to the various theatres of operation: Moroccan troops, Moroccan troops, are currently deployed in CAR and DRC in addition to the mediations it conducts in particular in relation to Libya (the Skhirat agreements) and in the Mano River region.

A FAITH IN AFRICA'S FUTURE

The profound philosophy that moves the sovereign on his African strategy can be recalled here. During the speech of the last commemoration of the "Revolution of the King and the People," the sovereign used significant words. Africa is not only a geographical and historical positioning, but more an emotional, human and spiritual attachment, translating into concrete cooperative and solidarity relations. A natural extension and strategic depth of Morocco, it can only be at the centre of its foreign policy.

Certainly, the Kingdom has become a significant player. The national cause may remain at the heart of this African policy directly pursued by the sovereign, but it is declined within the framework of a comprehensive strategic vision in which he believes that Africa should be more self-confident. The King wants to work in North-South cooperation where Africa would not be seen as a mere “deposit of opportunity”. The sovereign essentially reaffirms that Africa’s wealth must benefit him: “Africa can be proud of its human potential, its resources, its cultural heritage, its spiritual values and the future must bear this natural pride loud and clear, considering the future of Africa with confidence and serenity, relying on its own wealth and the “arms” of its citizens. Propose a “growth model.”

Morocco’s return to the African Union thus marks a great historical achievement of the sovereign, of considerable strategic significance on several points of view that analysis and prospecting must take over.

THINKING ABOUT REINTEGRATION INTO THE AFRICAN UNION

The return introduces new challenges, new challenges and calls for new postures. How do you define this return? How can we think about it, how to manage it, how to structure it? However, in this context, Morocco cannot be reduced to the Sahara affair.

Bilateralism has proven to be a fruitful path. As the royal discourse points out, it is a question of continuing to make the work undertaken at the bilateral level fruitful, of continuing this patient work. The milestones have already been set. This bilateralism has had an impact on the evolution of the African political landscape in favour of Morocco. Diplomatic success owes as much to this active, proactive, transformative bilateralism as to the political changes that have occurred on the continent.

A new phase seems to be beginning: the driving force carried by the founding bilateralism that strongly linked it to many countries can be consolidated by the prospects of multilateralism that seeks the Moroccan approach. The new period that begins after the one in which bilateralism won can usher in a new impetus marked by multilateralism. It can be a new beginning without having to replace bilateralism. It is a question of the country finding the appropriate mode of action for this multilateralism, and investing its spaces, its bodies (its bodies, the parliament, the court of human rights, etc.), as well as its civil society, reappropriating literature, a repository, practices, an accumulation of institutional life and an organisational culture.

The question arises as to how to articulate all this on a broad strategy of development, emergence, structural transformation, through a search for convergence of public policies and the different visions at work in different areas in the life of the country.

It is important to reflect on this return in the current context where the concept of global security seems to be bound to undergo significant changes, marked by the rise of populist governance of a new type. Under the current conditions, it is unclear whether isolationism or greater involvement will prevail, an era marked by the return of state sovereignty or the defeat of a certain vision dominated by international organization. The "transitional" period character at the beginning of 2017 is accentuated. This return requires hard work at different levels, great adaptability, and patience.

Intense and varied economic diplomatic action.

The exit of the Organization of the African Union in 1984 was a strategic mistake that deprived Morocco of an opportunity to defend its interests and prevented it from weighing in on the major decisions taken by the Organization. Aware of this situation, Morocco has opted for a strengthening of its bilateral and regional diplomacy. The strategy on which its African policy is based is a multitude of bilateral policies and a thoughtful rapprochement with the different regions of the continent. Morocco favours political initiatives towards African countries coupled with economic measures, resulting in increased financial assistance and direct national investment and trade and economic preferences for African countries.

More than 300 agreements have been signed between Morocco and sub-Saharan African countries over the past decade. An offensive aimed at providing Moroccan entrepreneurs with a legal and regulatory framework enabling them to break into Africa through the strengthening of acquired market shares and the diversification of external markets.

There are 25 Moroccan diplomatic representations in Africa, 21 of which are in sub-Saharan Africa. These embassies are the central actors of economic diplomacy outside Morocco who have the capacity to intervene on the spot in order to promote the image of the country. They aim to promote trade in the countries with which they are accredited and to draw foreign capital to the domestic market. In addition, some embassies are staffed by economic advisers whose main task is to defend the kingdom's economic interests in the countries of accreditation. These economic advisors are a central player in the bilateral national strategy. They

are the relays of the private sector and play a cardinal role in supporting Moroccan companies. Nevertheless, the role played by these advisers and the added value they bring to Moroccan economic diplomacy are far from being recognized, given the confidentiality of their missions and the lack of resources available to them. Similarly, the official visits highlight the political will to intensify the economic projection of Moroccan interests in the southern neighbourhood. Between 2001, when King Mohammed VI was inducted, and 2009 he made 21 official visits to 13 sub-Saharan countries. The latter were generally an opportunity to inaugurate development projects and sign bilateral agreements. It is in this context that we are witnessing the emergence of a new diplomacy of contracts: diplomacy which aims to instrumentalize political and economic support for the signing of large contracts for the benefit of large national investors. In fact, dozens of Moroccan companies, considered “national champions”, have found a place among the major African investors in the continent.

In addition to the bilateral dimension, Moroccan diplomacy is also developing relations with Africa in the regional context. The latter's strategy in sub-Saharan Africa aims to overcome the blockade of the Arab Maghreb Union (AMU) and to make the Advanced Statute with the European Union visible. These reasons are decisive in Morocco's choice to fit into the regional context of sub-Saharan Africa. As a result, Morocco is developing a policy of rapprochement with the West African Economic and Monetary Union (UEMOA). Nevertheless, the agreement with UEMOA has not yet entered into force, and then some EU states consider that their economies are not yet ready for competition from Moroccan companies and want preferential mechanisms in place in terms of tariffs and rules of origin.

PRIVATE SECTOR: AN ACTOR IN ECONOMIC DIPLOMACY?

By focusing its efforts on promoting economic and commercial interests, Moroccan diplomacy aims to become the best ally of “national champions” in their quest for African markets. In this sense, the Moroccan vision is to make national firms true ambassadors to Africa. It is a powerful tool of influence on an international scale that can enable Morocco to consolidate its authority outside the borders. While the Moroccan private sector participates in official delegations and joint commissions, its role is limited to passive participation in state actions. That is why it is difficult to talk about private diplomacy independent of official diplomacy.

The increased presence of Moroccan companies south of the Sahara stems from political will and then, contrary to the official discourse, companies are still reluctant to invest or be present in the southern Sahara. Moreover, the failure of the experience of the Royal Air Maroc (RAM) and its withdrawal from Air Senegal International (ASI), obviously makes the Moroccan companies think a lot. This is a private sector that is limited to playing the role of beneficiary of the actions of state diplomacy.

This is the difference with Turkey, which has begun to develop diplomatic relations with sub-Saharan African countries through the private sector, in particular the employers' confederation TUSKON. Thus, the government was pushed to conquer new markets by its base, embodied by a new class of entrepreneurs, the "Anatolian tigers". The TUSKON confederation is currently preparing all visits by the Turkish President and Minister of Foreign Trade. Turkey's diplomatic relations with the African continent have developed quite rapidly: in the space of a decade, Ankara has tripled the number of its embassies, with the aim of setting up 30 at the end of 2012.

These private actors are exerting more and more influence in decision-making processes and are becoming a central player in Turkish economic diplomacy. It is a diplomacy that aims to serve the private sector and make it easier for it to conquer foreign markets. In return, businessmen will consolidate Turkey's global influence. In this case, we are talking about private diplomacy in the service of the country's classical diplomacy and Turkey's geopolitical interests in the African continent.

ACHIEVEMENTS OF MOROCCAN ECONOMIC DIPLOMACY

Information is an absolute weapon and a competitive advantage that the company must transform and exploit in a very difficult environment. Access to information and the control of information sources are a major obstacle for economic operators wishing to maintain economic relations with African countries. This information deficit linked to the lack of dissemination of opportunities and facilities offered by this continent to economic operators is a serious handicap to achieving the expected objectives.

The operation of the current monitoring system is carried out by economic advisers headed by an economic watch service at the Ministry of Foreign Affairs. The mission of the economic advisers is to collect as much information as possible about the regulations, the list and the quality of the operators present on site. Thanks to their contacts and

their knowledge of the field, they can bring information that is otherwise not accessible and therefore high value added and often strategic. In addition, the economic intelligence service is tasked with centralizing, analyzing and processing information and data. This service can fully achieve its objective by making strategic information available to operators on public markets, business opportunities and by offering contact lists for exporters interested in the market in question. This cell is not equipped with specialized human resources and technological means to ensure a quality analysis of the information collected. Similarly, Moroccan embassies in sub-Saharan Africa do not have websites and gathering information on the existence of economic advisers in these embassies is not an easy task. In addition, contact with economic advisers is made through the Ministry of Foreign Affairs through professional associations, which means a waste of time and therefore a loss of several opportunities for the benefit of competing countries.

DEFENDING PRODUCTS AND INVESTORS

The economic advisor is a diplomat who enjoys a brand image especially in sub-Saharan African countries. Its ability to defend domestic products during import operations is a guarantee in an environment marked by low transparency and slow and costly customs procedures due to the archaic nature of information and communication technologies. It is therefore important to structure embassies that suffer from a notorious understaffing. In addition, the on-site teams are mainly focused on the Sahara issue. Hence the interest of installing a dynamic economic service with adequate means that will not only explore the possibilities available to Moroccan products, but will give Moroccan operators a sense of confidence and protection when they carry out operations with these countries.¹⁰ One of the first Moroccan investors in sub-Saharan Africa believes that economic diplomacy in Africa remains too timid compared to other countries, such as Tunisia, which do not enjoy the same reception as Moroccans ¹¹. This is why the few Moroccan operators in Africa are explaining the need for more efficient institutional support. To compensate for this shortfall, each ambassador should, for example, have a team of at least five people, dedicated exclusively to business and support to Moroccan investors.

A Moroccan company that wants to win tenders in distant countries or internationalize in Africa is faced with a multitude of geopolitical, economic or cultural parameters that it does not master. The whole point

of economic diplomacy is to find the right “leverages”, identify the right decision-makers and influence them in a way that is favourable to the interests of this company, while remaining within a framework consistent with generally accepted ethical values. This means avoiding, as far as possible, ambiguous practices that are closely or remotely equated with corruption.

The contribution of economic diplomacy in the international integration of the Moroccan economy in Africa is far from being recognized. Economic indicators do not go hand in hand with the efforts made, which calls into question the effectiveness of Morocco's actions in the quest for markets in the sub-Saharan region.

While low-value-added products export well and do not require a real promotion policy, medium- and high-value-added products are generally intra-firm exports that are part of the international decomposition of the production chain and therefore respond to a firm strategy. This is why it is essential to develop products specific to African markets that are cheaper than Western products and of better quality compared to Chinese products. Economic diplomacy must be part of a comprehensive strategy to develop Morocco's “exportable supply.”

Similarly, developed countries should not be the priority of Moroccan foreign trade, however effective. These are not markets where exporters can sell high value-added products. Another bet of Moroccan diplomacy is to interest Western countries to produce in Morocco to export to the region. This strategy will enable Morocco to take advantage of the multitude of agreements signed and serve as a regional production and export platform.

Nevertheless, the Sahara issue remains the priority of Moroccan diplomacy, making it urgent to find lasting political solutions. The question is how to reconcile economic and political objectives while consolidating regional influence and developing the strategic depth of the kingdom.

The success of economic diplomacy requires a new aggressive strategy encompassing a good command of strategic information, contract diplomacy and better communication of the success stories of Moroccan companies in the region. The whole point of economic diplomacy is to find the right sources of information, identify the right decision-makers and influence them in a way that is favourable to the country's economic interests. This is why it is necessary to integrate economic diplomacy

within the framework of a national economic intelligence system in order to better serve the strategic interests of the “Morocco” company.

STRUCTURED IMPLEMENTATION.

The role of market clearers for economic intelligence firms.

Today, the business environment is characterized by the globalization of markets, technological development, the complexity of relationships, the multiplicity of players, the increase in opportunities and the multiplication of risks and uncertainties. This context has led to a significant increase in the volume of information, which poses the problem for the company to quickly obtain useful and relevant information to respond to current situations or to anticipate others.

Information appears to be a raw material and a strategic tool that is increasingly essential for the competitiveness of companies. The company must adapt to this context in order to maintain and develop. It is obvious for her to look for new ways to deal with the challenges posed by the instability of her environment and the abundance of information.

Under these constraints, information must be collected, interpreted and made available to users who need it. The approach of economic intelligence can contribute to this, ranging from identifying the problem to putting in place the indicators necessary to solve it.

Economic intelligence provides a fine understanding of the business environment using the internal and external information it has access to. This understanding is intended to help managers make strategic decisions.

This explains the importance and usefulness of this new concept, which is beginning to take place in the activities of companies. Economic intelligence can detect threats and opportunities, satisfy the need for information and knowledge, and help make decisions and improve the company's competitiveness. The control of information has thus become a key factor for the success of the company's competitiveness. This requires an organizational structure, human, technical and financial resources. Despite the importance of economic intelligence in solving strategic problems, it is poorly developed and less integrated in companies.

TO ENTRENCH AND STRUCTURE ECONOMIC INTELLIGENCE ON THE CONTINENT

Large Moroccan companies are considering strengthening and formalizing their economic intelligence systems in the context of globalization. Alliances, for example, seeks to formalize it into three clusters under the Strategy and Partnerships leadership, each of which will aim to make, according to Brahim Skalli:

- A macroeconomic watch at the level of the direction of the strategy following political developments, GDP, interest rates, Morocco's position vis-à-vis external markets, cement production, the level of liquidity of the financial market, the stock market...
- A business watch at the level of each Alliance activity centre. It must follow all the projects in progress, what is sold or not, at what price, what margin... This database already exists at the level of the "high-end residential and golf" division and the company wishes to duplicate it on its social housing and construction activity;
- A financial watch to monitor the financial communications of competitors, contract announcements, development projects of competitors, etc.

Faced with the weakness of state economic intelligence in Africa in its aspects of defence and influence, efforts to structure pan-African economic intelligence were made as early as 2009. One of its main challenges is to enable businesses and governments to benefit from reliable and shared information among African countries. This effort is first and foremost visible at the African Union level: at his forum *"The African Union on the Move"*, the chairman of the AU commission, J. Ping, insists that *"Africa will only be able to withstand the challenges of globalization united and united"*. This statement is also enshrined in Resolution 464 of the 26th regular session of the AU Council of Ministers, which marks its declaration of intent for pan-African economic intelligence through *"a single integration entity that will be the anchor and crucible where all states in the region will develop and implement their policies in integrative areas such as transport, communications, industry, agriculture (...) "*. The AU secretariat has pledged to raise awareness among Member States for the implementation of a continent-wide economic intelligence strategy with the support of the African Development Bank.

THE ROLE OF FIRM MARKET CLEARERS.

They improve transactions, share and reduce expenses, bring companies together, and facilitate skills and technology transfers. The pooling of economic intelligence within these competitiveness clusters could be a definite asset for Moroccan companies in Africa to “hunt in packs”. In particular, they would allow the cost of acquiring information to be pooled among all their members, which is the first obstacle to the establishment of strategic intelligence cells in companies. The interest is also to develop together in Africa through opportunities that a company could not seize alone.

Abdelmalek Alaoui, president of AMIE, goes further: “We need to think about how we are going to enlarge the cake rather than killing each other on the cupcake we have at the moment. (...) Hunting in packs means that you will attack a much bigger cake and pool what can be used to save money. But culturally, there is a real blockage.”

It is regrettable that the professional federations promoting Moroccan sectors of activity are mainly focused on anti-dumping protection and the optimization of the tax system, in the absence of organising joint outings in Africa.

A specialization of trade between Morocco and the continent.

The economic development of the African continent as an emerging economic force is an increasingly less and less controversial reality. There are many factors that corroborate this finding. Indeed, the continent has experienced several years of strong economic growth, on average around 5% over the past decade, positioning itself just behind Southeast Asia. However, although growth appears to have slowed slightly to 3% in 2015 from 4.5% in 2014 - due, among other things, to the collapse in world commodity and commodity prices - it is expected to pick up more in size from 2017.¹ On the other hand, growth in Africa is largely supported by private consumption, which is based on rising domestic demand as a result of the widening middle class, as well as improved consumer confidence and increased infrastructure investment.

However, despite this relatively strong growth, intra-African trade is characterized by its lack of dynamism when compared to other regions of the world such as Southeast Asia, whose intra-regional trade accounted for more than 52% in 2014 (WTO, 2015). Nevertheless, several efforts have been made to boost trade within the continent, notably through

the ratification of several free trade agreements.³ In this sense, the share of intra-African exports has increased over the past decade to 15.7% of total exports in 2014, up from 9.8% in 2004. Intra-African imports, on the other hand, have not fluctuated much, ranging from 14% in 2004 to 14.6% in 2014.⁴

In terms of countries, the major African economies are the predominant economies in the intra-African market. For example, according to recent data from unCTAD (United Nations Conference on Trade and Development), South Africa is the largest exporter and importer in Africa. In 2014, the country exported more than \$27 billion in goods and imported more than \$13 billion. In comparison, Morocco ranks 11th for exports, which were recorded at \$2 billion and 13th for imports, at \$2.4 billion.

Although there is still a lot of potential to be developed, given that trade with Africa accounts for only 6.5% of Morocco's trade, it is notable to note that it has seen a marked increase during the period 2004-2014, reflecting efforts to diversify and strengthen trade relations between the two parties and accelerate growth in the region. The total amount of trade quadrupled during this period, from \$1 billion to \$4.4 billion⁶. Meanwhile, the rate of import hedging by Moroccan exports improved sharply to 87% in 2014 from 45% in 2000, thanks in part to the reduction of Morocco's trade deficit with the African continent. However, by calculating export-related market shares between 2000 and 2014⁷, which are often used as an indicator of a country's trade competitiveness, the results show that Morocco has experienced a near-stagnation of this indicator around the value of 1.90% on average, while some African competitor countries have improved their export performance respectively, such as Côte d'Ivoire and Nigeria, which recorded values of 5.90% and 13.29%.

To this end, the aim of this paper is to present in the first part a descriptive analysis of the structure of trade between Morocco and Africa by region, products and partners. A second part focuses on calculating and comparing different variants of the index of comparative advantages revealed by Morocco and some African countries with Africa as a reference area. A third part conducts an econometric analysis with the aim of studying possible structural changes in the specialisation or diversification of Morocco's trade with the African continent.

ANALYSIS OF THE STRUCTURE OF TRADE BETWEEN MOROCCO AND AFRICA

Analysis of the flow of exports from Morocco to Africa during the period 2004-2014 highlights the following: West Africa remains the top destination for Moroccan exports. In particular, the region received about 50.08% of these exports in 2014, equivalent to \$1.04 billion. North Africa's share - Morocco's second largest export destination - has declined considerably, further widening its gap with the former.

The rapid rise in exports to West Africa can be explained by the remarkable development of trade relations between Morocco and this region. This development has resulted in the clearer presence of Moroccan companies in this part of Africa and the signing of several bilateral agreements with West African countries on trade and investment. These take the form of agreements based on the most favoured nation (Benin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Mali, Niger and Nigeria), or preferential trade agreements (Senegal).

Moreover, the share of Moroccan exports to Central Africa, although much lower than those of the two regions mentioned above, is growing in size. In comparison, however, exports to East and Southern Africa remain very low.

With regard to imports, North Africa's weight as the largest source of Moroccan imports from Africa has continued to increase, at the expense of other regions that have seen their shares decline. In particular, North Africa accounted for almost all Moroccan imports, with a share of 82% in 2014 compared to 53% in 2004, mainly in natural gas and manufactured gas, and oil and derivatives.

THE PRODUCTS EXCHANGED BETWEEN MOROCCO AND AFRICA

The aggregate analysis of the structure of trade from Morocco to Africa in 2014 indicates that exports to the continent are dominated by food and live animals (25%), machinery and transport equipment (18.5%), chemicals and related products (18.1%), manufactured goods (15.9%) and mineral fuels, lubricants and related products (11.7%). This ranking varies depending on the region in question. Figure 3 summarizes the share of the top five products exported by Morocco by region in 2014.

Food products account for the majority of Morocco's exports to West and Central Africa, while chemicals and related products account for more than half of exports to East and Southern Africa. North Africa, on the other hand, receives almost equal parts of transport machinery and

equipment and manufactured goods. In addition, it should be noted that exports to East Africa, and to some extent southern Africa, are the least diversified on the continent, compared to those to West Africa that are more diversified.

Analysis of the export structure based on the Hufbauer and Chilas classification (1974) shows that Morocco's exports to West Africa, East Africa and Central Africa are characterized by the same structure. Intensive goods in raw materials and natural resources account for more than half of these exports, followed by intensive goods in raw materials and natural resources and labour-intensive goods. Morocco's exports to North Africa are also dominated by goods intensive in raw materials and natural resources, followed by capital-intensive and labour-intensive goods. The case of southern Africa is a very special case in that it is the only region whose export structure is largely dominated by goods using a science that is difficult to imitate such as electrical machinery and appliances and their electrical spare parts; Other transport equipment machinery and industrial appliances of general application; parts and spare parts of machinery, appliances and machinery. These exports are followed by commodities intensively and those using science that is easy to imitate.

With regard to imports from Africa, the analysis shows that imports are dominated by mineral fuels, lubricants and related products, which account for 60.3% in 2014, manufactured goods (11.9%), food and live animals (9.46%), chemicals and related products (7.7%) machinery and transport equipment (4.4%).

Figures show that fuels, minerals, lubricants and related products make up the majority of Morocco's imports from North, Southern and West Africa, while inedible raw materials, except fuel and food and live animals, account for about half of imports from Central and East Africa respectively.

Furthermore, an analysis of the export structure based on the Hufbauer and Chilas (1974) classification shows that goods intensive in raw materials and natural resources are among the most imported products by Morocco from all regions of Africa. The flow of imports demonstrates the importance of West Africa, from which Morocco imported nearly 70.6% of these goods in 2014. Labour-intensive goods are the second most imported products. In southern Africa, it is more about capital-intensive goods.

It should be noted that our analysis concerns only trade in goods due to the lack of data on intra-African exports and imports of services. In

2015, Africa accounted for only 2.11% of total world services exports, compared with 3.43% for developing America and 25.41% for developing Asia. In terms of total global imports of services, Africa's share is 3.54% compared to 4.37% for developing America and 31.20% for developing Asia. In terms of country representation, the world's leading exporters of services are South Africa, Egypt and Morocco with shares of 0.38%, 0.31% and 0.28% respectively in 2015; while the main importers are Nigeria, Egypt and South Africa, whose global imports of services accounted for 0.42%, 0.36% and 0.32% in 2015. In addition, the share of the different categories of services exported and imported by Africa. It shows that in terms of world services exports, Africa exports mainly in the travel category (41%) transport (40%), while it imports transport services (64%) travel (26%).

Morocco's main African trading partners in all regions are Algeria, Mauritania, Senegal, Côte d'Ivoire and Nigeria. It should be noted that four of these five partners are part of West Africa.

In terms of regional classification, this one differs. Indeed, Morocco's main customers in West Africa are Mauritania (whose share of exports in 2014 reached 18.2%), Senegal (14.5%) and Côte d'Ivoire (13.9%); in North Africa: Algeria (40.4%), Egypt (25.2%) and Tunisia (20.3%); in Central Africa: Angola (22.2%), Congo (22%) and Gabon (18.7%), In East Africa: Ethiopia (53.3%), Mozambique (14.4%) Djibouti (11.2%), and Southern Africa: South Africa (70.9%) Namibia (29%).

In terms of imports, Morocco's main partners in all regions are dominated by the countries of North Africa, namely Algeria, Egypt, Tunisia, in addition to South Africa and Nigeria. By region, Morocco's main suppliers in North Africa in 2014 are Algeria (63.1%), Egypt (26%) and Tunisia (9.8%); in West Africa: Nigeria (45.8%), Togo (11.3%) and Côte d'Ivoire (11.2%); in Central Africa: Gabon (30.4%), Congo (24.6%) and Cameroon (16.6%); in East Africa: Madagascar (30.7%), Uganda (25.7%) Kenya (16%) south Africa (99.7%).

Moroccan companies are considering partnerships with foreign institutions or companies to find business opportunities in Africa. This may be due to the fact that companies have limited debt capacity and need financial support to carry out certain operations on the continent. Brahim Skalli, Alliances' Director of Strategy and Partnership, justifies this by explaining that *"Alliances' investment and debt capacity is limited, so we cannot commit ourselves to 25 countries alone. Co-operating with these multilateral financing structures means that we can consider together the de-*

velopment of larger operations in Africa.” Alliances has thus moved closer to multilateral institutions such as the African Development Bank, the EBRD or AFD to carry out joint operations on the continent.

BIBLIOGRAPHY AND WEBOGRAPHY.

Sources

- ROYAL speech of Bamako (2013). <http://Int.ma/discours-de-sa-majeste-le-roi-mohammed-vi-a-bamako/>
- ROYAL Speech on Intangible Capital (July, 31st., 2014), *The Economist*, 4329.
- MINISTRY of Foreign Affairs and Cooperation, “Morocco-Africa Bilateral Cooperation

General works

- CHAUPRADE, A. (2003). *Geopolitics, Constants and Changes in History*. Ellipses.
- KAPLAN, D. (2012). *The Revenge of Geography. What the Map Tells Us About Coming Conflicts and the Battle against Fate*. Random House.
- LUTTWAK, E. (summer 1990). From Geopolitics to Geoeconomics: Logic of Conflict, Grammar of Commerce, *The National Interest*, (20), pp. 17-23.
- OURY, J. (1994), *Political Economy of Vigilance*, Calmann-Lévy Edition.
- PANCRACIO, J. (1998), *Dictionary of Diplomacy*, Clermont-Ferrand, Micro Buss.

Specialized works

- ALAOUI, A. (2009). *Economic Intelligence and Secret Wars in Morocco*. Alpheus Editions
- ALLAIN, P. & Duhard, N. (1997). *The Secret Weapons of Decision*. Gualino.
- AGUILAR, F. J. (1967). *Scanning the business environment*. Macmillan.
- AUDIGIER, M., Coulon, G. & Rassat P. (2003). *Economic Intelligence, a new tool Management*. Maxima.
- BAUMARD, P. (1991). *Strategy and Monitoring of Competitive Environments*. Masson. 1991.
- CARRON, G. (1998). *Economic Diplomacy: The Diplomat and the Market*. Economica.

- COHEN, C. (2004). *Strategic Intelligence and Intelligence*. Hermès-Lavoisier Editions.
- LESCA, H. (1986). *Information System for strategic management of the company*. Ed. McGraw Hill.
- REGRAUI, I. (s.f.). *Moroccan public diplomacy: a religious brand strategy?* Ed. Harmattan.
- WILENSKY, H. (1967). *Organizational Intelligence: knowledge and policy in government industry*. New York Basic Books.

University articles

- ACHCHAB, B. & Driss, H. (2013). The Challenges of Economic Intelligence in Morocco. *Management and Organizations*, 5, pp. 130-137. Holy Spirit University of Kaslik.
- ANSOFF, I. (1980). *Strategic Management Journal*, 1.
- CLERIC, P. (2009). Economic Intelligence in Morocco. *EI Look At EI*, 10.
- DAFIR, A. & Karima, H. (2014). The economic diplomatisation and international integration of Moroccan economy. *International Journal of Innovation and Applied Studies*, 6(4), pp. 850-859.
- DENECÉ, E. (2011). Economic Diplomacy and Competition Between States. *Economic Problems*, 3025.
- GWETH, G. (December, 26th, 2010). Panorama of Economic Intelligence in Africa. *Africadiligence*.
- LOROT, P. (1997). From Geopolitics to Geoeconomics. *Geoeconomics*, 1, p. 29.
- LUHN, H. (1958). A business intelligence system. *IBM Journal of Research and Development*.

EL FEDERALISMO Y LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA AMBIENTAL

JESSICA BRAVO RAMÍREZ
Universidad de Colima

Tutor: José Ángel Méndez Rivera

El federalismo en México, es considerado el medio por el que se logra consolidar el Estado de derecho y el institucionalismo mexicano, por lo tanto, constituye uno de los más importantes fundamentos para el desarrollo de la soberanía nacional, representando así, la libertad y la democracia.

El federalismo sirvió para crear unidades descentralizadas dentro de un país con tradiciones fuertemente centralistas heredadas del periodo colonial, implantando el llamado federalismo “segregativo o descentralizador”, lo cual quiere decir que es un federalismo que descentraliza o provoca que algo dependa en menor grado del poder central (González y Oliva, 2016, p. 2).

Debido a la trascendencia del medio ambiente, nuestro sistema jurídico mexicano reconoce que es responsabilidad y función fundamental del Estado la protección al ambiente. Es por ello, que las facultades de los distintos órdenes de gobierno concurren.

En los casos de protección al ambiente, nuestra Constitución usa el término “conurrencia” para describir la organización competencial entre Federación, Estados y municipios, lo cual justifica que se hable de facultades “concurrentes” en nuestra Carta Magna, las cuales radican en que las entidades federativas no pueden estar esperando a que la Federación intervenga para satisfacer las necesidades (Carbonell, 2016).

La concurrencia fue vista por el legislador mexicano como la solución adecuada para poder atender en los distintos ámbitos de competencia, desde el municipal hasta el federal, lo relativo a la protección del ambiente y a la preservación y restauración del equilibrio ecológico.

Faya (1988), define a las facultades concurrentes como “aquellas facultades concedidas a las autoridades federales, pero no prohibidas a los estados, pudiendo, en consecuencia, ser reguladas tanto por el gobierno federal como por los estados” (p. 2).

El principio en el que se basa el sistema de distribución de competencias en materia ambiental se encuentra en el artículo 73 Constitucional fracción XXIX-G, el cual establece que el Congreso tiene facultad para “expedir leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los gobiernos de los Estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico”. Por ello, este artículo, constituye una excepción a la regla básica para el reparto de facultades entre estados y Federación establecida en el artículo 124 constitucional.

Asimismo, el artículo 4º de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente también hacen mención de la distribución de competencias en materia ambiental y señala:

La Federación, las entidades federativas, los Municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México ejercerán sus atribuciones en materia de preservación y restauración del equilibrio ecológico y la protección al ambiente, de conformidad con la distribución de competencias prevista en esta Ley y en otros ordenamientos legales.

La distribución de competencias en materia de regulación del aprovechamiento sustentable, la protección y la preservación de los recursos forestales y el suelo, estará determinada por la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable.

En nuestro país, el federalismo significa un equilibrio entre niveles de gobierno y regiones, esa es su naturaleza. Sin embargo, se le suele en ocasiones traducir como una subordinación de los gobiernos locales al federal.¹ Al respecto, Carmona recalca que:

Para el caso ambiental el federalismo en México no da respuesta a controversias que van en aumento, en las que la competencia entre la federación y los estados, entre estados, y entre éstos y los municipios, no tienen mecanismos de solución, sobre todo cuando implican el aprovechamiento de recursos naturales que, originalmente, son bienes nacionales (p. 133).

El régimen de concurrencia o bien, distribución de competencias no está teniendo los resultados que se esperaban con su surgimiento, a saber, una

1 El sistema federal se ha quebrado, específicamente en el periodo postrevolucionario mexicano, por dos razones principalmente: *a*) una estrictamente jurídica, que se ha operado a través de la reforma constitucional del artículo 73, que ha sido modificado en casi cuarenta ocasiones desde 1917, para engrosar paulatinamente las facultades del gobierno federal en demérito de los gobiernos locales, y *b*) otra de índole más bien económica: de nada sirve otorgar competencias a los Estados federados, si no se les dota a la vez de los medios económicos necesarios para desarrollar efectivamente tales atribuciones (Carbonell, 2016).

gestión coordinada y corresponsable y, por el contrario, se presenta como un régimen confuso y complejo.

Por tanto, la aplicación del actual régimen de competencias concurrentes en materia ambiental no está influyendo de manera positiva en la efectiva protección ambiental, puesto que la distribución de competencias en la materia señalada, se ha caracterizado por ser de gran complejidad. Al respecto García (2008), señala que:

En este ámbito, más quizá que en ningún otro, la tradicional división Federación-estado-municipio no garantiza la consecución de los objetivos de las normas, ya que los elementos ambientales, en muchas ocasiones, rebasan los ámbitos estatales y/o municipales. Es decir, los problemas que afectan al medio ambiente no reconocen fronteras, y los elementos naturales se encuentran tan íntimamente relacionados entre sí que los límites político-jurídicos existentes no resultan útiles para la protección del medio ambiente.

Además, los términos en que actualmente se encuentra redactadas las leyes generales en materia ambiental, en cuanto hace a la distribución de competencias, en poco respetan la intención original de nuestra Constitución Política de formar una gestión coordinada y corresponsable de la problemática ambiental y en cambio originan una zona de anomia relativa, al no establecer certeza respecto al alcance de la política ambiental nacional y las correspondientes responsabilidades de los Estados y de los Municipios, dejando un margen interpretativo a favor de la Federación demasiado amplio (Ampudia, 2011, p. 153).

Carmona (2011), afirma que la Constitución no se ajusta a lo ambiental, ya que la división de poderes o distribución de competencias no está diseñada para las cuestiones ambientales, ello, porque no se puede fragmentar lo que se supone es holístico o bien, integral o global como lo es el medio ambiente. Entonces, el sistema de distribución de competencias no funciona para lo ambiental porque en primer lugar la fórmula Federación-Estado-Municipio no coincide con las necesidades de articulación de acciones para la defensa del entorno ni para la protección de la misma.

La concurrencia de competencias, así como la multiplicación de organismos intervinientes han creado confusiones, las cuales han limitado o perjudicado la eficacia en la gestión ambiental². Con frecuencia en lugar de producir un esfuerzo concertado para enfrentar los factores que

2 De acuerdo con Camacho y Ariosa (2000), la gestión ambiental es “*loc* Conjunto de acciones dirigidas a la administración, uso y manejo de los recursos y a la conservación, preservación, mejoramiento y monitoreo del medio ambiente sobre la base de una coordinada información y con la participación ciudadana”. (p.40).

dañan el ambiente, la acción se burocratiza y dispersa, provocando que, decisiones que revisten urgencia, se posterguen en virtud de contiendas sobre competencias, afectando así la respuesta eficaz a las necesidades de la protección ambiental (Gómez, s.f.).

Hernández (2015), sostiene que el problema que se ha identificado como el más importante en el federalismo ambiental es la falta de una coordinación. De esta manera señala que los principales problemas que presenta México son la falta de coordinación entre órdenes de gobierno, que lo ambiental no está muy especificado en la Constitución, es decir, hay una indefinición de competencias y no existen mecanismo ni instrumentos en manos de los estados y los municipios para ejercer de una mejor manera la tarea ambiental, esto es, no sólo requieren de atribución de competencias sino también mecanismo de financiamiento y una estructura legal que les permita contar con instrumentos para castigar violaciones a la ley (p.34).

Por su parte, Barragán (2006), insiste en que la concurrencia de facultades se dará cuando el texto constitucional mexicano haga una asignación igual o parecida a la que se hace en el primer párrafo del artículo tercero, que a la letra dice “todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado –Federación, Estados, Distrito Federal y Municipios–, impartirá educación preescolar, primaria, secundaria y media superior. La educación preescolar, primaria y secundaria conforman la educación básica; ésta y la media superior serán obligatorias”. Lo anterior, porque el poder soberano que corresponde al Estado Mexicano, para su ejercicio, se encomienda, por igual, a los cuatro niveles de gobierno (p. 3).

De tal suerte, se puede inferir que el régimen de concurrencia en materia ambiental no está logrando su cometido, pues se determina de manera general que la distribución de competencias presenta una gran cantidad de desperfectos, al considerarse que la Constitución no se ajusta a lo ambiental por no considerar las necesidades ambientales. Es decir, la distribución de competencias no está diseñada para las cuestiones ambientales ya que el medio ambiente no reconoce fronteras y, por tanto, no se puede fraccionar. Asimismo, las leyes generales en materia ambiental en cuanto a distribución de competencias, no se encuentran bien redactadas, lo cual provoca falta de certeza jurídica, generando inseguridad e incertidumbre en los gobernados y, además, limita y perjudica la eficacia de la gestión ambiental. Por tanto, se considera la imperiosa necesidad de consolidar el régimen de competencias concurrentes.

Siendo así, la distribución de competencias de acuerdo con Vázquez (2007):

Es un fenómeno que a nuestro juicio requiere ser perfeccionado para avanzar a una articulación congruente con los principios de un verdadero federalismo, que dote a los Estados y Municipios de manera auténtica no sólo de atribuciones, sino que reconozca los derechos legítimos que asisten a los gobiernos locales como responsables originarios de determinadas funciones y les dote de la capacidad de ser generadores de recursos.

Son muchos los retos del derecho ambiental mexicano para consolidar su eficacia en la protección del ambiente y los recursos naturales. Ampudia (2011), considera que uno de ellos –quizá el más urgente, es precisamente el obtener a corto plazo una reforma integral de las leyes generales, para consolidar un reparto de atribuciones entre Federación, Estados y Municipios, más acordes a las exigencias de los conflictos medio ambientales de nuestro país.

Aceves (2011), complementa lo anterior diciendo que “el tratamiento de la problemática ambiental desde la perspectiva jurídica va más allá que la mera protección de los recursos naturales existentes. Más bien, requiere de un sistema coordinador administrativo de naturaleza totalmente integradora, además de una enorme voluntad política para poder consolidar la llamada “democracia ambiental” la cual se traduce en una verdadera gobernanza ambiental” (p. 136).

LA DISPERSIÓN NORMATIVA Y LA APREMIANTE NECESIDAD DE DEFINIR EL USO Y ALCANCE DE LAS LEYES

Antes que nada, debe recordarse que toda ley es general por definición, como también es, abstracta e impersonal. Actualmente, han cobrado vida las leyes nacionales. Hoy, la realidad en la literatura mexicana es que ya se habla de leyes nacionales, federales, generales, reglamentarias, estatales, orgánicas, ordinarias, secundarias.

El término “general” se continúa usando como sinónimo de federal, ello, por una muy antigua tradición, por lo que se entiende que una ley general se aplica en todo el territorio nacional. No obstante, esa consideración ha cambiado, hoy en día ya no debe ser visto así, pues en épocas recientes, cuando las disposiciones emanadas por el Congreso de la Unión versen sobre concurrencia entre órganos federales, estatales y municipales, debe entenderse que se refiere a las leyes generales y no a las federales. En este caso, no deben estimarse como equivalentes o sinónimas, dado que muestran una diferencia elemental.

La misma Corte mexicana ha sostenido que mediante esas leyes se busca una plataforma mínima desde la cual las entidades puedan dar sus propias normas tomando en cuenta su realidad social. Sin embargo, es tal la centralización de materias y tan ambigua las bases de distribución de competencias, que una ley general contiene normas sustantivas que la convierten de hecho en una ley nacional precisamente porque no se constriñe a establecer principios, estándares y procedimientos claramente determinados (Madero, 2015, p. 11).

Chena (2014), indica que diccionarios especializados no aluden a la diferencia entre las leyes nacionales, federales o generales, porque no tiene ningún sentido. Asimismo, menciona que el brillante constitucionalista y parlamentario mexicano, don José Luis Lamadrid Sauza, estimaba “vano, superfluo, descuidado y contrario a la técnica legislativa de altura constitucional, querer diferenciar la naturaleza de una ley “federal” de otra denominada “general”.³

Con las anteriores percepciones, no estoy de acuerdo, ya que si a cada ley se le da una denominación diferente, es porque debe existir una razón, deben tener alguna diferencia al menos, pues de qué nos sirve usarlas como sinónimo, lo único que ocasiona es duda y confusión. Además, como ya vimos con la ley general y la ley federal, es evidente que existe diferenciación entre ellas.⁴ Cada clasificación de ley debe de gozar de características particulares, motivo por el cual se les dio una denominación distinta. De no ser así, no deberíamos nombrarlas de manera diferente.

La falta de rigor para determinar cuál es el alcance que deben tener las leyes generales y las leyes nacionales hace confuso el orden jurídico que regula nuestra federación. De forma que no queda claro cuáles son las obligaciones que competen a cada nivel de gobierno, qué facultades corresponden a cada nivel de gobierno y, en última instancia, a quién debemos exigir cuentas de los resultados en temas tan importantes como combate a la corrupción o a la delincuencia, o el acceso a la información, derivadas de estas leyes generales o nacionales (Fierro, 2020).

Así pues, estamos ante la disyuntiva de si el uso del término general o nacional es resultado de ocurrencias del momento, o bien, sí tienen propósitos distintivos. Esta dispersión normativa, considero ocasiona una

3 Véase, <http://rodolfochenarivas.blogspot.com/2014/02/leyes-federales-generales-o-estatales.html>

4 Las leyes generales, en el sentido explicado por López Olvera, son de naturaleza concurrente, es decir, tienen ámbitos de aplicación simultánea u obediencia común por cuanto a distribución de competencias entre los tres órdenes de gobierno que, con base en un ordenamiento, actúan, simultánea o sucesivamente en ejercicio de atribuciones (Chena, 2019).

falta de claridad para comprender como debiera funcionar el esquema de competencias en la federación.

En cuanto a las leyes nacionales, por lo expuesto anteriormente, podemos inferir que no son equivalentes ni se utilizan como sinónimo de alguna otra ley, tampoco se sujetan a posiciones de concurrencia como las leyes generales. Una ley nacional debe tener su propia naturaleza.

Al respecto, Chena (2019), señala que una ley nacional no es paralela ni concurrente y se refiere a que:

Una ley nacional puede relacionarse, fundadamente, con el termino coincidencia desarrollado por Don Felipe Tena Ramírez, con base en el cual una ley nacional haría plenamente coincidentes a los tres órdenes de gobierno (y no los mantendría existiendo de forma paralela o concurrente) porque sus hipótesis y consecuencias normativas los involucran con plenitud de extensión, los sitúan en un plano de igualdad de obligaciones que se ausenta de criterios casuísticos de aplicación normativa, y diluye y funde los tres órdenes de gobierno en un solo sujeto: el Estado mexicano, que es la suma de Federación, Estados y Municipios.⁵

Entonces, una ley nacional tiene el objetivo de regular todo hecho que se origine tanto a nivel federal, estatal o municipal, a saber, será una ley única que unifica reglas y criterios que serán de observancia nacional, su ámbito de aplicación será todo el territorio. Aquí, los tres órdenes de gobierno trabajan coincidentemente, esto es, se asocian para que exista un equilibrio entre ellos y, de esta manera, se involucren y trabajen en igualdad de obligaciones; los tres órdenes de gobierno se vuelven uno solo. “La nación mexicana no podemos concebirla fraccionada, sino siempre unida en sus valores sociológicos y políticos fundamentales” (Faya, 1988, p. 128).

En una ley nacional, no hay distribución de competencias, no hay acuerdos en los que un solo orden de gobierno deba de hacerse cargo de alguna situación en particular. Aquí, la federación (Gobierno federal, estatal y municipal) actúa como representante de la Nación, surgiendo así un Gobierno nacional cuya actuación es superior al orden federal y al orden local, esto es, actúa como titular único de la Nación. Es un Gobierno nacional que no comparte facultades sino que actúa en calidad de representante único y exclusivo de la Nación Mexicana para garantía de la unidad y salvaguarda de la Nación.

5 Véase, <https://rodolfochenarivasnuevaestrategia.blogspot.com/2019/07/>

¿CENTRALIZACIÓN DE LA MATERIA AMBIENTAL?

El deseo por alcanzar un esquema cooperativo, a través de la distribución de competencias, donde se pudieran atribuir nuevas competencias a las instancias locales, generó en gran medida la intensificación del proceso centralizador ante la falta de capacidad de las autoridades locales para ejercerlas dentro de su esfera.

Esta práctica de distribución de competencias, es la que constantemente ha venido centralizando casi todo en la Federación, debido a una gran variedad de cuestiones como la impunidad de los actos de los gobiernos estatales, al patronazgo político⁶, por la extralimitación de las competencias estatales, entre muchas otras. Debido a ello, se puede decir que brota la corrupción ya sea a nivel estatal o municipal, provocando así, que el centralismo se refuerce (Tortolero, 2018, p. 119).

Los excesos de las autoridades locales y su irresponsabilidad política provocaron una degradación enorme en la calidad de sus gobiernos, traducándose esto en un evidente problema institucional. Ello, generó un ambiente de desconfianza entre la Federación y los estados, así como temor a dejar responsabilidades en manos de las autoridades locales, decidiéndose por tanto, seguir con la concentración de facultades a cargo de la federación.

Estimo que si hemos llegado a una mayor centralización, es debido a las faltas tan graves que se cometen en los niveles estatales y municipales, su escaso compromiso, sus limitaciones, sus omisiones y vicios. No podemos generalizar y decir que todas las actuaciones de las entidades federativas y municipios son deficientes e insuficientes, pero es una realidad que dichos niveles de gobierno no pueden con el peso de disfrutar de tantas facultades o competencias.

Un ejemplo claro que señala Vivanco (2018), relativo a las graves faltas o irresponsabilidades de las autoridades locales que propició la centralización de materias, es la de la reforma constitucional en materia penal del 2008 en la que se instaura el sistema procesal penal acusatorio, nos explican:

La reforma exigía que cada nivel de gobierno hiciera las reformas y modificaciones que fueran necesarias para que el sistema entrara en vigor dentro de su esfera competencial en un plazo no mayor a ocho años. Como era de esperarse, la mayoría de los estados no cumplieron con el mandato. Muchas

6 Es cuando los actores locales, condicionan su apoyo al gobierno federal a cambio de accesos a empleos públicos.

de las entidades federativas, a cinco años de la reforma, no habían siquiera establecido el órgano técnico de planeación. Además, las entidades que cumplieron no siguieron principios y lineamientos homogéneos, lo que resultó en una heterogeneidad y dispersión normativa en el procedimiento penal. Al ver este desorden, se decidió centralizar la materia procedimental penal mediante la reforma constitucional del 8 de octubre de 2013.⁷

Ante tal problema, hay mucho por hacer pero hay que avanzar escalón por escalón. Primeramente, tenemos que darnos cuenta y concientizar la magnitud del problema de distribución de competencias y los efectos enormes que desencadena en la sociedad y en la vida de las personas, pues dicha distribución también es una forma de ejercer el poder y de implementar políticas públicas, por tanto, el éxito o fracaso de los programas sociales depende en gran medida de la mencionada distribución.

Asimismo, debemos entender que hay un caos normativo generado por el cumulo excesivo de expedición de leyes y por la falta de claridad en ellas, creándose así, un sistema confuso y complejo, lo cual ocasiona irresponsabilidad política por parte de las autoridades. Una vez comprendido esto, podemos marchar hacia adelante en la búsqueda de un nuevo diseño de organización en nuestro país.

De acuerdo con Vivanco (2018), en México:

Lo primero que necesitamos es insertar un orden mínimo en el sistema de fuentes, definir de una vez por todas nuestros distintos tipos de leyes (generales, de bases, de coordinación, orgánicas, reglamentarias, y ordinarias) y ordenarlas y sistematizarlas materialmente. Asimismo, debemos revisar los esquemas existentes de coordinación y eliminar lo que no sirva.

Este pensamiento de Vivanco, coincide con la idea anterior de que en nuestro orden jurídico conviven varios tipos de leyes, entre las cuales se presenta dificultad para determinar cuáles son sus alcances, sus diferencias y su jerarquía, por lo que es necesario distinguir la verdadera naturaleza jurídica de cada tipo de ley.

Por otra parte, Serna (2009), indica que:

Por definición, en los sistemas federales existe una pluralidad de ordenamientos normativos. Esta situación crea la posibilidad de disparidades horizontales entre los distintos ordenamientos, ya que en la elaboración de sus respectivas normas, cada unidad territorial del sistema federal ha de tomar en cuenta sus propias tradiciones, circunstancias y necesidades. Como éstas no necesaria-

7 De igual manera, la reforma electoral (2014) restó capacidades a los institutos locales y fortaleció a un instituto electoral centralizado, y así, la reforma educativa, la reforma al código penal mencionada y la reforma energética siguieron la misma vía (Godoy, 2018).

mente han de coincidir, es natural que surjan disparidades en el tratamiento normativo que las entidades dan a las mismas materias (p. 349).

Al respecto, pienso que hablándose de la materia ambiental no deberían surgir tantas disparidades en las normativas de cada una de las entidades federativas, pues el medio ambiente, de acuerdo con algunos autores como Carmona y Aceves, es integral, global u holístico, a saber, no conoce de fronteras.

Algunos ejemplos auténticos y claros son el cambio climático, la contaminación del agua, del suelo o del agua, pues son problemas que no reconocen fronteras y afectan a todo el planeta. Al establecer normativa en cada territorio, se está fragmentando a la naturaleza y a sus recursos naturales, atendiéndose así a realidades administrativas más no ambientales.

De esta manera, así como han de existir materias en relación con las cuales los Estados miembro podrán decidir de manera autónoma el tratamiento normativo que habrán de darles, de igual modo habrá otras materias respecto de las cuales convendrá desarrollar políticas comunes u homogéneas, o bien tendrán que unir fuerzas, juntar recursos y voluntades, para enfrentar problemas que rebasan la capacidad de cada uno de los entes en particular. Desde el punto de vista del derecho, estas circunstancias han llevado al desarrollo de técnicas de integración jurídica (Serna, 2009, p. 320).

Así pues, la materia ambiental es una de esas materias que como lo menciona Serna, conviene unificar con el fin de dejar atrás los problemas tendientes a competencias entre los distintos niveles de gobierno y confusión entre leyes o preceptos, que lo único que ocasionan son perjuicios al medio ambiente y por ende, al ser humano.

Se requiere entonces de una fusión o integración de las distintas legislaciones existentes, ya sea a través de una coordinación o unión de la actividad legislativa entre los distintos niveles de gobierno, lográndose así, una normativa única, en la que se tomen en cuenta y se mantengan los distintos intereses de las diversas autoridades tanto de la federación, de los estados y de los municipios, lo que a la vez mantendrá un equilibrio o armonía entre estas. De esta manera se conservaría el régimen federal y democrático establecido en la Constitución.

CONCLUSIONES

La concurrencia de competencias en materia ambiental, es decir, el ejercicio de los tres niveles de gobierno no está cumpliendo con las finalidades para lo cual fue establecido dicho principio, modelo o régimen de

conurrencia de competencias, el cual es, lograr una mayor cobertura de protección y preservación del medio ambiente.

El modelo de concurrencia en México, ha permanecido inflexible en la materia. El tiempo perdido en los procedimientos administrativos, entre los que una unidad administrativa sepa de un caso de deterioro ambiental irreversible al tiempo en que lo turne oportunamente a la autoridad competente puede ser suficiente para que el deterioro ambiental sea consumado. *Contrario sensu*, una actuación temprana de la administración puede evitar dicho siniestro.

Además, por lo observado, en nuestro País se suele utilizar a la concurrencia de competencias como un instrumento que permite:

1. Complicidad de los tres niveles de gobierno por beneficios personales o de las grandes empresas; lo cual se traduce en discrecionalidad y corrupción por parte de los funcionarios o autoridades al otorgar permisos, licencias o autorizaciones no permitidos por la ley.
2. Negligencia de las instituciones o autoridades, es decir, evaden sus responsabilidades, no atienden las denuncias por desinterés, evitan declarar, falta de actuación u omisiones.
3. Imposibilidad de actuación por parte de las entidades federativas al depender de la federación.

Aunado a lo anterior, las esferas de competencia o bien, las autoridades competentes, no están bien definidas ni delimitadas, lo cual en ocasiones frena la efectividad de la política ambiental.

Así, la aplicación de la concurrencia en *stricto sensu* constitucional, no está permitiendo una plena efectividad de la protección ambiental ni el goce de un medio ambiente sano, inclusive, como ya se mencionó anteriormente, puede ser una causante de la omisión por parte de las autoridades competentes y que pueden ser graves y con consecuencias irreversibles.

El deseo tan anhelado por lograr un esquema cooperativo, dio paso, al sistema de distribución de competencias concurrentes, como posible medida para alcanzar dicho esquema. Desafortunadamente, la distribución de competencias provocó un cumulo excesivo de expedición de leyes, lo cual a su vez generó, un sistema confuso y complejo de competencias y por tanto, la intensificación del proceso centralizador por la falta de capacidad de las autoridades locales para cumplir con sus respectivas facultades. De esta manera se demuestra, que la expedición de leyes generales que

contemplan la distribución de competencias concurrentes ya no es una respuesta viable ni apropiada para alcanzar un federalismo cooperativo.

La actual dispersión normativa que enfrenta nuestro país, dificulta el conocimiento de las obligaciones de las autoridades y los medios para exigir los derechos. Es por ello, que resulta apremiante lograr aclarar el uso y alcance de las leyes generales, nacionales y federales, puntualizar la naturaleza de cada una de ellas para evitar seguir cayendo en la confusión, pues se trata de instrumentos que regulan temas fundamentales.

Además, se observa la tendencia por la creación de leyes nacionales, aunque aún no, en materia ambiental. Por tanto, queda como interrogante la siguiente ¿Será que en materia ambiental deben existir más leyes nacionales y no tanto, leyes generales o federales? Lo anterior, porque como se mencionó al inicio, el medio ambiente no se puede fraccionar, dado que es integral, por lo cual, la distribución de competencias establecidas en las leyes generales, no se ajusta a las cuestiones ambientales. Dicha distribución de competencias, no respeta la esencia de la Constitución que es formar parte de la gestión coordinada y corresponsable de la problemática ambiental, lo cual ocasiona falta de certeza respecto al alcance de la política ambiental nacional y de las correspondientes responsabilidades de cada estado miembro.

Para fortalecer la gobernanza ambiental se requiere de instrumentos integrales. Es decir, adoptar marcos legales nacionales a realidades específicas, pues a mayor capacidad de coordinación, mayor impacto. Entonces, podríamos decir que la creación de una ley nacional podría significar una posible solución al problema de competencias concurrentes.

REFERENCIAS

- ACEVES, C. (2011). *Perspectiva de la concurrencia administrativa ambiental entre entidades federativas y municipios: una realidad menoscabada*. http://archivos.diputados.gob.mx/CentrosEstudio/cedip/PUBLICACIONES/SERIE_GRIS/3/seminario_actualidad_perspectiva.pdf
- AMPUDIA, S. (2011). *Distribución de competencia en materia ambiental*. http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/cedip/lxi/mem_se-mact_perdis.pdf
- BARRAGÁN, J. (2006). Concurrencia de facultades en materia de medio ambiente entre la federación y los estados en M. Carmona y L. Hernández (coords.), *Temas selectos de derecho ambiental*. Universidad Na-

- cional Autónoma de México. Procuraduría Federal de Protección al Ambiente.
- CAMACHO, A. y Ariosa, L. (2000). *Diccionario de términos ambientales*. Publicaciones Acuario. https://www.Hogares juveniles campesinos.org/gallery/diccionario_ambiental.pdf
- CARBONELL, M. (2016). El estado federal en la constitución mexicana: Una introducción a su problemática. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Revista del IJ*, 91. UNAM. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3526/4203#N71>
- CARMONA, M. (2011). *Memoria del Seminario Actualidad y Perspectiva de la Distribución de Competencias: Federación, Estados y Municipios*. http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/cedip/lxi/mem_se-mact_perdis.pdf
- CARMONA, M. (s.f). *El derecho constitucional y el ambiente en las constituciones estatales en México*. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2429/10.pdf>
- CHENA, R. (2014). *¿Leyes federales, generales o estatales? Nueva estrategia en línea*. <http://rodolfochenarivas.blogspot.com/2014/02/leyes-federales-generales-o-estatales.html>
- CHENA, R. (2019). *La nueva Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza (3ª parte)*. Nueva estrategia en línea. Recuperado de <https://rodolfochenarivasnuevaestrategia.blogspot.com/2019/07/>
- FAYA, J. (1988). *El Federalismo Mexicano. Régimen Constitucional del Sistema Federal*. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4525/13.pdf>
- FIERRO, A. (2020). Leyes generales: ¿Problemas o solución en el federalismo mexicano? *Nexos*. https://federalismo.nexos.com.mx/2020/01/leyes-generales-problemas-o-soluciones-en-el-federalismo-mexicano/?fbclid=IwAR088EnGzTOpYRDn4hQ0ZP2JYjkBypJ-s25Pn-MDVXGdRrvZ7h4_YhPajyEM
- GARCÍA, T. (2008). Las cuencas en el derecho ambiental mexicano. Instrumentos para su gestión integral. *Bol. Mex. Der. Com.*, 41(123). http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332008000300004&script=sci_arttext
- GODOY, L. (2018). La tensión centralista y federalista de López Obrador. *Nexos*. <https://redaccion.nexos.com.mx/?p=9559>
- GÓMEZ, M. (s.f.). *Concurrencia de los Gobiernos Federal, Estatales y Municipales en materia de Protección al ambiente*. <https://www.ehu.es/documents/3012743/4522505/Gomez-Hurtado-Moram+ay-Leonor.pdf>

- GONZÁLEZ, V. y Oliva, M. (2016). *El federalismo en México: principios generales y distribución de competencias frente a la política social de México: El caso del programa PROSPERA (2016)*. <https://www.uv.mx/iiesca/files/2017/03/01CA201602.pdf>
- HERNÁNDEZ, F. (2015) *Estudios de cambio climático en América Latina. Federalismo ambiental en América Latina: una revisión*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)-Unión Europea.
- MADERO, J. (2015). *Congreso REDIPAL VIRTUAL VIII*. Red de Investigadores Parlamentarios en Línea. http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/redipal/CRV-VIII-14-%2015.pdf?fbclid=IwAR3so-qhHK4fTC7QGAT_Q5DCXutJX792H5xq3QEZZNlm5R4oB ML-niaVz1KVY
- SERNA, J. (2009). Sistema presidencial y federalismo en A. Ellis, J. Orozco y D. Zovatto (Coords.), *Cómo Hacer que Funcione el Sistema Presidencial. Making Presidentialism Work*. <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/como-hacer-que-funcione-el-sistema-presidencial.pdf>
- TORTOLERO, F. (2018). El Primer Eje del Poder Presidencial en México. Un Federalismo Centralizador. *Revista di studi giuridici*. IANUS Diritto e Finanza, Università di Siena. https://www.rivistaianus.it/numero_17_2018/07_Cervantes_111-136.pdf
- VÁZQUEZ, A. (2007). *Instituto Nacional de Ecología y Cambio Climático (INECC). El federalismo en materia ambiental*. <http://www2.inecc.gob.mx/publicaciones2/libros/398/vazquez.html>.

Legislación

- CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos, DOF, México, 5 de febrero de 1917.
- LEY General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, DOF, México, 28 de enero de 1988.

PARTE IV

TEMAS SOBRE POLÍTICA

NECESIDAD Y FACTIBILIDAD: DOS RAZONES PARA EL ACCESO A ESCAÑOS DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL EN EL CONGRESO DE LA UNIÓN PARA LOS CANDIDATOS INDEPENDIENTES

NICOLÁS NIETO NAVA

Universidad Autónoma de Nayarit

Comité tutorial: Dr. Aldo Rafael Medina García (Tutor) (UAN), Dr. Enoc Francisco Morán Torres (UCOL) y Dr. Guillermo Rafael Gómez Romo De Vivar (UAGTO)

Resumen: En este capítulo se analiza la posibilidad de que los candidatos independientes al cargo de legislador federal (Diputado y Senador), accedan a escaños de representación proporcional. Dicha posibilidad tiene dos razones: la necesidad y la factibilidad. En el primer caso se hace referencia a las razones que justifican el derecho de los candidatos independientes para acceder a este tipo de escaños; en el segundo, se demuestra que el sistema electoral mexicano tiene las condiciones necesarias para concretar la propuesta.

Palabras clave: candidaturas independientes, representación proporcional, derechos políticos.

INTRODUCCIÓN

La colaboración que se presenta tiene una propuesta central: demostrar que los candidatos independientes a los cargos de legislador federal tienen el derecho de acceder a escaños de representación proporcional en la integración del Congreso General mexicano. Para justificarla, se toman como base dos argumentos: la necesidad y la factibilidad. De manera previa, se analizará la naturaleza de la candidatura independiente en cuanto derecho humano de tipo político, así como la finalidad del sistema de representación proporcional para el caso mexicano. Una vez agotados dichos temas, se procederá a exponer los argumentos del propósito central.

NATURALEZA Y FUNCIÓN DE LA CANDIDATURA EN LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Es necesario contextualizar el papel de la candidatura en una democracia. Bovero (2012) afirma que, si bien la democracia actual tiene como uno de sus factores más característicos a la realización de elecciones, es indispensable que el conjunto del juego político también sea democrático; es decir, no basta para que un gobierno sea democrático, el que existan elecciones. No obstante, dada la adopción de un sistema representativo (Aragón, 2007), no cabe duda de que este ejercicio adquiere relevancia para definir a nuestra democracia.

Para la Comisión Global sobre Elecciones, Democracia y Seguridad, las elecciones son la raíz de la democracia y pone de relieve que “las elecciones celebradas con integridad son elecciones basadas en los principios democráticos de sufragio universal e igualdad política consagrados en normas y tratados internacionales, cuya preparación y gestión son profesionales, imparciales y transparentes durante todo el ciclo electoral” (2012). En un orden lógico, las elecciones son imposibles sin la figura de los candidatos (López, 1999), quienes pueden definirse como las personas físicas respecto de la cuales se elige (Arenas y Orozco, 2022). Cabe señalar que la figura del candidato estuvo asociada, en la República Romana, a la búsqueda de realizar una función pública con base en sus cualidades personales e intenciones (Martínez, 1999), la pureza de su persona e intenciones se simbolizaba con la túnica blanca con la que los candidatos aparecían en público (Lozano, 1991).

Desde una perspectiva más formal el concepto de candidato no estaría completo si, a la intención de participar en un proceso electoral para un cargo de elección popular, no se le agrega un requisito indispensable: haber obtenido ese nombramiento por parte de una autoridad. Para Fernández Segado, las candidaturas electorales son la condición sin la cual es imposible que se materialice una elección, ya que, de acuerdo con Nohlen, son las ofertas políticas diferenciadas entre las que han de decidir los electores (2007).

La candidatura se constituye en un derecho humano de tipo político-electoral, indispensable para construir el concepto de ciudadanía y el cual se despliega tanto en los ciudadanos que se aspiran a convertirse en la oferta electoral, como en el sector que tiene derecho a elegir entre las opciones: el derecho al voto activo y pasivo (Aragón, 2007). El titular de este derecho es el ciudadano. Jellinek, en su teoría sobre los status (De

Vega García, 1998), confirió al status activo el derecho del ciudadano para elegir gobernantes, formando con ello la voluntad popular. En el mismo sentido, Kelsen reconoció a los derechos políticos como derechos subjetivos políticos del ciudadano, cuyo ente obligado son los funcionarios electorales (2008). Schmitt hizo referencia al concepto del ciudadano en la democracia, que incluye aspectos como la igualdad en el status político (para participar en elecciones y votaciones que se refieran al Estado y al valor igual de su voto); además, sostuvo, el derecho al sufragio es no de cualquier ser humano, sino del ciudadano (1982). Nótese que ninguno de los autores referidos incluye, como elemento del concepto de candidato, la necesidad de la pertenencia del ciudadano a un partido político.

En la misma línea, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, en adelante la Constitución o la Constitución mexicana, siempre ha reconocido como derecho del ciudadano, el ser votado, sin que hubiese existido exigencia expresa de pertenecer a un partido político para ejercerlo. Ninguno de los instrumentos internacionales que reconocen derechos políticos incluyen como condicionante para el ejercicio del derecho al voto pasivo, la pertenencia a un partido político: Declaración Universal de los Derechos Humanos (numeral 21); Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (numeral 25); Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 23) (Villanueva y Pedraza, 2012).

En realidad, tal como lo resolvió la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en adelante SCJN, en la acción de inconstitucionalidad 61/2008 y acumuladas, existió una libertad de configuración legal del derecho al voto. Había sido en esa configuración legal que se impuso, como una restricción necesaria, con un fin legítimo y con el carácter de proporcional (CIDH, 2008), que el derecho de acceder a una candidatura estuviera condicionada a que el ciudadano fuera presentado a la misma por un partido político.

No se pierda de vista que, en nuestro país, durante el siglo XIX, pudieron celebrarse elecciones sin la existencia de partidos políticos (Elizondo, 2010), por lo que los candidatos tenían un carácter de ciudadanos (Gantús, 2017). De esta forma, es significativo que, a la fecha, los partidos políticos se hayan arrogado un derecho que, de origen, no les corresponde. Finalmente, es posible identificar los elementos indispensables del status de candidato:

- a) Ser ciudadano.
- b) Ser propuesto a un cargo de elección popular.

- c) Cumplir los requisitos legales.
- d) Obtener su registro y nombramiento como tal.

LA CANDIDATURA INDEPENDIENTE COMO DERECHO HUMANO

Se define ahora a la candidatura independiente. No se omite hacer alusión a expresiones diversas, como las citadas por Flavia Freidenberg: candidato independiente, candidatura sin partido, candidatura ciudadana, outsiders y movimientos políticos, entre otras, (2017); incluso se ha propuesto el concepto de candidaturas abiertas (Laguna. 2019). Manuel Aragón concibe a la candidatura como la expresión del derecho al voto pasivo en cuanto el derecho individual a ser elegible y a presentarse como candidato en las elecciones para cargos públicos, y como candidatura independiente al ejercicio del derecho pasivo sin estar afiliado a un partido político (2007).

Daniel Zovatto la define como la nominación para ocupar un cargo electivo cuyo rasgo peculiar y sobresaliente consiste en que tal oferta política se realiza sin el concurso principal ni complementario de un partido político (2007). El Diccionario Electoral del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, refiere que las candidaturas independientes son el ejercicio libre y autónomo del derecho al sufragio pasivo, el cual se desglosa en dos aspectos: el derecho a ser elegible y el derecho a presentarse como candidato, sin que para ello requiera estar afiliado a ningún partido político (2017).

Ahora, se analiza la naturaleza de la candidatura independiente como derecho humano de tipo político. Esta caracterización no es menor: recuérdese que los derechos humanos implican una serie de obligaciones a cargo del Estado para su eficaz realización. Por lo tanto, el atender esta naturaleza permite cuestionar al Estado mexicano sobre las medidas legislativas, administrativas y de todo tipo que ha realizado para promover, respetar y garantizar el ejercicio del derecho del ciudadano a la candidatura independiente.

En este sentido, Ferrajoli entiende a los derechos humanos como derechos subjetivos que corresponden universalmente a los seres humanos dotados del status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar (20021); son una serie de prerrogativas, facultades, libertades, pretensiones inherentes, indivisibles a independientes que el ser humano tiene frente al poder público (Fix-Zamudio, 1996). Por lo tanto, una vez que el Estado reconoce derechos humanos a las personas, adquiere una

serie de obligaciones para darle una eficacia al ejercicio de los mismos, lo anterior está reconocido en nuestra Constitución, en el artículo primero. De esta forma, es necesario, como lo expresa Sonia Picado (2007), que a los derechos políticos les sean aplicadas las mismas normas que al resto: las obligaciones del Estado, los criterios de interpretación, de aplicación de normas, la imposición de restricciones, instrumentos de protección, entre otros.

El Estado es el responsable a respetar, garantizar o satisfacer los derechos humanos y, en todo caso, es quien puede violarlos (Nikken 1996). Además, la caracterización de la candidatura independiente como derecho humano permite matizar su relación con nuestro sistema de partidos y su función en nuestra democracia contemporánea. Luego de dos elecciones federales (2015 y 2018) y un proceso electoral en marcha (2020-2021), se ha cuestionado si se han logrado los objetivos perseguidos con su reinserción en nuestro sistema electoral. Al respecto, somos testigos de la forma en que ha descendido tanto el número de ciudadanos que aspiran a una candidatura independiente, como aquellos logran dicho status y ya no se diga los candidatos que han obtenido el triunfo en las urnas.

En consecuencia, se ha puesto en tela de juicio su idoneidad para aumentar representación o para constituirse en ofertas electorales novedosas. Más allá de que sea poca la perspectiva temporal para emitir valoraciones sobre los resultados o efectos de las candidaturas independientes en nuestro sistema electoral, el de partidos o nuestro régimen democrático; no es posible cuestionar ni al ciudadano ni al derecho en sí mismo de tales resultados; en realidad, el cuestionamiento debe dirigirse al Estado en el sentido de qué es lo que se está haciendo para darle eficacia a este derecho reconocido. Sería tanto como cuestionar que el juicio de amparo no ha logrado reducir las violaciones a los derechos humanos en el país o que el acceso a la información no ha cristalizado un gobierno transparente.

Los análisis que se han elaborado en nuestro país a raíz de su implementación en dos elecciones federales, coinciden en que las normas regulatorias terminan por hacer nugatorio el derecho político-electoral; sin embargo, las normas aplicables actualmente en materia de candidaturas independientes son prácticamente las mismas que en el año 2015 (recuérdese que se hace referencia a elecciones para legisladores federales); los cambios que se han dado a dichas normativas obedecen a la labor del TEPJF al efectuar el control concreto de constitucionalidad sobre dichas

normativas, privilegiando, en muchos casos, los derechos político-electorales de los ciudadanos.

Prosiguiendo, los derechos políticos son las posibilidades abiertas al ciudadano para formar parte del gobierno y la formación de la voluntad del Estado (Kelsen 2008). Estos derechos, denominados por Schmitt como derechos ciudadanos democráticos, tienen como uno de sus fundamentos la igualdad del ciudadano, entre otros aspectos, para votar y participar en la vida política del Estado (Schmitt, 1982). La participación del ciudadano, en el ejercicio de este tipo de derechos, puede efectuarse por sí mismo o través de representantes (Orozco, 2016).

Sonia Picado identifica como derechos políticos: al voto, a ser electo, a participar en el gobierno y ejercer funciones públicas y el derecho de petición (2007). Dalla Vía refiere que los derechos políticos constituyen una categoría no muy precisa y son la asociación y reunión con fines políticos, el derecho de petición a las autoridades, los de participación y control, el derecho a elegir y ser elegido (2011).

A nivel internacional, los derechos políticos han sido reconocidos por diversos instrumentos, como ya se evidenció. Por lo que ve a nuestro país, los derechos políticos y los político-electorales se encuentran reconocidos en el texto constitucional y en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación:

Cuadro sobre los derechos políticos y político-electorales reconocidos en el sistema jurídico mexicano

Derechos civiles que pueden tener un contenido político, reconocidos en la CPEUM	Derechos políticos reconocidos en la CPEUM	Derechos político-electorales reconocidos en artículo 79 de la LGSMIME (A) y los artículos 7 y 8 de la LEGIPE (B)
Libertad de expresión (Art.6)	Votar (Art. 35)	Votar (A y B)
Derecho de acceso a la información (Art. 6)	Ser votado en condiciones de paridad para cargos de elección popular, cumpliendo los requisitos de ley, siendo posible solicitar su registro por dos vías: (Art. 35) Como candidato partidista Como candidato independiente (Este derecho también está reconocido en el artículo 116, fracción IV, inciso p)	Ser votado, cumpliendo los requisitos que establezca la ley y solicitar su registro de manera independiente. (A y B)
Libertad de escribir ideas (Art. 7)	Asociarse individual y libremente para formar parte pacíficamente en los asuntos políticos del país (Art. 9 y 35)	Asociarse individual y libremente para tomar parte pacíficamente en los asuntos políticos del país. (A)
Protección de datos personales (Art.16)	Derecho de petición (Art. 8 y 35)	Afiliarse individual y libremente a los partidos políticos. (A)

	Ser nombrado para empleos y comisiones del servicio público (Art. 5 y 35)	Igualdad de oportunidades y paridad de género para acceder a cargos de elección popular. (B)
	Iniciar leyes (Art. 35 y 71)	Votar en consultas populares y en procesos de participación ciudadana. (B)
	Votar en consultas populares (Art. 35)	Participar como observadores en la preparación y desarrollo de procesos electorales federales y locales, consultas populares y demás formas de participación ciudadano. (B)
	Participar en los procesos de revocación de mandato (Art. 35)	

Fuente: elaboración propia con base en lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral (LGSMIME) y la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LEGIPE).

La relevancia de los derechos políticos en la sociedad democrática actual ha sido analizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (COIDH). En el caso *Yatama vs Nicaragua* y *Castañeda vs México*, la COIDH ha expresado que los derechos políticos, en una sociedad democrática:

- Fortalecen la democracia y el pluralismo jurídico
- Tienen una relación indispensable con el régimen democrático y con la democracia representativa, esto de acuerdo con la Carta Democrática Interamericana.

El artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que para el ejercicio de los derechos políticos el ciudadano debe tener oportunidad de hacerlo, es decir, el Estado debe crear condiciones y mecanismos óptimos para que el ejercicio de los derechos políticos sea efectivo (Caso *Castañeda* y caso *Miguel Sosa vs Venezuela*). Además, la Corte IDH, en los casos de *Yatama vs Nicaragua* y *Chitay Nech vs Guatemala*; *Castañeda vs México* y *San Miguel Sosa vs Venezuela*, ha precisado las obligaciones de los Estados en materia de derechos políticos:

La regulación del ejercicio de los derechos políticos y su aplicación deben ser acordes al principio de igualdad y no discriminación; no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio.

Su reglamentación no debe convertirse en un impedimento para que las personas participen efectivamente en la conducción del Estado o se

torne ilusoria dicha participación, privando a tales derechos de su contenido esencial.

Y sobre la participación política del ciudadano, al margen de los partidos políticos, ha sostenido que:

- No existe disposición en la Convención Americana que permita sostener que los ciudadanos solo pueden ejercer el derecho a postularse como candidatos a un cargo electivo a través de un partido político.
- No se desconoce la importancia que revisten los partidos políticos como formas de asociación esenciales para el desarrollo y fortalecimiento de la democracia, pero se reconoce que hay otras formas a través de las cuales se impulsan candidaturas para cargos de elección popular.
- La Carta Democrática Interamericana señala que para la democracia es prioritario “el fortalecimiento de los partidos y de otras organizaciones políticas”.
- Las candidaturas independientes pueden regularse de manera que faciliten y amplíen el acceso al derecho a ser votado

La afirmación de que los derechos políticos son derechos humanos, tiene historia propia en el caso mexicano. Es importante referir a la forma en que ha evolucionado el reconocimiento de este tipo de derechos en nuestro sistema jurídico, porque permite demostrar que históricamente el reconocimiento, ejercicio, protección y garantía de los mismos ha sido complicado, si bien ha logrado evolucionar de manera positiva. De hecho, el carácter de los derechos políticos como derechos humanos ha tenido que superar incluso dilemas terminológicos.

Al respecto, en textos previos a la Independencia y durante un primer tramo una vez consumada, se empleó el concepto de derechos, para cambiar al de prerrogativas y, regresar, casi a finales del siglo XX, al concepto de derechos. Recuérdese que las prerrogativas consisten en los privilegios, gracias o excepciones que se conceden a alguien a consecuencia de alguna dignidad, de un cargo, de un empleo o de una condición particular (Conchelo, 1986). La Constitución Política de la Monarquía Española (Constitución de Cádiz) (TEPJF, 2012), empleó el concepto de derechos de los ciudadanos españoles; el Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán (Constitución de Apatzingán de 1814), (CESOP, 2014), usó también el concepto de derechos para referirse a los derechos políticos del ciudadano; la Constitución Federal de Los Estados Unidos Mexicanos sancionada

por el Congreso General Constituyente, remitió en su artículo 9 a las constituciones de los estados la regulación de las cualidades de los electores (Cámara de Diputados, 2016); las bases y leyes constitucionales de la República Mexicana (7 leyes de 1836) (Cámara de Diputados, 2016) y el Acta de Reformas de 1847 (SCJN, 2010), usaron la denominación de derechos del ciudadano.

Es en la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1857, que en su artículo 35 se denominaron como prerrogativas del ciudadano las de votar, ser votado, asociarse para tratar los asuntos políticos del país, tomar las armas en el ejército o en la guardia nacional y ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición (SCJN, 2010). Mariano Coronado (2011) advirtió de la discusión al seno del Constituyente sobre el empleo del término “prerrogativa” o “derecho” (Zarco, 1957); no obstante, en todo caso se trata de los derechos políticos o derechos de ciudadano, siendo interesante que los concibió como funciones especiales que se refieren a la marcha y sostén del Estado. En el mismo sentido, Coronado consideró que no se trata ni de derechos naturales (porque serían atribuidos a toda persona) ni de función determinada por la ley (porque podría ser regulado de manera arbitraria por la misma ley), sino de derechos políticos inherentes a la categoría de ciudadano.

Ahora, la caracterización como prerrogativas, ocasionó que los derechos del ciudadano no fueran reconocidos como garantías individuales (denominación empleada en dicha temporalidad) y, por lo tanto, que para la defensa de los mismos fuera improcedente el juicio de amparo, medio de control constitucional por excelencia del sistema jurídico mexicano. No obstante, en un momento se abrió la posibilidad de combatir mediante el amparo actos de naturaleza política con la tesis de la incompetencia de origen (Luna Ramos, 2011) mediante la cual se dispuso que las autoridades, para ser competentes, deben ser legítimos en su origen, en su nombramiento, elección o designación; por lo tanto, una autoridad, para emitir un acto de molestia debe ser competente, pero esa competencia estará viciada de origen si la autoridad es ilegítima. El criterio referido se emitió en el juicio conocido como “amparo Morelos” (SCJN, 2012). Luego, dicha tesis sería revocada en un amparo diverso, en el cual destacó el voto particular del entonces Ministro de la Corte, Luis Vallarta, quien sostuvo que el juicio de amparo es improcedente en contra de asuntos de naturaleza política y la Corte no debe intervenir en los mismos, ya que se desnaturaliza al Poder Judicial cuando atiende asuntos de naturaleza polí-

tica, además que si se pretende impugna la legitimidad de una autoridad, el camino o la vía, no es el juicio de amparo (SCJN, 2012).

El propio Luna Ramos ha explicado la influencia de esta nueva tesis en la jurisprudencia posterior de la Suprema Corte de Justicia: por lo que restó del siglo XIX y buena parte del siglo XX, ayudó a crear el criterio de que los derechos políticos no son o no eran derechos humanos y, por lo tanto, el ciudadano careció de un medio de defensa constitucional para los mismos. La Suprema Corte de Justicia de la Nación negó, hasta la octava época, que los derechos políticos fueran derechos humanos, por la sencilla razón de su ubicación fuera de la parte dogmática de la Constitución de 1917. En la novena y décima época, se reconoció su naturaleza como derechos humanos, pero se remitió su defensa constitucional al sistema de impugnación en materia electoral, competencia del TEPJF y a la acción de inconstitucionalidad de normas generales en materia electoral, a cargo del Pleno de la Corte, la cual se trata de un medio de control constitucional de tipo abstracto.

Con todo lo anterior pretende demostrarse que la tutela y ejercicio de los derechos políticos en cuanto derechos humanos ha tenido un desarrollo complejo (recuérdese que el motivo del célebre caso Castañeda tuvo como origen la falta de un medio de defensa adecuado para los derechos político electorales del ciudadano); sin embargo, también es verdad que ha evolucionado de manera positiva en la medida que su ejercicio eficaz genera consecuencias que elevan la calidad de nuestro régimen democrático.

NECESIDAD Y FACTIBILIDAD DE QUE LOS CANDIDATOS INDEPENDIENTES ACCEDAN A ESCAÑOS DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL PARA INTEGRAR EL CONGRESO DE LA UNIÓN.

De acuerdo con el artículo 362 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, los candidatos independientes, a nivel federal, pueden aspirar a los cargos siguientes:

1. Presidente de la Republica.
2. Diputado Federal, por la vía de mayoría relativa. (Se le excluye de la vía de representación proporcional)
3. Senador, por la vía de mayoría relativa (Se le excluye de la vía de representación proporcional).

Lo anterior es congruente con las disposiciones de los artículos 52, 53, 54 y 56 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por lo que ve a la forma de integrar las Cámaras del Congreso de la Unión. Ahora bien, se considera que es necesario abrir la posibilidad de que los candidatos independientes accedan a los escaños de representación proporcional, por las razones siguientes:

- a) La candidatura independiente es una expresión del derecho político al voto pasivo.
- b) Dicha candidatura repercute también en el voto activo, en cuanto se constituye en una opción para el elector.
- c) El goce y ejercicio de los derechos humanos debe efectuarse en condiciones de igualdad y no discriminación; precisamente, la exclusión referida viola estos principios.
- d) El voto emitido a favor de un candidato independiente debe tener el mismo valor que el otorgado a un candidato partidista.
- e) Todo sistema electoral debe convertir votos en escaños, por lo que los votos emitidos a favor de candidatos independientes al cargo de legislador federal, deben reflejarse en la integración del Congreso.
- f) Vivimos en una democracia constitucional, en la cual el Congreso debe tener una integración plural e incluyente
- g) El diseño de nuestro sistema electoral lo permite
- h) La realización de las funciones atribuidas a las candidaturas independientes sólo puede lograrse en la medida que su ejercicio tenga condiciones equitativas frente al sistema de partidos.

Se afirma que el sistema electoral mexicano ha excluido indebidamente a los candidatos independientes de acceder a los escaños de representación proporcional, ya que se está en presencia de un derecho humano que ha sido objeto de una regulación discriminatoria. Al respecto, Manuel Aragón ha explicado que el voto tiene una dimensión subjetiva y objetiva (2007). Subjetiva como derecho, objetiva como principio o función (siguiendo a Duguit, Carre de Malberg y Jellinek). El voto como derecho implica reconocer que los ciudadanos tienen la prerrogativa de elegir a sus gobernantes, así como la de presentarse como candidatos a cargos de elección popular, sostiene que los partidos políticos, aunque relevantes, no son el único conducto para que la ciudadanía pueda tener acceso a cargos de elección popular, el sujeto de la democracia es el ciudadano, no los partidos.

La exposición de motivos de la reforma electoral de 2012 (Gaceta del Senado, 2012) que reinstauró a las candidaturas independientes en Méxi-

co, hizo eco de esta visión del derecho al voto al reconocer que esta figura es un derecho del ciudadano. En la sentencia del expediente SUP-JDC-1004/2015 se reconoció que si quienes aspiran a un cargo de elección popular carecen de condiciones reales para competir en el proceso electoral, se están cometiendo tres violaciones al orden jurídico constitucional:

- a) Derecho a ser votado
- b) Derecho a votar
- c) Hacer nugatorio un derecho constitucional.

Agregó que, una vez que un candidato obtiene su registro, debe contar con condiciones equitativas para competir y debe ser el electorado no el marco normativo e institucional el que determine el resultado de la elección. No puede distinguirse a candidatos independientes de los candidatos partidistas en cuanto sujetos de derechos (por el hecho de que tienen una naturaleza y función distinta), pero darles el mismo tratamiento al momento de imponer restricciones: se debilita a un derecho para favorecer al mismo derecho por una vía diferente (se reduce el derecho al voto pasivo mediante la candidatura independiente, para favorecerlo a través de candidaturas partidistas).

La vía de representación proporcional tiene diversos fines: evitar el predominio que un partido político puede obtener mediante el sistema de mayoría relativa; al mismo tiempo, equilibrar la representación de los diversos partidos políticos en la integración del órgano legislativo, es decir, que el porcentaje de votos obtenido por un partido político se refleje en el porcentaje que dicho partido político puede obtener de escaños (Sartori, 2003). Ello, a su vez, permite consolidar una auténtica oposición al partido mayoritario y/o el gobierno, al tiempo de que la integración del órgano legislativo refleje la pluralidad con la que se compone la propia ciudadanía. Sumados los elementos, una integración por la vía de representación proporcional en el Legislativo lo pone en condiciones de ejercer de mejor manera acciones de control frente al Poder Ejecutivo.

En el contexto mexicano, la vía de representación proporcional se implementó en el año de 1964, mediante reforma constitucional y legal que creó la figura de los diputados de partido (Emmerich y Canela Landa, 2012). El propio Canela Landa (2012) afirma que la representación proporcional fue en su momento un factor importante para la transición democrática en México, es un elemento de balance entre los poderes Ejecutivo y Legislativo así como que proporciona un balance político de manera general en nuestro país y que la mayor virtud de este sistema es el dotar de pluralidad a los órganos de representación política al permitirles

reflejar la diversidad de opiniones o de intereses que existen en la ciudadanía. El sistema electoral recibe votos y genera órganos de gobierno o de representación (Valdés, 2016).

La reforma constitucional y legal de los años 2012 y 2014, además de otros temas, introdujo por fin un reclamo que había cobrado fuerza precisamente en los albores del nuevo siglo: dotar de mayores condiciones de participación a la ciudadanía. El tema es consistente con uno de los objetivos que definen al desarrollo de las democracias en América Latina: una vez superados, en lo general, los gobiernos autoritarios y el peligro de regresión, la democracia de la región está llamada redistribuir el poder, a ser más inclusiva con la ciudadanía (OEA, 2010), a concretar mayores condiciones de participación en la formación de la voluntad popular.

Lograr dicho cometido no es fácil si se toma en cuenta que, en el caso mexicano, la estabilidad, el proceso de institucionalización, la democratización de nuestro gobierno se ha logrado teniendo como protagonistas a los partidos políticos, de ahí que todo el sistema político-electoral ha sido diseñado por y para ellos. Entonces, para concretar una mayor participación ciudadana es necesario modificar diversos aspectos, entre ellos el sistema electoral, pero del tal forma que la inclusión de la ciudadanía no se realice mediante una especie de contrato de adhesión.

Es decir, no se trata de que el ciudadano se pliegue a normas, instituciones y procedimientos pensados para un sistema de partidos, en cuyo contexto la participación ciudadana será incluida como si se tratase de una graciosa concesión, como una salida falsa o como la cura los diversos males del sistema de partidos o la democracia misma. Se trata, en realidad, de poner las cosas en su justa dimensión: el ciudadano es el titular de los derechos políticos, la democracia contemporánea está llamada a ser más inclusiva, sin que para ello sea moneda de cambio desechar los avances logrados mediante la consolidación de un sistema competitivo de partidos.

Precisamente la consolidación de éste es la justificación para que las reglas, instituciones y procedimientos del sistema tengan en la participación de la ciudadanía una colaboración (ni siquiera complementación, porque es posible compensar los déficits del sistema de partidos con una figura ajena a su naturaleza y funciones) a través de las candidaturas independientes.

El diseño del sistema electoral se traduce en los resultados que se esperan (Nohlen, 2016): un sistema de mayoría relativa servirá para reducir la representatividad y la competitividad, terminará formando una mayoría

dominante en la cual los partidos políticos débiles tendrán nulas oportunidades. Dichas afirmaciones son difíciles de refutar. En este sentido, qué resultados pueden esperarse que logren los candidatos independientes cuando el sistema electoral mexicano les ha impedido el acceso a escaños por la vía de representación proporcional.

Por lo tanto, es posible afirmar que el sistema electoral mexicano ha reducido los impactos posibles de las candidaturas independientes al destinarlas a una competencia desigual e inequitativa ante los partidos políticos en un escenario diseñado por ellos y para ellos. Así como la vida institucional del país dependió en buena forma de la creación de un sistema de partidos y que la competitividad del mismo sólo se logró, entre otras medidas, con la inclusión de la vía de representación proporcional, ésta, es una buena alternativa para lograr una participación institucionalizada y consistente de la ciudadanía para integrar al Congreso de la Unión mediante las candidaturas independientes.

Las razones de fondo sobre tal propuesta se exponen a continuación. El Magistrado Reyes Mondragón (2016), de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se ha expresado al respecto y considera que el sistema de representación proporcional para la integración del Congreso mexicano debe reformularse para crear un sistema mixto de candidaturas, considera que es inconstitucional que se excluya a los candidatos independientes del acceso a cargos (municipales) por la vía de representación proporcional porque esa exclusión, en primer lugar, viola el carácter igualitario del voto, pues se restringe la eficacia del sufragio de los ciudadanos que se manifiesten a favor de una candidatura independiente. Además, contrasta, el voto emitido por un ciudadano a favor de un candidato partidista tiene un doble valor: en la vía de mayoría relativa y en la vía de representación proporcional. En cambio, el voto a los candidatos independientes sólo tiene valor en la vía de mayoría relativa, lo que es contradictorio con lo dispuesto en la fracción II del artículo 35 constitucional, donde se reconoce de manera amplia el derecho a ser votado y a las candidaturas independientes como medio para su ejercicio, sin que se disponga una limitación respecto a la vía por la que puede acceder a los diferentes cargos.

Lisandro Devoto (2016), participa de la línea argumentativa, refiriendo que los partidos políticos ejercen su poder de tal forma que diseñan las limitaciones que serán impuestas a los ciudadanos que desean participar en los procesos electorales como candidatos independientes: lo que hacen es “intentar limitar los derechos políticos de los candidatos

independientes, lejos de reconocer que es una figura que ya está y por lo tanto ahora hay que ver cómo pueden tener acceso a esos cargos”, afirmó el especialista.

También se ha planteado la posibilidad de que los candidatos independientes accedan a las senadurías de primera minoría, al reconocer que esta forma de participación en el proceso electoral es un derecho humano que debe ser desarrollado y garantizado por sobre disposiciones que vulneren el derecho a la igualdad y no discriminación (García, 2016).

De esta forma. Se considera que el acceso a escaños por la vía de representación proporcional para los candidatos independientes ayudará a darle representación a la ciudadanía que votó por dichas opciones y, con relación al principio de igualdad, le dará el mismo valor al voto del ciudadano que sufragó por un independiente. Si se asume el significado en sentido estricto del sistema electoral, de acuerdo con Nohlen, su finalidad primordial es convertir votos en cargos públicos (2013), en escaños, tratándose del órgano legislativo.

En la elección de 2015, el conjunto de 22 candidatos independientes obtuvo el 8.7% de la votación nacional. No obstante, sólo uno de ellos obtuvo el triunfo en las urnas y con ello la curul respectiva. Podrá refutarse que se dicho porcentaje total no se refiere a la circunscripción plurinominal a la que pertenezcan cada uno de los candidatos, no obstante, cabe señalar que si se toman en cuenta los candidatos independientes (en el año 2015) en la primera circunscripción plurinominal, éstos obtuvieron en total 112, 075 votos, lo que significa más de la mitad de los votos obtenidos por el Partido Encuentro Social y una proporción (más menos) de un tercio de la votación obtenida por el Partido de la Revolución Democrática, El Partido Verde Ecologista de México, Movimiento de Regeneración Nacional y Nueva Alianza, cifra por demás meritoria si se toman en cuenta la diferencia de prerrogativas entre partidos y ciudadanos.

Puede refutarse también que los candidatos independientes no constituyen por sí mismos ninguna agrupación política, a lo que debe contestarse que el propio sistema electoral mexicano toma al conjunto de los candidatos independientes como un partido político para el efecto de asignar financiamiento público, acceso a medios y franquicias postales. En esa tesitura, el conjunto de candidaturas independientes podría tomarse como un partido político en cada una de las circunscripciones plurinominales para asignarles escaños por la vía de representación proporcional.

Además, el criterio de representación proporcional se ha convertido en la vía para dotar de presencia en el Congreso a minorías de la población mexicana, como se demostrará a continuación.

En esa línea, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en su jurisprudencia 4/2016 ha reconocido el derecho de los candidatos independientes para acceder a regidurías de representación proporcional, ya que, en esencia, se trata de establecer la igualdad entre las candidaturas partidistas y las independientes para la integración de los ayuntamientos en función de los votos obtenidos en casilla por la planilla respectiva.

En las acciones de inconstitucionalidad 67, 68 y 69 de 2012, respecto de la norma electoral de Quintana Roo. El Ministro Aguilar Morales, deslizó la idea de que si la representación proporcional fue creada para garantizar el acceso a los cargos de elección popular a las minorías (representadas por los partidos), por qué no considerar a los candidatos independientes (a la ciudadanía que vota por ellos), como una minoría. Si bien el sentido de su voto fue por la validez de la restricción.

Es significativo que la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación emitió su opinión con relación a la sentencia de esta acción de inconstitucionalidad, SUP-OP-12/2012, en la cual afirmó que las porciones normativas impugnadas de los preceptos que regulan el sistema de candidaturas independientes excluye indebidamente a los ciudadanos que deciden competir bajo el sistema de candidaturas independientes de la posibilidad de acceder a todos los cargos de elección popular.

Además, agregó, indebidamente se invalidan los votos de los ciudadanos que se manifiestan a favor de este tipo de candidaturas. Su exclusión tiene como consecuencia que el voto de los ciudadanos emitidos hacia los candidatos de partidos, tenga más valor o peso, en comparación con el de aquellos que sufraguen a favor de los candidatos independientes: mientras los primeros podrán ver reflejada su voluntad en la integración de los órganos de gobierno, aún cuando las planillas de candidatos de partidos por las que votaron hayan perdido las elecciones; en cambio, los segundos solamente podrán participar indirectamente en la dirección de los asuntos públicos si la planilla de candidatos independientes resultan ganadoras.

Finalmente, son de tomar en cuenta los argumentos vertidos en la resolución del Juicio ciudadano SM-JDC-535/2015, emitida por la Sala Regional de Monterrey que declaró como inconstitucional la prohibición de que los candidatos independientes accedan a regidurías por la vía de

representación proporcional. El fallo analizó aspectos conceptuales relevantes que se presentan a continuación:

- a) Finalidad del principio de representación proporcional: Un sistema electoral basado en el principio de representación proporcional tiende a la protección de dos valores esenciales: la proporcionalidad y el pluralismo político. Primero, proporcionalidad entendida como una conformación del órgano público lo más apegada posible a la votación que cada opción política obtuvo. En segundo lugar, el principio de representación proporcional también procura una conformación plural del órgano de elección popular, en la medida en que se concede voz y voto a toda corriente política con un grado de representatividad relevante
- b) Contexto de la vía de representación proporcional en México: que si bien se adoptó para posibilitar que los partidos políticos minoritarios tengan representación en los órganos públicos en una proporción aproximada al porcentaje de votación que recibieron; sin embargo, en el fondo lo que se pretende es que las minorías se encuentren representadas.
- c) Derecho de acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad y carácter igualitario del voto: los candidatos independientes tienen derecho a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad respecto de los candidatos postulados por partidos políticos.
- d) Inconstitucionalidad de las disposiciones que restringen el derecho de las candidaturas independientes a participar en la asignación de las regidurías de representación proporcional, la cual tiene su base en las razones siguientes:
 - Violan el derecho a ser votado porque excluyen indebidamente a las candidaturas independientes de la posibilidad de acceder a todos los cargos de elección popular en condiciones de igualdad;
 - Vulneran el carácter igualitario del voto, pues restringe la eficacia del voto de los ciudadanos que se manifiesten a favor de una candidatura independiente;
 - Contravienen las finalidades del principio de representación proporcional, ya que genera una distribución de cargos que no refleja de la forma más fiel posible los votos recibidos en las urnas.

Aunado a todo lo anterior, a la fecha se han formulado diversas propuestas como la de la entonces Senadora Luisa María Calderón que consistió en asignar curules por la vía de representación proporcional en el caso de que el conjunto de candidatos independientes obtenga el mismo

o mayor porcentaje de la votación válida emitida (3%) para la elección correspondiente (2017). El Magistrado Reyes Rodríguez Mondragón ha promovido asignar o reservar una diputación por la vía de representación proporcional para el candidato que hubiese obtenido la mayor cantidad de votos (2016). Lucero Martínez considera que los independientes integren una sola lista de la cual se asignen escaños, dependiendo el porcentaje de votos obtenidos, a los ciudadanos que más votos hubiesen obtenido (2019). El Senador Zoé Robledo presentó (15 de julio de 2015) proyecto de reforma a los artículos 54, 56 y 116 constitucionales para proponer que en el caso de la Cámara de Diputados se forme una sola lista nacional con todos los candidatos independientes y que les sean asignadas curules al obtener el uno por ciento de la votación total válida nacional para dicha elección, recibiendo una curul por cada punto porcentual logrado hasta llegar a 20. Para la Cámara de Senadores propuso de igual forma acceder a una senaduría por cada punto porcentual de la votación nacional válida emitida, hasta llegar a 6; finalmente, mediante la reforma al numeral 116, propuso que las legislaturas locales adecuen su normativa para permitir el acceso a los independientes en los congresos locales mediante la vía de representación proporcional.

En fechas recientes la vía de representación proporcional se ha utilizado para darle acceso a ciertas minorías, a la integración de los órganos legislativos. En el SUP-RAP 21/2021, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ordenó al Instituto Nacional Electoral la modificación de los criterios para el registro de candidaturas independientes por ambos principios, los cuales fueron aprobados por los acuerdos generales INE/CG 572/2020 e INE/CG18/2021. En esencia la Sala Superior ordenó al INE dictar normas que a su vez obliguen a los partidos políticos a colocar en cada lista de representación proporcional de las cinco circunscripciones plurinominales a un candidato migrante, el cual deberá ocupar un lugar dentro de los diez primeros en cada una de las listas.

El INE ha acatado dicha sentencia mediante el acuerdo INE/CG160/2021. Cabe señalar que los argumentos base de la resolución del TEPJF son privilegiar el principio de igualdad y no discriminación respecto de los ciudadanos migrantes, creando esta acción afirmativa, la cual se agrega a medidas similares a favor de población indígena, personas afro mexicanas, personas con diversidad sexual y personas con discapacidad. Finalmente, es importante referir que el TEPJF ha dispuesto que el INE debe realizar un análisis posterior a la elección de 2021 para estar en

condiciones de evaluar el impacto y resultados de las acciones afirmativas adoptadas.

CONCLUSIÓN

Todo lo anterior pone de relieve la voluntad de atender la necesidad de representación para diversas minorías de la población mexicana a través de las reglas del sistema electoral mexicano. Dichas medidas son congruentes con la necesidad de que la democracia contemporánea sea inclusiva y amplíe la ciudadanía. De igual manera, le da un giro interesante a la vía de representación proporcional como el mecanismo para asegurar la inclusión y representación de minorías, si bien dichos candidatos deben ser postulados a través de los partidos políticos, pero, en todo caso, la finalidad de fondo tiene como contenido la inclusión y elevar el grado de representación del órgano legislativo mexicano, forzando a los partidos políticos a tender puentes con dichas minorías. Además, se comprueba que las normas del derecho deben ser dúctiles, dar soluciones a casos concretos, en palabras de Zagrebelsky (2018), más allá de aferrarse a conceptos considerados como tradicionales o intocables.

Por lo tanto, si la vía de representación proporcional está virando a constituirse en un medio de inclusión y representación de las minorías y si el voto como derecho tiene entre sus características la igualdad, se afirma que es insostenible negar el acceso a los candidatos independientes a escaños por la representación proporcional. De hecho, como aspecto notorio, el sistema de mayoría tiende a afectar la representación y beneficiar una fuerza política dominante. Entonces, mantener a los candidatos independientes en una competencia exclusiva por la vía de mayoría relativa, no ha producido sino la permanencia del monopolio de los partidos políticos para el acceso a los cargos de elección popular, haciendo nugatorio el derecho de los ciudadanos a una postulación independiente.

Los que se propone es un modelo de participación mixta de los candidatos independientes con los lineamientos siguientes:

- De inicio, que se permita la postulación de hasta dos candidatos independientes en cada uno de los distritos uninominales de mayoría relativa para el cargo de diputado federal. Dicho registro deberá otorgarse a los aspirantes que hubiesen obtenido el mayor número de apoyo ciudadano, cumpliendo con el porcentaje mínimo de respaldos establecido en la ley (que, dicho sea de paso, debería ser del 1% de la lista nominal) y el resto de los requisitos previstos en la LEGIPE.

- En el mismo sentido, que se permita en cada entidad y en la Ciudad de México, el registro de una lista con dos fórmulas de aspirantes a candidatos independientes para el cargo de senador; cada fórmula debe estar integrada por propietario y suplente. La lista de fórmulas ganadora será la que obtenga la mayor cantidad de respaldo ciudadano (De igual forma, el mínimo de apoyos ciudadanos debería ser de 1% de la lista nominal) y que cumpla con los demás requisitos exigidos por la ley.
- La totalidad de candidatos independientes para el mismo cargo integrarán una lista para cada una de las circunscripciones plurinominales para la integración de la Cámara de Diputados; así como una sola lista para la propia plurinominal nacional en la integración de la Cámara de Senadores. Para tal efecto, la totalidad de los candidatos independientes se tendrán como un partido político en la circunscripción plurinominal para el cargo de diputado y en la circunscripción nacional para el cargo de senador.
- En el caso de que la lista de candidatos independientes hubiese obtenido por lo menos el 3% de la votación válida emitida para la elección de que se trate en la respectiva circunscripción plurinominal, le serán asignados escaños por la vía de representación proporcional. Si algunos candidatos independientes obtuvieron el triunfo en la vía de mayoría relativa, los escaños de representación proporcional se atribuirán a los candidatos independientes que hubiesen obtenido el mayor número de votos, luego de los ganadores, en cada una de las circunscripciones. Serán aplicados los porcentajes de sub y sobre representación al igual que a los partidos políticos.

La propuesta que se formula, con todo lo perfectible que puede tener, obedece a una necesidad esencial: el sistema electoral mexicano debe tratar con mayores condiciones de igualdad a los ciudadanos que optan por una candidatura independiente. Se reitera, no como una graciosa concesión, sino como la obligación que tiene el Estado mexicano de efectuar todas las acciones necesarias para darle eficacia a un derecho reconocido a nivel constitucional.

REFERENCIAS

ARAGÓN, M. (2007). Derecho electoral: sufragio activo y pasivo en N. Dieter *et al.* (Comps.), *Tratado de derecho Electoral Comparado*. Fondo de Cultura Económica. IDEA.

- ARENAS, C. y Orozco, J. (2002). *Enciclopedia jurídica mexicana*. II-JUNAM-Porrúa.
- BOVERO, M. (2012). ¿Elecciones sin democracia? ¿Democracia sin elecciones? *Justicia Electoral, Cuarta Época*, 1(10), julio-diciembre.
- CALDERON, L. (2017). *Informe de trabajo como Senadora de la República del año 2017*. <http://www.senado.gob.mx/>
- COMISIÓN Global sobre Elecciones, Democracia y Seguridad (2012). *Profundizando la democracia: una estrategia para mejorar la integridad electoral en el mundo*. Instituto para la Democracia y la Asistencia Electoral.
- CORTE Interamericana de Derechos Humanos (2008). *Sentencia del Caso Castañeda Gutman vs México*. Buscador de Jurisprudencia.
- DALLA Vía, R. (2011). Los derechos políticos en el sistema interamericano de Derechos Humanos, *Justicia Electoral*, 1(8). TEPJF.
- DE Vega, P. (1998). El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional. *Teoría y realidad constitucional*, (1), primer semestre.
- KELSEN, H. (2008). *Teoría general del derecho y del Estado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.
- ELIZONDO, M. (2010). El poder electoral en el siglo XIX. Los derechos de votar y ser votado en C. Quintana, *La independencia de México a 200 años de su inicio. Pensamiento social y jurídico*. UNAM.
- EMMERICH, G. y Canela, J. (2012). *La Representación Proporcional en los legislativos mexicanos*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- FERNÁNDEZ, F. (2007). Las candidaturas electorales en D. Nohlen, *Tratado de Derecho Electoral Comparado*. Fondo de Cultura Económica.
- FERRAJOLI, L. (2001). *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2011). *Principia iuris Teoría del derecho y de la democracia*. Trotta.
- FIX, H. (1996). Derechos humanos en J. Soberanes y H. Fix (Comps.), *El Derecho en México*. Fondo de Cultura Económica.
- FREIDENBERG, F. (2017). *Cuando la ciudadanía toma las riendas, los desafíos de las candidaturas independientes*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- GARCÍA, A. (s.f.). Bases para las candidaturas independientes en la asignación de primera minoría y en la representación proporcional en A. Soto, *Derecho Procesal Constitucional*. Instituto Nacional de Estudios Histórico de las Revoluciones de México.

- GANTÚS, F. y Salmerón, A. (2017). Un acercamiento a las elecciones del México del siglo XIX. *Revista Historia y memoria*, (14).
- HERNÁNDEZ, M. (2011). *La importancia de las candidaturas independientes*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- INSTITUTO Interamericano de Derechos Humanos (2017). *Diccionario Electoral*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- LAGUNA, A. (2019). *¿Ciudadanos independientes o reciclados? Discusión teórico empírica sobre las candidaturas abiertas en México y su accesibilidad al registro*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación,
- LÓPEZ, E. (1999). *Glosario electoral*. Instituto Electoral Estatal de Tamaulipas.
- LOZANO, A. (1991) *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia mexicanas*. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
- MARTÍNEZ, M. (1999). *Diccionario electoral 2000*. Instituto Nacional de Estudios Políticos.
- NIKKEN, P. (1996). *Sobre el concepto de derechos humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- NIKKEN, P. (2007). *Los derechos políticos como derechos humanos*. Fondo de Cultura Económica.
- NOHLEN, D. (1993). *Los Sistemas Electorales en América Latina y el debate sobre reforma electoral*. UNAM.
- NOHLEN, D. (2013). *Gramática de los sistemas electorales. Una introducción a la ingeniería de la representación*. Tecnos.
- NOHLEN, D. (2016). *Institucionalidad y evolución de los procesos electorales. México en comparación*. Tribunal Electoral del Poder judicial de la Federación.
- OEA (2010). *Nuestra democracia*. Fondo de Cultura Económica.
- OROZCO, J. (s.f.). Comentario al Artículo 35. *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 7. SCJN/Cámara de Diputados-LXIII Legislatura/Senado de la República-LXIII Legislatura/ine/tepjf/cndh/unam-ijj/Miguel Ángel Porrúa.
- PICADO, S. (2007). *Los derechos políticos como derechos humanos*. Fondo de Cultura Económica.
- PLASCENCIA, R. y Pedraza, Á. (2012). *Compendio de instrumentos internacionales de derechos humanos*. Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- SARTORI, G. (1996). *La Ingeniería Constitucional Comparada*. Fondo de Cultura Económica.

- RODRÍGUEZ, R. (2016). *Las candidaturas independientes en la asignación de cargos de representación proporcional*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- SCHMITT, C. (1982). *Teoría de la Constitución*. Alianza, textos
- VALDÉS, L. (2016). *Sistemas electorales y de partidos*. Instituto Nacional Electoral.
- ZAGREBELSKY, G. (2018) *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*. Trotta.

HACIA UN NUEVO MODELO DE COMUNICACIÓN POLÍTICA EN MÉXICO

ALBERTO DE LA ROSA OLVERA

Universidad Juárez del Estado de Durango

Comité Tutorial: Dr. Raúl Montoya Zamora, Dra. Marí Magdalena Alanís Herrera y Dr. Jonatan Yair García Campos

Resumen: La comunicación política es un elemento sustantivo para la vida en democracia. Su presencia resulta fundamental para la difusión de planes y programas de gobernantes, partidos políticos y candidatos hacia la ciudadanía, así como la retroalimentación que estos actores reciben por parte de los electores y gobernados.

Es por ello que el derecho electoral mexicano, ha sido empleado para normar a la comunicación política, mediante la configuración de un modelo con estructuras constitucionales y legales, que en la actualidad persiste el debate no solo en cuanto a la restricción del derecho a la libre expresión de las ideas se refiere, sino a la erosión que padece, en donde muchos sujetos obligados han encontrado recovecos para darle la vuelta y sacar el mayor provecho en la obtención de ventaja mediática, ya sea para obtener posicionamiento en el humor del electorado desde un cargo público o bien, en generar desigualdad en una contienda electoral en cuanto a la cobertura informativa se refiere.

Palabras claves: democracia, comunicación, elecciones

INTRODUCCIÓN

Los factores reales que dieron origen a la regulación de la comunicación política en México, datan desde la década de los 70 con la hegemonía del partido ultra dominante, el Revolucionario Institucional, que si bien se dio la transición del régimen hegemónico hacia la activa participación democrática a partir de la reforma electoral de 1977, en la cual se estableció que los partidos políticos nacionales tuvieran derecho al uso permanente de los medios de comunicación social (Casar y Ugalde, 2019: 36) mientras que en materia de comunicación política se fue transitando de manera incipiente en las reformas de 1993 y 1996.

Sin embargo, el legislador mexicano se radicalizó a partir de las elecciones federales de 2006, tiempo en que México fue sorprendido no solamente por la influencia de los medios de comunicación masiva, sino por la implementación de campañas negativas o también conocidas como guerra sucia en la jerga del *marketing* político. Esto trajo la polarización del electorado, la gestación de movimientos donde se desprestigiaron a las personas, los partidos y las instituciones, sin omitir el excesivo gasto público en la compra de tiempo en radio y televisión.

Fue entonces como se creó todo un andamiaje jurídico para generar un modelo de comunicación política mediante el cual se prohibiera a los servidores públicos valerse de la promoción de las acciones de gobierno para posicionar su imagen personal de cara a una elección venidera. A los políticos se les restringió adelantarse a las etapas del proceso electoral para no generar condiciones de desigualdad en una contienda por un puesto electivo. A los partidos políticos se les negó la compra de tiempo en radio y televisión, para lo cual se habrían de sujetar al tiempo oficial del Estado que sería administrado por la autoridad electoral. Los concesionarios y permisionarios de medios masivos se les fijó la imposibilidad de vender anuncios electorales tanto a partidos como a cualesquier interesado en incidir en una elección; sin omitir que el contenido de las campañas en medios electrónicos no debería contener expresiones que denigraran, difamaran y calumniaran a personas e instituciones.

Este modelo entró en vigor en medio de muchas protestas, las reacciones más comunes giraron en torno la violación a la libertad de expresión; sin embargo, los inconvenientes surgieron cuando se empezó a implementar en las elecciones federales de 2009, en donde aparecieron argucias como la propaganda disfrazada, los infomerciales electorales, la adquisición de compraventa informativa y que el legislador pretendió contener con la reforma electoral de 2014, primero con el reforzamiento al artículo 41 Constitucional al crear una causal de nulidad por la adquisición de cobertura informativa, hasta la creación de un ente jurisdiccional especializado para dirimir las controversias relacionadas con este modelo, para lo cual se han sentado precedentes variopintos. Esto se verá más adelante con tres entrevistas relativas a esta problemática.

Ya en la praxis, se ha puesto en la discusión que el modelo de comunicación política en México, no solamente atenta contra la libre expresión de las ideas, sino que no consolida el ciclo comunicacional, ya que solamente se basa en la emisión abrumadora de *spots* o anuncios de 30 segun-

dos en radio y televisión, pero no genera el intercambio de información entre votantes y candidatos.

Este trabajo de investigación nos llevará a reflexionar del estado actual del modelo de comunicación política, para compararlo en el concierto de las naciones democráticas y equiparlo con el arquetipo mexicano para posteriormente, aterrizar en las propuestas del nuevo modelo, pues si bien la televisión sigue siendo fuerte, ésta no dejará de cohabitar con las redes sociales, pues el *homo videns* ahora tiene también rasgos de *homo twitter*.

RECORRIDO HISTÓRICO DE LA COMUNICACIÓN POLÍTICA POR LAS REFORMAS DE 1974 A 1996.

El acceso de los partidos a la radio y televisión para difundir mensajes electorales, fue regulado por vez primera en la Ley Federal Electoral publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 5 de enero de 1973, con la cual se otorgó por vez primera, el acceso gratuito de los partidos políticos a estos medios de comunicación masiva durante procesos electorales; viéndose beneficiados los partidos minoritarios, quienes empezaban a brillar en el espectro político luego de la reforma de 1964 cuando se les concedió la representación en la Cámara de Diputados mediante la figura “diputados de partido”. (Correa, 2019, pág. 188)

En la reforma político-electoral de 1977 impulsada por Jesús Reyes Heróles, se expidió la Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales, en la que se estableció el acceso permanente de los partidos a la radio y la televisión, cuya operación era regulada por la Comisión Federal Electoral a través de su Comisión de Radiodifusión, la cual pautaba los mensajes en las fechas, canales, estaciones y horarios preferentes. A partir de esta reforma, se abre la brecha para dar paso a la competitividad en los procesos electorales en México.

Una década después, en la reforma de 1987, se estableció en el Código Federal Electoral, publicado el 12 de febrero del citado año, que cada partido contaría con 15 minutos mensuales en radio y televisión, la cual podría ser incrementada en tiempos de elección y con preferencia en la programación general transmitida a nivel nacional. (Sánchez & Moreno, 2010, pág. 374).

En 1990 se creó el Instituto Federal Electoral (IFE) y con él, el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIFE), en el cual quedó establecido que las transmisiones de los partidos en tiempos electorales fueran en proporción a su fuerza electoral y la mitad

de ese tiempo, debería de ser destinado para difusión de sus respectivas plataformas electorales.

Fue en esta reforma en donde también se introduce la libertad de los partidos políticos para contratar publicidad en radio y televisión, previa colaboración entre el Instituto Federal Electoral (IFE) y la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT) para evitar que se les vendiera el tiempo en tarifas superiores a la publicidad comercial.

En la reforma de 1993 solo se fijó la exclusividad de los partidos para la contratación de publicidad en radio y televisión en procesos electorales; no fue sino hasta la reforma al COFIPE de 1996, en donde se crearon las reglas de distribución del tiempo aire que siguen vigentes hasta el día de hoy, consistentes en que los partidos con representación en la Cámara de Diputados se les otorgaría de forma igualitaria el 30 por ciento del tiempo en radio y televisión; mientras que el 70 por ciento restante en función de la proporción de los votos obtenidos en la elección inmediata anterior.

Igualmente, se les concedió a los partidos el derecho de acceder a tiempos oficiales, así como a comprar promocionales, con el único límite de que el costo total de los anuncios no rebasara el 20 por ciento del financiamiento para campañas presidenciales y el 12 por ciento para la elección de diputados federales.

Este modelo de comunicación política subsistió por diez años, sufrió su primer embate en la elección presidencial del año 2000, en donde hubo la participación de la iniciativa privada y el desvío de recursos para la instrumentación de campañas mediáticas masivas, en donde quedaron documentados los casos de los *Amigos de Fox* y el *Pemexgate*, cuando contendieron en la elección presidencial Vicente Fox por la alianza PAN-PVEM; Francisco Labastida por el PRI y Cuauhtémoc Cárdenas Solórzano por la alianza PRD, PT y Convergencia por la Democracia.

Igualmente, en el proceso electoral federal intermedio del año 2003, verificado para renovar la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, el semanario *Proceso* dio cuenta de que los verdaderos ganadores habían sido las dos principales televisoras como Televisa y TV Azteca, dado que los partidos gastaron entre el 40% y el 60% de su financiamiento anual para el pago de difusión de propaganda electoral en radio y televisión (Galván, 2019, pág. 28).

No obstante, dicho modelo vino a quedar rebasado en las elecciones federales de 2006 en el cual se presentaron factores como el derroche económico por los partidos, llegando a gastar en publicidad mediática masiva hasta en el 90 por ciento de su financiamiento público; las cámaras

empresariales contrataron publicidad para influir en el proceso electoral y se presentaron estrategias mercadológicas conocidas como *campañas del miedo*, causando un detrimento a las instituciones por la descalificación de los contendientes así como la polarización de la sociedad. Todo esto derivado a que esa elección se desarrolló en gran medida en la arena de los medios de comunicación masiva, especialmente la televisión. Sin omitir la intervención mediática del Presidente Fox con la difusión de logros de su gobierno para favorecer al candidato del PAN, Felipe Calderón Hinojosa.

REFORMA ELECTORAL DE 2007 Y 2008: EL SURGIMIENTO DEL ACTUAL MODELO DE COMUNICACIÓN POLÍTICA EN MÉXICO

El espíritu de esta reforma fue el terminar con todos los excesos que se cometieron en la elección presidencial 2006, como fueron el derroche económico en la compra de publicidad en medios masivos de comunicación (Murayama, 2006, pág.138) durante las campañas electorales así como en la regulación de las precampañas así como el control de las asociaciones civiles, especialmente las empresariales, en lo que se refiere a la compra de propaganda en radio y televisión, es uno de los ejes principales de la reforma constitucional de 2007, la cual dio como resultado un modelo de comunicación política más estructurado, aunque tendiente a la restricción. En síntesis, se emprendió una reforma electoral mediática, siguiendo las directrices de los agravios sufridos por el PRD en la elección inmediata anterior.

La polarización y crispación del humor social derivadas de la citada elección, vino a provocar que el poder reformador de la Constitución en un afán de salvaguardar la equidad y calidad de la democracia construyera un modelo de comunicación política, para que a los denominados poderes fácticos no les quedara dudas sobre la fuerza de las disposiciones del Estado.

Así pues, el entramado constitucional del modelo de comunicación política comenzó con la Base III en el artículo 41 de la Carta Magna, integrado por cuatro apartados en los que quedaron establecidos sus elementos, los cuales son los siguientes:

A. Acceso a los medios de comunicación:

- La prerrogativa de acceso a la radio y la televisión se realizará exclusivamente a través de los tiempos oficiales del Estado.

- El Estado se obliga a destinar los tiempos que dispone en radio y televisión para garantizar el acceso de los partidos y las autoridades electorales a los medios de comunicación masiva.
- Los partidos gozan de exclusividad en la difusión de propaganda político-electoral en radio y televisión.

B. La autoridad electoral:

- El IFE se constituyó como la única autoridad para asignar a los partidos los tiempos que les corresponden en radio y televisión, tanto en elecciones federales como estatales, así como en tiempos no electorales.
- Se dotó al entonces Instituto Federal Electoral (IFE) de asignar y programar los tiempos de radio y televisión tanto en precampañas como en campañas.

C. Restricciones a la propaganda político-electoral:

- Se prohibió a los partidos políticos la adquisición de tiempo en radio y televisión bajo cualquier modalidad.
- Se restringió a personas físicas y morales la contratación de comunicaciones de contenido político-electoral.
- Se establecieron límites temporales y de contenido a la propaganda gubernamental, la cual deberá de ser de carácter institucional y suspenderse mientras duren las campañas electorales tanto federales como estatales.
- Se determinaron las reglas del contenido de la propaganda mediática para evitar expresiones que denigraen a las instituciones o que calumniaran a las personas.

D. Régimen de sanciones:

- Se reconoció al IFE como órgano sancionador y se le dotaron de facultades para garantizar las reglas del modelo de comunicación política.
- Se creó el procedimiento especial sancionador, de carácter expedito, instruido y sustanciado por el IFE, para hacer frente a las infracciones cometidas por partidos, agrupaciones, aspirantes a cargos de elección popular, precandidatos, candidatos, ciudadanos, dirigentes y afiliados de partidos, observadores electorales, concesionarios y permisionarios de radio y televisión.

Con esta reforma constitucional se pretendía dejar en claro el poder del Estado en la regulación de la comunicación políticas en aras de igualdad

de oportunidades en los procesos electorales así como reducir sus costos de manera significativa, tal y como llegó a sostener Jorge Carpizo (Carpizo, 2000, pág. 344), en que los medios de comunicación representan un verdadero poder, por ello es que había que atajarlo con otro gran poder, el de la Constitución.

Esta reforma, constituyó una profunda modificación en el sistema electoral mexicano, con la que renovó las condiciones bajo las cuales se desarrolla la competencia electoral en México y, en particular, las condiciones en las que se difunde la propaganda en radio y televisión durante las campañas. En la exposición de motivos de esta modificación sustancial a la normatividad electoral, se dejó en claro el auténtico cambio de modelo, una concepción distinta de la contienda democrática y de la situación de los medios de comunicación social en ella.

FALLAS ENCONTRADAS EN LAS PRIMERAS IMPLEMENTACIONES DE LA REFORMA ELECTORAL DE 2007 Y 2008

El proceso electoral federal de 2009 para renovar la Cámara de Diputados, fue la primera contienda en donde se puso en marcha el entonces nuevo modelo de comunicación política en México así como todo el andamiaje jurídico con las etapas bien delimitadas del procedimiento electoral, sobresaliendo figuras como la precampaña, concebida como actos hacia el interior de los partidos políticos para la obtención de candidaturas; el surgimiento de la intercampaña como un espacio para que los partidos políticos pudieran dirimir los conflictos derivados de la selección de sus abanderados, previo al inicio de la campaña electoral, que había de desarrollarse en la arena mediática cuidando las expresiones y sujetándose a los tiempos asignados por la autoridad electoral. No obstante, los conflictos derivados de la reforma con relación al modelo de comunicación política se pueden enumerar de la siguiente manera:

- I. Exceso de promocionales en radio y televisión. La asignación del tiempo oficial del Estado en radio y televisión, propició la *spotización* de las elecciones, ya que las audiencias se saturaron con anuncios de 30 segundos en radio y televisión. Siendo la principal vía de comunicación entre partidos, candidatos y ciudadanos pero solamente de manera unidimensional.
- II. Campañas disfrazadas. Se puso de manifiesto la argucia de contratar publicidad en revistas impresas, luego entonces, éstas se promocio-

naban en radio y televisión anunciando sus portadas, las cuales eran alusivas a la oferta de algún partido o candidato. Era la revista quien asumía la publicidad de su producto, que a todas luces, promovía a su cliente; esto se entendió como propaganda disfrazada o encubierta.

- III. Adquisición de cobertura informativa. Las empresas de la radio y la televisión al tener la prohibición de venta de spots, vendieron cobertura informativa, consistente en la transmisión de entrevistas a candidatos, cápsulas o notas de las actividades propias de la campaña electoral y todo a un costo que no se reportaba tanto el egreso del recurso por parte de partidos y candidatos, así como el ingreso del dinero por parte del concesionario, causando además de una evasión fiscal, una inequidad en las contiendas electorales porque no todos los candidatos recibían el mismo trato en medios electrónicos, solo aquellos que tuvieran el suficiente dinero en efectivo para acceder a tales espacios.
- IV. Restricciones a la libertad de expresión. Limitar los contenidos de las campañas en medios de comunicación masivos así como las expresiones en cada una de las etapas del proceso electoral, so pena de cometer actos anticipados de precampaña y campaña, fue considerado como limitantes a la libertad de expresión.

Respecto al primer punto, este problema fue señalado con oportunidad por un grupo de intelectuales que acudió al Senado de la República a manifestar la imperiosa necesidad del replanteamiento del modelo de comunicación política, porque solamente se concretaba a una transmisión exacerbada de spots, sin dar oportunidad a programas de debate, contraste y análisis de las propuestas de los partidos políticos y candidatos. Por ejemplo, en la elección federal de 2009, se transmitieron 33 millones 456 mil 384 spots, contabilizando los de partidos y autoridades electorales (IFE: 2006, pág. 50).

Tres años después, en el proceso electoral federal donde se renovó la Presidencia de la República, el Senado y la Cámara de Diputados, solamente los partidos políticos acumularon un total de 43 millones 756 mil 493 spots en el periodo comprendido del 20 de marzo al 27 de junio de 2012 (IFE: 2012, pág. 18).

La mencionada misiva, llegó al Senado en febrero de 2011 y cuyo contenido se reproduce a continuación (Coello et al., 2017):

En el año 2007 el Congreso realizó una importante reforma en materia electoral. Construyó un nuevo modelo de comunicación política durante las campañas. No obstante todos pudimos observar en las campañas federales de 2009

que la mencionada reforma tuvo una derivación que nos parece perniciosa: la llamada “spotización” de la propaganda electoral. Distribuido el tiempo de radio y televisión en pequeños segmentos de 20 y 30 segundos la publicidad tendió a parecerse más a la de tipo comercial que a la deseable comunicación política. Se adelgazó el debate, los mensajes se transformaron en “comerciales” y las posibilidades de los análisis se redujeron hasta convertirse en simples frases “ocurrentes”.

Creemos que antes de que inicie el próximo proceso electoral sería conveniente que se ajustara este aspecto de la reforma para abrir la posibilidad de que el tiempo del Estado al que tienen derecho los partidos, fuera distribuido de tal manera que se fomentaran los programas de debate entre ellos y espacios unitarios en los que cada partido pudiera exponer sus tesis, sus análisis y sus propuestas. Por supuesto podría mantenerse una pequeña franja de spots, pero lo modular sería utilizar las posibilidades que abren los grandes medios de comunicación masiva para intentar inyectarle un mayor sentido al debate electoral.

Hay tiempo para esta reforma. La creemos necesaria. Sin duda ayudaría a que el proceso electoral contribuya a una mejor comprensión del momento que vive el país. El tema está en sus manos (p.24).

Por otra parte, los partidos políticos y los concesionarios encontraron la manera de darle la vuelta a la prohibición de vender tiempo aire; los primeros para gozar de mayor posicionamiento y los segundos, recuperar el ingreso que dejaron de percibir por la venta de anuncios durante las campañas electorales, se trata primero de la aparición de la propaganda disfrazada o encubierta en medios de comunicación masiva así como la adquisición de cobertura informativa en noticieros y programas de análisis en radio y televisión.

Aunado a este problema, surgió la adquisición de cobertura informativa, la cual se contrató de manera oculta entre partidos, candidatos y concesionarios de radio y televisión, sin mediar documentos que respalden el contrato así como transferencias bancarias, pues el pago -desde ese entonces- se realiza en efectivo. A este conflicto, Jorge Fernández Ruiz (Fernández, 2010), le denominó “Infomerciales electorales” y lo explica de la siguiente manera:

Producto resultante del empleo combinado del marketing y de la publicidad para multiplicar exponencialmente la venta de productos o la cosecha de votos, el infomerciales una burda modalidad del mensaje subliminal que se empezó a utilizar en la radio y luego pasó a la televisión, donde logra sus resultados más espectaculares, a través de dos modalidades básicas: el videoclip y el videoprograma, generalmente con duración de dos y veintiocho minutos, respectivamente; en ambas variantes se recurre a testimonios de personajes muy conocidos de la farándula, en el deporte, en el mundo de los negocios, de la ciencia, de cultura o de la política; se trata por lo general de un mensaje

subliminal, y por tanto, planeado para transmitir de manera subrepticia, por debajo de los niveles ordinarios de discernimiento, pero que impacta con fuerza en el inconsciente, por almacenarse en la mente profunda (pág. 411).

En el dictamen de la reforma, emitido por la Cámara de Diputados, puede leerse que no se trata de imponer restricciones o limitaciones a la libertad de expresión, sino de delimitar sus alcances. César Astudillo (Astudillo, 2019, pág. 425) se pronunció a favor de esta reforma, haciendo las consideraciones siguientes de que ni la libertad de expresión, ni el derecho a la información representan derechos absolutos; como todos los demás derechos y libertades están sometidos a límites impuestos desde la Constitución, y a posteriores ejercicios de concretización legislativa y compatibilización con otros derechos y libertades. Los límites impuestos, no obstante, deben ser razonables, justificados y respetar el contenido esencial de derecho para que sea compatible con el test de proporcionalidad.

Todos estos cuatro problemas se pretendieron erradicar en la reforma electoral de 2014, al fijarse estructuras institucionales para darle un mejor tratamiento al modelo de comunicación política a fin de contener los vicios que se fueron presentando y que ya se comentaron con antelación, la cual abordaremos en el siguiente punto con mayor amplitud.

REFORMA DE 2014, UN REFUERZO AL MODELO DE COMUNICACIÓN POLÍTICA

El 10 de febrero de 2014, se publicó el Diario Oficial de la Federación la Reforma Político-Electoral, derivada del *Pacto por México*, un acuerdo entre las tres principales fuerzas políticas para sacar adelante las denominadas reformas estructurales.

Luego entonces, los legisladores federales emprendieron una serie de cambios significativos al sistema electoral mexicano, tales como dotar de mayores facultades al Instituto Federal Electoral para convertirlo en autoridad de rango nacional así como la creación de una sala especial en la estructura del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, para atender controversias exclusivas derivadas de las violaciones al modelo de comunicación política y al respecto se hicieron los siguientes ajustes:

- I. Se crearon causales de nulidad con rango constitucional, entre las que figura la adquisición de cobertura informativa; esto con el afán de frenar los infomerciales electorales o la propaganda encubierta y para hacerse válidas, los juzgadores deberán tomar en cuenta que las viola-

- ciones deben ser determinantes cuando la diferencia obtenida entre el primero y segundo lugar sea menor al cinco por ciento.
- II. La incorporación de las regulaciones derivadas de la multiprogramación y de la televisión restringida o de paga así como la prohibición de contratar propaganda electoral en medios del extranjero para que sea difundida en territorio nacional.
 - III. Se eliminaron restricciones en el contenido de la propaganda mediática masiva, al dejar solamente la prohibición de hacer campañas calumniosas en radio y televisión; o sea, que se imputen delitos a candidatos sin que haya existido una causa penal de por medio. Aunque los partidos políticos sí deberán abstenerse de emplear cualquier expresión que denigre a las instituciones y a los partidos.
 - IV. El legislador reforzó el procedimiento especial sancionador al crear una Sala Regional Especializada en la estructura del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en donde el INE funge como autoridad instructora y el ente jurisdiccional resuelve las controversias de una manera sumaria.
 - V. Los candidatos independientes recibieron el tratamiento cual si fuesen partidos políticos de nueva creación para ser tomados en cuenta en el reparto de tiempo en radio y televisión, de la bolsa del 30 por ciento.
 - VI. En un intento de paliar la *spotización* de las elecciones, se establecieron en la norma electoral la obligatoriedad de la autoridad electoral de organizar al menos dos debates durante las campañas electorales de Presidente de la República; aunque en las bases constitucionales ya citadas en el primer punto, se eliminaron los programas de cinco minutos mensuales y se incrementó el tiempo destinado a partidos políticos durante las precampañas, pasando de 18 a 30 minutos diarios y la posibilidad de anunciarse durante las intercampañas por 24 minutos diarios.

No obstante, los problemas persisten y más ahora por la novedosa forma de comunicar del Presidente de la República mediante ruedas de prensa cada mañana desde Palacio Nacional, que ha traído controversias entre el INE y el TEPJF por si influyen o no sus opiniones en los procesos electorales de 2020 y 2021, cuando fue Andrés Manuel López Obrador quien impulsó el modelo que nos ocupa en la investigación.

CONCLUSIONES

Primera.- En el presente artículo puede darse cuenta de que en el tiempo, el modelo de comunicación política ha presentado retrocesos, los cuales inhiben los flujos del intercambio de ideas, propuestas y debate no solo entre candidatos sino de estos con los electores.

Segunda.- Es el momento de replantear el modelo de comunicación política, que se amplíe en libertades y que el espacio público cohabite entre medios de comunicación y redes sociales para facilitar los canales de la comunicación política; y no todo se centre en la *spotización* de las elecciones, sino que el tiempo oficial se segmente en debates, foros de análisis e interacción entre partidos, candidatos y ciudadanos. Transitar a un modelo híbrido, donde haya la posibilidad de acceder a tiempos gratuitos y a franjas que los concesionarios puedan comercializar.

Tercera.- El actual modelo de comunicación política no ha elevado la calidad del debate durante los procesos electorales y tampoco ha abaratado el costo de los mismos, debido a la compra-venta ilegal de cobertura informativa en espacios de noticias y entretenimiento de radio y televisión.

Cuarta.- El proceso electoral federal 2020-2021, servirá para evaluar una vez más el modelo de comunicación política en México y replantearlo para generar un espacio público en donde se escuchen todas las voces y participe más la ciudadanía, sobre todo en la nueva normalidad que exige eliminar los eventos multitudinarios y evitar lo más posible el contacto entre las personas.

FUENTES CONSULTADAS

Legislación

CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos.

LEY General de Instituciones y Procedimientos Electorales.

LEY General de Partidos Políticos.

DIARIO Oficial de la Federación. 13 de noviembre de 2007. Decreto que reforma los artículos 6º, 41, 85, 99, 108, 116; adiciona el artículo 134 y deroga un párrafo al artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

CÓDIGO Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

REGLAMENTO de Quejas y Denuncias del Instituto Nacional Electoral.

REGLAMENTO en Materia de Radio y Televisión del Instituto Nacional Electoral.

Precedentes judiciales

- CRÓNICA del amparo de revisión 2021/2009. <https://www.scjn.gob.mx/Cronicas/Cronicas%20del%20pleno%20y%20salas/cr-280311-GIOM-electoral.pdf> [En línea 7 de marzo de 2020].
- DICTAMEN relativo al cómputo final de la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos y Declaración de Validez de la Elección y de Presidente Electo. Consultado a través de solicitud de acceso a la información públicas a través de la Plataforma Nacional de Transparencia con el folio 0310000009820.
- TESIS 1ª. XIX/2012 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.1, junio de 2012, p. 262, 1ª Sala, Libro IX, rubro: LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LA RADIODIFUSIÓN ES UN MEDIO TECNOLÓGICO PARA EJERCER ESE DERECHO.
- JURISPRUDENCIA 37/2010 emitida por la Sala Superior del TEPJF.
- JURISPRUDENCIA 29/2010 emitida por la Sala Superior del TEPJF.
- SUP-RAP- 589/2011.
- TE-JE-042/2013 y Acumulados.
- SUP-RAP-280/2009.
- SUP-RAP-234/2009 y sus acumulados SUP-RAP-239/2009; SUP-RAP-240/2009; SUP-RAP-243/2009; SUP-RAP-251/2009; y SUP-RAP-589/2011.
- SUP-RAP-34/2006 y acumulado.
- SUP-JIN-212/2006.

Bibliografía

- CASAR, M. y Ugalde, L. (2019). *Dinero bajo la mesa. Financiamiento y gasto ilegal de las campañas políticas en México*. Grijalbo.
- CARPIZO, J. (2000). *El poder: su naturaleza, su tipología y los medios de comunicación masiva*. Porrúa.
- CORREA, N. (2019). Acceso a los medios de comunicación social. *Tratado de derecho electoral*. Tirant lo Blanch.
- GALVÁN, F. (2019). *Lecciones de derecho electoral y democracia participativa*. Tirant lo Blanch.
- JUÁREZ, J. (2009). *Comunicación política y psicología: una reflexión en torno al estudio interdisciplinario de los efectos de los medios de comunicación*. AMIC.
- MAZZOLENI, G. (2010). *La comunicación política*. Alianza Editorial.
- MONZÓN, C. (2006). *Opinión pública, comunicación y política*. Tecnos.

- MCQUAIL, D. (1979). *Sociología de los medios masivos de comunicación*. Paidós.
- ORTEGA y Gasset, J. (1970). *La rebelión de las masas*. Espasa Calpe.
- SÁNCHEZ, A. y Moreno, M. (2010). *Instituto Federal Electoral 20 años*. IFE.
- SERNA, E. (2019). *El vendedor de silencio*. Alfaguara.
- SPOTA, L. (2017). *Palabras Mayores*. Siglo XXI Editores.
- VALADÉS, D. (2002). *Constitución y democracia*. UNAM.

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EFECTIVA, ELEMENTO CLAVE DEL DISEÑO Y EVALUACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN MÉXICO

GERMÁN RODRIGO MARTÍNEZ RAMOS

Universidad Autónoma de Nayarit

Director de Tesis: Dr. Enoc Francisco Morán Torres

Resumen: En el marco del Doctorado Interinstitucional en Derecho, dentro del Programa Nacional de Posgrados de Calidad de CONACYT, la investigación que hoy se sintetiza en este ejercicio tiene por objeto enfatizar la trascendencia de la participación ciudadana efectiva en el proceso de diseño, implementación y evaluación de políticas públicas, como distintivo de madurez democrática de las sociedades.

Las sociedades modernas son cada vez más complejas, dinámicas, diversas y multiculturales, características que se corresponden con sus demandas que, además, no hacen sino incrementar, rebasando las capacidades de la administración pública tradicional y que generan la necesidad creciente de explorar nuevas y mejores formas de interrelación Estado – sociedad, una nueva forma de gestión pública, de diseño y aplicación políticas públicas incluyentes.

Tomando en cuenta que la participación ciudadana, se levanta como un ingrediente legitimador e integrador de la función pública, surge un nuevo problema: la verificación de mecanismos adecuados para lograr una auténtica participación ciudadana, en donde los ciudadanos estén en capacidad de participar de manera libre e independiente, a través de canales innovadores y dispuestos para el efecto de generar mejores políticas públicas.

En la parte final de la investigación que se aborda, se propone que como parte de los esfuerzos para democratizar la gestión pública y fortalecer los mecanismos de participación ciudadana, se analice la posibilidad de implementar de manera transversal las tecnologías de la información para hacer más accesible los procesos de consulta y toma de decisión, potencializando de manera determinante la participación política de los ciudadanos.

Palabras clave: *Participación ciudadana, políticas públicas, democracia.*

INTRODUCCIÓN

Desde el principio de la investigación se señala que las formas tradicionales de relación Estado - sociedad ya no satisfacen las necesidades de ésta, que ha evolucionado y ha rebasado la capacidad de la administración pública, en sus distintos niveles, acostumbrada a atender los problemas públicos sin la intervención de los ciudadanos.

En este contexto de necesidad de evolucionar la gestión de lo público, se sostiene que la participación ciudadana, en términos de Sartori (2015), es decir, la que se hace tomando parte activa, voluntaria y personalmente, se vuelve clave, para legitimar e integrar la nueva función pública. Como consecuencia de esto, surge una pregunta central: ¿De qué modo la participación ciudadana efectiva puede integrarse de modo efectivo dentro del proceso de hechura de políticas públicas en México?, misma que se corresponde con la hipótesis de que la participación ciudadana efectiva es un componente democrático, legitimador y contemporáneo, que resulta clave para diseñar, implementar y evaluar políticas públicas adecuadas y efectivas, para resolver problemas públicos cada vez más complejos.

Así, el objetivo general de la investigación que hoy se sintetiza es revisar la pertinencia de los diversos mecanismos de participación ciudadana y su grado de efectividad en el diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas en México y proponer alternativas que contribuyan a fortalecer y enriquecer la participación efectiva, de modo que constituyan verdaderos canales para generar políticas públicas adecuadas, fortaleciendo el sistema democrático.

SOBRE EL ESTADO Y DEMOCRACIA COMO ELEMENTOS FUNDAMENTALES DEL DESARROLLO.

En el capítulo primero, se abordan diversas teorías que intentan explicar el concepto y el origen del Estado y la democracia. Entre ellas, se incluyen aquellas predominantemente objetivas que ubican al Estado como un hecho sociológico, como un fenómeno de relaciones de dominación; existen aquellas que confunden al Estado con algunos de sus elementos tales como el territorio, el gobierno o, particularmente, con su población, entendida como pueblo actor colectivo político (Dussel; 2006), e incluso, hay las que lo ligan exclusivamente con el aspecto normativo y coercitivo.

En cuanto a la democracia, podemos sintetizar que la idea central gira en torno a la igualdad política de sus integrantes, así como igualdad de derechos y libertades, además de un elemento igualmente importante: la participación efectiva de sus ciudadanos.

En esta primera parte se retoman, como marco teórico de referencia, a los filósofos clásicos, pilares del pensamiento occidental, quienes, al respecto del Estado, ya tenían claras sus concepciones. Sobre el origen o la conformación del Estado se incluyen pensadores que han aportado sendas reflexiones en torno al surgimiento del Estado, como los icónicos Thomas Hobbes (1980) y John Locke, Rousseau (2007), Bodino y, desde luego, Maquiavelo a quien podemos atribuirle haber aportado el significado de Estado, desde el punto de vista moderno, como fuerza organizada, suprema en su propio territorio y que persigue fines relacionados con su empoderamiento y consolidación (Sabine; 2004). En cuanto a la cuestión de la democracia, se reflexiona sobre los conceptos de Dahl, Bobbio, así como Sartori y su teoría general de la democracia.

Siguiendo con el desarrollo del marco teórico, encontramos autores más contemporáneos como Jellinek, uno de los clásicos de la Teoría del Estado, Sánchez Ferriz, de quien analizamos el abordaje de los fenómenos sociopolíticos, las transformaciones del Estado y de la sociedad, en su relación con el Derecho, así como Alexy y Ferrajoli, para afianzar la relación del Estado con los derechos fundamentales y el concepto democrático constitucional.

Con todo lo anterior se resalta un aspecto importante: la idea de que el Estado tiene como esencia de su estructura y funcionamiento al Derecho y particularmente los derechos fundamentales, con el que guarda una relación permanente e indisoluble, si no se quiere caer en la arbitrariedad, pero al mismo tiempo tiene como origen a la realidad social, misma que define a la norma, principalmente la norma fundamental, la constitución.

Para cumplir la responsabilidad pública que tiene, de garantizar los mínimos de bienestar social, el Estado debe procurar la cohesión, solidaridad y participación social, como parte inherente de los criterios que le dan legitimidad, manteniendo un rol de agente equilibrador socioeconómico, regulador y mitigador de las desigualdades económicas y las brechas de acceso a los satisfactores vitales mínimos.

En este entendido, la sociedad civil cobra mayor importancia, por ejemplo, a través de la opinión pública, las organizaciones civiles, agrupaciones sociales, consejos, observatorios, entre otras formas de involucramiento en los asuntos públicos, que van generando que el sector público

vaya siendo cada vez más consciente de su peso; no obstante, dicha participación sigue teniendo un alcance limitado y no implica necesariamente un elemento vinculatorio entre sociedad y gobierno.

Para que este involucramiento sea más efectivo, los ciudadanos debemos entender cuál es nuestra tarea en un sistema democrático, nuestro rol como titulares de derechos y obligaciones que podemos ejercer en un marco más amplio de legalidad y libertades garantizadas por un marco constitucional fundamental. Una democracia madura requiere una ciudadanía consciente y participativa, sabedora de su influencia y su potencial. La democracia debe abrirse a la población a involucrarse e incentivarla para tomar parte de las decisiones públicas.

En este sentido, un elemento que se destaca es la importancia de la conciencia crítica de los ciudadanos en el sistema democrático ya que, sin ella, se corre el riesgo de poner en crisis a todo el régimen democrático, tanto en su sistema constitucional como en el político, reduciéndose a la simple representación política artificial, manipulada por criterios populistas. Esto, ya que como señala Ferrajoli (2011), citando a Montesquieu, “los poderes, libres de límites y controles, tienden a concentrarse y acumularse en formas absolutas, a convertirse en poderes salvajes”.

LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Las políticas públicas se dirigen a la atención correcta de los problemas públicos, mediante el análisis del proceso mediante el cual los tomadores de decisiones trazan una ruta de acción, así como el grado de éxito o fracaso que su diseño e implementación provoca. Para poder ubicar la naturaleza de las políticas públicas dentro del espectro de las ciencias sociales, podemos enfocarnos en su vocación hacia la resolución de los problemas públicos y a aquello que signifique un impacto positivo sobre dichos problemas.

Por otro lado, existe una relación simbiótica entre la política y las políticas públicas, que resulta en que no puede existir de manera adecuada la una sin la otra; en donde hay política sin políticas públicas, se cae en demagogia y donde hablamos de políticas públicas sin considerar el espectro político, tendremos por fuerza un problema de diseño de origen y falta de contexto que las hará, en el mejor de los casos, estériles.

Como parte de estas reflexiones, sostenemos que, si bien la visión estado-céntrica autosuficiente y autónoma ya no corresponde con los criterios tradicionales de administración pública, tampoco podemos concebir

en la actualidad el proceso de políticas públicas sin el Estado (Valencia; 2011) que, aunque ya no preeminente, sigue siendo el elemento necesario en todas las etapas del proceso.

Por tanto, las políticas públicas deben ser consideradas desde un enfoque racional, sistemático y multidisciplinario. Resulta imposible ceñirse solamente a un ámbito del conocimiento humano si es que se quiere resolver de modo integral una problemática social, frecuentemente multidimensional, con aristas que un análisis limitado a una sola disciplina, no podría abarcar.

Como conclusión parcial en esta primera parte de la investigación, concluimos que las políticas públicas diseñadas desde un enfoque moderno no admiten considerar al Estado y a la sociedad como mutuamente excluyentes. En la actualidad, los operadores públicos y los actores sociales deben colaborar permanentemente para elaborar estrategias conjuntas, que impliquen acciones concretas interinstitucionales y multidisciplinarias para solucionar problemas comunitarios.

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EFECTIVA EN EL SISTEMA DEMOCRÁTICO

En esta parte de la investigación tomamos primeramente como referencia lo estipulado por Aguilar (2010), en el sentido de que la gobernanza tiene que ver con el proceso de gobierno mediante el cual una sociedad se dirige y gestiona a sí misma; surge como respuesta a una crisis en la acción gubernativa del Estado, a la propia debilidad de los sistemas democráticos y al peligro de ingobernabilidad, derivado de que el gobierno parece incapaz e incluso omiso en dirigir a su sociedad hacia objetivos positivos de bienestar o desarrollo.

Blanco y Goma (2003), establecen que la gobernanza implica la articulación de una diversidad de actores, intereses y visiones y canalizarlos de modo que se tracen intereses compartidos y consensos, desde los cuales intercambiar recursos, negociar prioridades y tomar decisiones.

En ese marco, las políticas públicas surgen entonces como mecanismos de gobernanza para promover y dar cauce a las demandas de sociales y buscar sean satisfechas mediante la participación, real y efectiva, de la propia sociedad, cumpliendo así, de acuerdo a Tomassini, citado por Castillo (2017), un papel fundamental en la gobernabilidad en los planos estratégico, institucional, político y de sociedad civil.

De igual modo, la participación ciudadana en la gestión de los asuntos públicos representa un elemento esencial en la institucionalización de los modelos de gobernanza, dado que, a la par de reconocer la importancia del orden institucional, también otorga una valoración positiva de las propias instituciones, dotándoles de una mayor legitimidad ciudadana, en tanto se les considera un reflejo de su cultura y valores (Lozano; 2009).

Ahora bien, de acuerdo a Olvera (2008), se puede entender la participación ciudadana como “la intervención organizada de ciudadanos individuales o de organizaciones sociales y civiles en los asuntos públicos, que se lleva a cabo en espacios y condiciones definidas, esto es, en interfaces *socioestatales* que pueden o no estar definidas por la ley y que permiten el desarrollo de una capacidad relativa de decisión en materia de políticas públicas, control de la gestión gubernamental y/o evaluación de las políticas públicas a través de diversas formas de contraloría ciudadana”.

Por su parte Hevia (2011) sostiene que la evolución y desarrollo de las “*nuevas democracias*” en Latinoamérica, tienen como característica común la *institucionalización* de diversas instancias de participación ciudadana, tanto aquellas cercanas a conceptos de democracia directa como los referéndums, plebiscitos, iniciativa popular y revocación de mandato, como instancias públicas de consulta, diálogo y deliberación, como los consejos consultivos, observatorios ciudadanos, contralorías sociales, etc., en donde la ciudadanía va teniendo presencia en espacios de decisión.

En México, como bien apunta Álvarez Icaza (2012), durante más de 70 años prevaleció un régimen autoritario, cuya estructura y prácticas políticas disminuían drásticamente toda participación que no se circunscribiera a los canales aprobados por el régimen. De ahí que el rol de la sociedad civil en la toma de decisiones y la existencia de espacios públicos de deliberación auténtica entre ciudadanos y políticos sencillamente no era una opción real. Fue hasta los años 80s y 90s, cuando la sociedad comenzaría a cristalizar sus esfuerzos por incidir en el espacio público, primero, desde la arena electoral, para después pasar, gradualmente, a una mayor apertura institucional desde lo político y lo jurídico.

De la experiencia nacional podemos desprender un elemento importante consistente en que para que exista una participación ciudadana efectiva, es indispensable un contexto democrático que brinde los mecanismos y oportunidades para ello. Asimismo, se requiere que esa participación se refleje en resultados, es decir, en desarrollo, y así se nutra un círculo virtuoso en donde la participación se traduzca en resultados que, a su vez, fomenten la continuidad e intensificación de la participación.

La existencia de resultados como condición para la consolidación de la participación ciudadana pudiera dejar abierta la duda de si, entonces, puede no ser exigible la participación en las políticas públicas a determinados sectores sociales, en tanto no se encuentren satisfechas sus necesidades más básicas; sin embargo, consideramos que justo es aquí donde existe una oportunidad para el Estado sea quien dé el primer paso en los procesos de participación, promoviendo el cambio de paradigma que hemos comentado.

DEMOCRATIZACIÓN Y CONSENSO COMO ELEMENTOS COMPLEMENTARIOS DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS.

Avanzando en la investigación encontramos que los sistemas políticos actuales se enfrentan a diversos cuestionamientos. Las crisis de legitimidad y calidad de la democracia representativa, por la que atraviesan no pocos países del mundo, conduce a cuestionar los sistemas mismos, sino también sus bases teóricas. Como consecuencia, en décadas recientes se ha observado una tendencia hacia la creación, desarrollo y regulación de mecanismos de democracia directa o semidirecta, como el referéndum o la iniciativa popular, que han tenido como protagonistas a las entidades subnacionales y a los gobiernos locales (Welp; 2017).

Hoy podemos decir que prácticamente todos los actores políticos coinciden en la necesidad de incrementar la participación ciudadana; para Olvera, desde cualquier punto de vista, la participación de la gente es cada vez más necesaria, ya sea como instrumento para la mejora administrativa y procedimental para la mejor formulación de las políticas públicas, ya como una forma innovadora de entender la política y de generar nuevos espacios públicos de debate, pero sobre todo, de decisión y supervisión de las políticas públicas.¹

1 Olvera deja ver más adelante su consideración acerca de que el enfoque neoliberal puede, a largo plazo, generar un proceso de *des-responsabilización* del Estado en relación a los derechos de la ciudadanía, particularmente en cuanto a los derechos sociales, ante la posibilidad de permitir la tercerización de la política social, es decir, a través de agentes privados. Por otro lado, enfatiza el aspecto meramente político a la hora de hablar del enfoque “democrático – participativo” identificado desde su punto de vista con una geografía política más de izquierda; para nosotros, lo mejor es un enfoque equilibrado para que se aprovechen las ventajas de ambos puntos de vista y se dirijan a concretar la participación y traducirla en acciones concretas en atención a los problemas públicos.

Así, la democratización y el consenso no son solamente elementos que complementan las políticas públicas, sino que pueden ser, al mismo tiempo, fuente de ellas. Cristalizan el derecho de cada ciudadano a participar en las decisiones de su comunidad, esa capacidad de la sociedad para gobernarse a través de una incidencia en la administración pública, por más mínima que sea, pero que significa participar en la construcción y evolución de su entorno social.

Desde este enfoque, las políticas públicas deben ser vistas como un recurso social, no como una creación gubernamental (Merino; 2013). Al Estado le sirve aproximarse a la causa del problema, aprovechando el punto de vista de la sociedad, particularmente de los sujetos de la eventual política pública a implementar; este insumo informativo y de retroalimentación nutre el diagnóstico del problema público y permite elaborar de mejor manera el plan de dicha política. El ir implementando cada vez de manera más fluida estas dinámicas participativas, mejorará también los niveles de gobernabilidad.

La generación de mecanismos de participación ciudadana implica procesos complejos, que toman tiempo y que usualmente se ven opacadas por los asuntos urgentes y por las limitantes temporales propias de los gobiernos locales, pero que, por otro lado, facilitan y amplían gradualmente la autonomía de los ciudadanos y de sus comunidades, mejorando a su vez las condiciones de vida (Urán; 2007).

MECANISMOS PERTINENTES DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA PARA CONSIDERAR EN EL PROCESO DE CONFORMACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS.

Al llegar a esta parte de la investigación, nos centramos en la participación *institucionalizada* y en aquellos mecanismos de participación establecidos en nuestro país, entre las que encontramos: el derecho de petición, la iniciativa ciudadana, consulta popular, referéndum y plebiscito. Lo anterior sin descartar la proposición de algún mecanismo adicional, complementario, alternativo o mixto, que abone a la consolidación armónica de la participación ciudadana y que podrá ser abordado más adelante en la investigación.

En relación a lo anterior, se realiza una revisión de los mecanismos tradicionales de participación ciudadana, desmenuzando los principales elementos del derecho de petición, con su correlativo derecho de respuesta; la iniciativa popular o ciudadana; la consulta popular y algunos

antecedentes en el contexto mexicano y, finalmente, el referéndum y el plebiscito. Con este contexto establecido, se plantea a continuación la posibilidad de mejorar e innovar en el diseño e implementación de los mecanismos de participación ciudadana, de modo que puedan acercarse al punto de adoptarse por la cultura cívica de nuestro país.

Posteriormente, con el objetivo de aportar para la discusión y el análisis se resaltaron algunos tópicos específicos que merecen una atención particular a la hora de su ejercicio ya que, si no se abordan considerando sus diferentes aristas, pueden derivar en resultados contraproducentes, en detrimento de la calidad del sistema democrático.

DESARROLLO MUNICIPAL

Sobre este tópico se comienza señalando que los gobiernos, principalmente los locales, han evolucionado y se han adaptado más allá de los límites que les marcan las normas, mejorando sus procesos, debido a la complejidad de la interacción entre los distintos niveles de gobierno y a sus propias necesidades de desarrollo. Esto ha significado un tránsito del paradigma tradicional municipio-estado-federación hacia uno sinérgico basado en relaciones intergubernamentales (Rosique y Sánchez; 2015).

Como se comenta en la investigación, los problemas de gobernabilidad que persisten en los gobiernos municipales, giran en torno a su incapacidad para satisfacer las necesidades que su sociedad les demanda y resolver las problemáticas que se les plantean. A ello hay que sumar el desgaste propio de los gobiernos locales, al ser el nivel de gobierno con acercamiento directo entre ciudadano y gobierno (Espejel; 2015), por lo que la participación ciudadana se vuelve una herramienta útil para encontrar soluciones consensadas y legitimadas, que resuelvan los problemas públicos, al tiempo que oxigenan a las administraciones municipales.

DEMOCRACIA Y CIUDADANÍA DIGITAL

Ramos Chávez (2015) es claro al señalar que el surgimiento y masificación de las tecnologías de la información y comunicación, a través del Internet, mismas que han pasado a formar parte fundamental de gran parte de las áreas de la vida diaria en todos aspectos, han modificado no sólo las formas de interacción gobierno - sociedad, sino también las formas en las que la propia sociedad se informa, organiza y participa, generando acción colectiva para atender necesidades específicas o para mostrar su aprobación o rechazo a las políticas públicas.

La democracia no ha sido la excepción; a los varios problemas y crisis recurrentes por los que tiene que atravesar², ahora hay que agregarle los desafíos de la llamada *democracia digital*, misma que presenta nuevas variables a considerar en el comportamiento político de la sociedad, tales como la denominada *ciudadanía digital*, que migra su participación política y su involucramiento en los asuntos públicos a las distintas arenas digitales, que se constituyen en el nuevo *espacio público*.

Hoy en día las TICs ofrecen la oportunidad de atender los déficits de participación ciudadana, principalmente en dos vías: en primer lugar, la participación política a través del acceso de la población en general a los temas políticos de actualidad; en segundo, permiten la vinculación de la gente con aspectos de administración y gestión de las políticas públicas que le afectan en su comunidad.

PROPUESTAS PARA EL PERFECCIONAMIENTO DE LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN MÉXICO

En la última parte de la investigación se abordan algunas experiencias y proyectos que muestran cómo la sociedad civil organizada y diversas instituciones pueden colaborar, generando sinergias positivas para la atención de problemas públicos. En estas sinergias, los actores públicos dejan de ubicarse como rectores o árbitros y se vuelven jugadores colaboradores cuya principal función es eliminar las barreras burocráticas y eficientar los procesos de gestión pública.

Asimismo, se enfatiza la importancia de aprovechar las ventajas modernas y los avances de las tecnologías de la información y la comunicación, poniéndolos al servicio del desarrollo democrático y la maduración de la cultura cívica política de la sociedad contemporánea, en contextos como el nuestro, de modo que la ciudadanía pueda atestiguar que sí es posible participar y que su involucramiento en las cosas públicas tiene un

-
- 2 Por ejemplo, a pesar de su gran aceptación en los últimos tiempos en la mayoría de los países del mundo, según el Latinobarómetro (2013), en América Latina la mayoría de las personas (56%) valora a la democracia por encima de cualquier otra forma de gobierno, sin embargo, sólo un 39% en promedio se muestra satisfecho con los resultados de la democracia, pudiendo entender estos últimos, como los resultados de los gobiernos democráticamente electos, así como la estabilidad de sus respectivos sistemas políticos. Por su parte, en los países de la Unión Europea, si bien existe una mayor valoración del sistema democrático, también hay un sector importante que está insatisfecho con su desempeño (Eurobarómetro 2013).

potencial transformador de las condiciones de vida en los diversos contextos de la comunidad.

De este modo, se describen experiencias como los Fondos de Agua, que se pueden describir como organizaciones que diseñan e impulsan mecanismos de gobernanza, articulando actores públicos, privados y de la sociedad civil, con el fin de contribuir a la seguridad hídrica y al manejo sustentable de las cuencas a través de soluciones basadas en la naturaleza. Por otro lado, constituyen, mecanismos financieros que permiten a los socios integrantes, implementar acciones concretas de conservación en el campo, a los que, de otro modo, no podrían tener acceso.

Los Fondos de Agua sirven como vías de acción colectiva, que buscan alinear los esfuerzos y coordinar a los actores del sector público, privado, social y académico, que confluyen en una cuenca, diseñando esquemas de participación colaborativa y gobernanza horizontal para la gestión sostenible de los recursos hídricos, para generar agua de calidad, en cantidad suficiente para diferentes usos: agua potable, riego, generación hidroeléctrica, entre otros.

Del mismo modo, se habla de los programas de recuperación de espacios públicos, como aquellos liderados por fundaciones que coordinan esfuerzos para vincular a las empresas, los actores gubernamentales y las propias comunidades locales en proyectos de mejoramiento del entorno y mantenimiento social, en esquemas de corresponsabilidad para generar cambios positivos en los estilos de vida a la vez que se impulsa desarrollo social.

Esquemas que están pensados para realizar, por ejemplo, intervenciones en el espacio público de la comunidad, de manera alineada y coordinada a las agendas, planes y programas de los gobiernos locales, estatales y federales, ya sean programas de mejoramiento urbano, programas municipales de desarrollo urbano o planes integrales de movilidad urbana sostenible, de modo que se tenga un impacto positivo en el entorno más próximo para los habitantes de las diferentes zonas de intervención.

Una de las ventajas de este tipo de acciones, es que las diversas fundaciones y asociaciones de naturaleza social no lucrativa, creadas a partir de iniciativas empresariales y ciudadanas, generan vínculos que facilitan mecanismos participativos al interior de las comunidades, aprovechando las capacidades y recursos de los actores intervinientes, generando beneficios para el tejido social.

Finalmente, el documento aterriza en una aproximación de alternativas concretas, mediante las cuales se pueda innovar en la viabilidad de

mecanismos de participación ciudadana para la construcción de políticas públicas, particularmente a partir del uso de las TICs. En función de lo anterior se analizan un par de experiencias ya vigentes y con un grado bastante aceptable de éxito: la aplicación móvil “apoyo ciudadano”, plataforma auspiciada por el Instituto Nacional Electoral y, por otro lado, el Sistema de Asistencia Virtual del Poder Judicial de Tamaulipas.

En el primer caso, se trata de una plataforma ya aprobada y vigente, que el día de hoy se utiliza para que los aspirantes a algún cargo de elección popular por la vía independiente, puedan registrar el apoyo de los ciudadanos que respalden su candidatura, en términos de la normativa, mediante una aplicación informática que se utiliza mediante la instalación de la misma en un teléfono inteligente, evitando el uso de registros en papel físico y, con ello, genera ahorros importantes y disminución significativa de tiempos y trámites.

En el segundo caso, se aborda la experiencia del Poder Judicial de Tamaulipas, en donde, igualmente, a través de una aplicación móvil que puede descargar la persona sujeta a un procedimiento penal, ya puede realizar su registro de asistencia virtual al juzgado en donde se le ha ordenado, como parte del proceso penal, no salir de cierta circunscripción. Esta aplicación cuenta con tecnología georeferencial suficiente para advertir si el usuario está ciertamente dentro de los límites que se le han instruido y, a través de su huella digital y demás medidas de identidad y seguridad, verifica que el indiciado esté cumpliendo con la orden.

Finalmente, tomando como base estas experiencias y otras que en la investigación se analizan, se propone la construcción, aprobación y puesta en marcha de una nueva aplicación que podría llamarse “*participación ciudadana*” que aproveche los conocimientos adquiridos y, con todas las medidas e seguridad informática debidas, sin sustituir los mecanismos tradicionales de registro del sufragio, los complementa, permitiendo a los ciudadanos que así lo decidan, descargar dicha aplicación y, el día de la jornada respectiva ya sea del ejercicio de participación ciudadana, ya sea consulta popular, plebiscito o referéndum o, incluso, una elección constitucional, poder votar mediante su dispositivo electrónico, ya sea un teléfono inteligente con especificaciones mínimas requeridas, o de un ordenador con acceso a internet.

CONCLUSIONES

Consideramos que las repercusiones de la implementación de una aplicación como la que se propone y, aun sintéticamente, se describe en estas líneas, serían potencialmente muy benéficas para el incremento de la cultura cívica y democrática en México y ampliaría significativamente los márgenes de participación.

El problema, no obstante, no reside ya en las posibilidades técnicas o las herramientas tecnológicas existentes que hoy en día permitirían dichos ejercicios, sino en que existen aspectos políticos y sociales, que hacen difícil el tránsito hacia una alternativa semejante, cuya simple puesta a consideración pone a prueba a muchos actores que no están necesariamente preparados para tales conversaciones, por sus acendradas concepciones sobre nuestro sistema político, pero sobre todo por la histórica desconfianza cultural, tanto en el adversario político como en las propias instituciones; sin embargo, creemos que está cerca el momento de dar ese salto si realmente creemos que México está llamado a ser una nación democrática madura.

FUENTES DE INFORMACIÓN

- AGUILAR, L. (2010). *Política Pública*. Biblioteca Básica de Administración Pública, Siglo XXI Editores.
- ALVAREZ, L. (2012). La democracia en México, ciudadana y derechos humanos en *¿Quién responde por los derechos humanos de las poblaciones más pobres en América Latina y el Caribe?, Democracia vs desigualdad (2007 – 2011)*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- BLANCO, I., Goma, R. (2003). *La crisis del modelo de gobierno tradicional reflexiones en torno a la governance participativa y de proximidad*. Centro de Investigación y Docencia Económicas A.C.
- CASTILLO, M. (2017). El Papel De La participación Ciudadana en las políticas Públicas Urbanas, bajo el actual escenario de la gobernanza. *Revista CS*, (23), pp. 157-180. <https://doi.org/10.18046/recs.i23.2281>.
- DUSSEL, E. (2006). *20 Tesis de política*. Siglo XXI Editores. Centro de Cooperación Regional para la educación de Adultos en América Latina.
- FERRAJOLI, L. (2011) *Poderes Salvajes. La Crisis de la Democracia Constitucional* (Prólogo y trad. de P. Ibáñez). Editorial Trotta.

- HEVIA, F. (2011). Participación ciudadana institucionalizada y organizaciones civiles en Brasil: articulaciones horizontales y verticales en la política de asistencia social. *Revista de Estudios Sociales*, (39), Universidad de Los Andes.
- HOBBS, T. (1980). *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Fondo de Cultura Económica.
- LOZANO, R. (2009). Institucionalismo, gobernanza y sociedad civil. *Revista IAPEM*, (72).
- MERINO, M. (2013). *La participación ciudadana en la democracia*. Instituto Federal Electoral.
- OLVERA, A. (2008). Las relaciones entre democratización y participación en México: apuntes para su historia. *Revista Controversia*, (191). Corporación Región Escuela Nacional Sindical, Instituto Popular de Capacitación, Foro Nacional por Colombia, Centro de Investigación y Educación Popular.
- RAMOS, A. (2015). Ciudadanía en la pantalla. Información y acción colectiva a través de Internet. *Revista General de Información y Documentación*, 25(2), pp. 603-626. UNAM, Instituto de Investigaciones Bibliotecológicas y de la Información.
- ROSIQUE, J. y Sánchez, D. (2015). Municipios metropolitanos de México: gobierno y gestión local en R. Moreno (Coord.), *El Desarrollo Municipal, factor estratégico en el posicionamiento de México en los escenarios políticos del siglo XXI*. Academia Internacional de Ciencias Político-Administrativas y Estudios de Futuro.
- ROUSSEAU, J. (2007). *Contrato social*. Editorial Espasa Calpe.
- SABINE, G. (2004). *Historia de la Teoría Política*. Fondo de Cultura Económica.
- URÁN, O. (2007). El Presupuesto Participativo y la transformación de Medellín. *Revista Mercatec*, (43).
- VALENCIA, G. (2011). Contribuciones de las Políticas Públicas al Estudio del Estado. *Semestre Económico*, 14(30), pp. 87-104.
- VALENTI, G. y Flores, U. (2009). Ciencias Sociales y Políticas Públicas, *Revista Mexicana de Sociología*, 71(diciembre), pp. 167-191. Universidad Nacional Autónoma de México.
- WELP, Y. y Ordoñez, V. (2017). La democracia directa a debate: procesos y mecanismos de participación ciudadana. *Recerca, Revista de Pensament I Anàlisi*, (21).

PARTE V

ASPECTOS SOBRE GÉNERO Y VIDA LIBRE DE VIOLENCIA

EL CORPUS IURIS INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA Y SU COMPATIBILIDAD CON LA JUSTICIA RESTAURATIVA

ARMANDO JESÚS MENESES LARIOS
Universidad Veracruzana

Tutores: Dra. Ana Carrillo del Teso y Dr. Adán Carrizo-Castell

Resumen: Existe a nivel mundial una problemática generalizada de violencia de género contra las mujeres que repercute en el pleno goce de los derechos de mujeres y niñas en todos los ámbitos de su vida y en las últimas décadas se ha construido ampliamente un *corpus juris* internacional sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.

Dentro de dicho corpus iuris se contemplan normas e interpretaciones que en mayor o menor medida prohíben la utilización de medios alternativos de solución de controversias para atender casos de violencia de género contra las mujeres.

El presente trabajo analiza las premisas normativas e interpretativas sobre dichas prohibiciones y plantea algunos indicios prácticos y teóricos sobre la pertinencia de poder utilizar dichos procedimientos bajo un enfoque de justicia restaurativa que puedan contribuir de mejor manera para atender este tipo de casos.

Palabras claves: violencia de género/ justicia restaurativa

PROBLEMÁTICA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO CONTRA LAS MUJERES

La violencia contra las mujeres es un fenómeno histórico y generalizado que trastoca la vida de las personas, particularmente de las niñas, jóvenes y mujeres adultas y de manera reciente observamos cada vez más movimientos que buscan visibilizar y poner en la agenda de los gobiernos políticas que atiendan esta problemática.

Según datos de la Organización Mundial de la Salud (WHO, 2013) en todo el mundo, una de cada tres mujeres ha sufrido violencia física

o sexual, principalmente por parte de un compañero sentimental; y casi uno de cada dos casos de mujeres asesinadas el autor fue el compañero sentimental o un integrante de su familia. (pp. 2)

En México los resultados de la Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares ENDIREH (INEGI, 2017) estiman que, el 66.1% de las mujeres mayores de 15 años (más de 30 millones) han padecido al menos un incidente de violencia emocional, económica, física, sexual o discriminación en los espacios escolar, laboral, comunitario, familiar o en su relación de pareja. En la escuela, 25.3% enfrentaron violencia por parte de compañeros, compañeras y maestros durante su vida de estudiantes y 38.7% violencia en el ámbito comunitario. (pp. 8 y 11)

En España, la encuesta realizada por el Centro de Investigaciones Sociológicas (Centro de Investigaciones Sociológicas, 2019) “Macroencuesta de violencia contra la mujer” estima que, en los últimos 12 meses, el 66.3% de las mujeres que actualmente tienen pareja, ésta las ha intimidado a propósito, por ejemplo, gritándole, rompiendo cosas, golpeando paredes o mirándola de determinada forma (pp.11). También según esta macroencuesta, el 31.9% de sus parejas las ha amenazado con usar o ha usado una pistola, cuchillo u otra arma o sustancia peligrosa en su contra. (pp.40)

A pesar de todos los esfuerzos que se han dado a nivel mundial para acortar la brecha de desigualdad entre hombres y mujeres, la violencia de género sigue siendo generalizada y con un alto grado de impunidad. Se manifiesta de múltiples formas, interrelacionadas y recurrentes, en diversos ámbitos, del privado al público, incluidos entornos tecnológicos, y trasciende las fronteras nacionales.(Comité CEDAW, 2017, pp. 3 y 4)

EL CORPUS IURIS INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA.

Desde el siglo XVIII y XIX ya aparecen algunos movimientos en favor de la igualdad entre hombres y mujeres, por ejemplo, la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana de 1791 escrita por Olympe de Gouges, quien en palabras de Ramírez (2015), reescribe la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, visibilizando el gran error de no incluirse a las mujeres, reclamando la igualdad de sexos y señalando que la mujer debía salir de la opresión del hombre y jugar un papel distinto en la política, utilizando una especie de perspectiva de género como lo entendemos hoy en día (pp. 3 y 4), sin embargo el autor

considera que es hasta la creación de la Carta de Naciones Unidas de 1945 y la consecuente adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 que se da un punto de partida y no retorno en favor de la igualdad de género.

La Declaración Universal se convierte en el primer instrumento normativo de carácter universal que establece las bases de los derechos humanos de todas las personas. Dicha Declaración, en su artículo segundo, incluye lo que hoy entendemos como el principio de igualdad y no discriminación al señalar que:

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía. (ONU, 1948, art.2 DUDH)

Si bien se considera que con la adopción de dicha Declaración se comienza a gestar de manera progresiva lo que hoy entendemos como el *corpus juris* internacional en favor de la igualdad de género, no podemos obviar lo que nos dice Ramírez Hernández (2020), que:

pese a la intención de la DUDH de proclamar derechos universales con independencia de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición, lo cierto es que las necesidades y aspiraciones de las mujeres únicamente se vieron reflejadas en aquellas intrínsecamente ligadas a la feminidad hegemónica, tales como el derecho a casarse y formar una familia (artículo 16) y el derecho al cuidado y asistencia especial durante el embarazo (artículo 25.2). (pp.580)

En esta línea, se comienza a organizar una serie de reuniones, conferencias y foros y a crear órganos e instituciones internacionales que continuarían con el cauce de la agenda de la igualdad de género para que ésta sea universal.

Derivado de la Carta de San Francisco se mandata la creación de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (ECOSOC, 1946), la cual depende del Consejo Económico y Social como principal órgano internacional intergubernamental dedicado a la promoción de la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer.

Si bien, no tuvo avances tan significativos en la materia, como bien señala ONU Mujeres (2019), en 1972 coincidiendo con el 25º aniversario

de su creación, dicha Comisión recomendó declarar el año de 1975 como el Año Internacional de la Mujer. Con ello se detonan a nivel mundial varios procesos como las Conferencias Mundiales sobre la Mujer, el decenio de las Naciones Unidas para la Mujer y la creación de diversas oficinas de Naciones Unidas dedicadas a las mujeres, como el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM) y el Instituto Internacional de Investigaciones y Capacitación para la Promoción de la Mujer (INSTRAW).

Por otro lado, señalan que dicha Comisión colaboró en la consolidación de instrumentos en la materia, principalmente la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) de Naciones Unidas de 1979 y fungió como órgano preparatorio para la Conferencia Mundial de 1995 en la que se aprueba la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. (pp. 7-10)

Independientemente de la importancia que cada una de las Conferencias Mundiales ha tenido, ésta última se puede considerar la más importante ya que establece la política mundial en la materia. Esta plataforma de acción es un programa encaminado a la promoción y protección de los derechos humanos de las mujeres, la cual está alineada a los principios de la Carta de Naciones Unidas.

Establece doce ejes de especial preocupación en el tema de las mujeres, sobre los cuales se diagnostica la problemática y se plantean objetivos estratégicos y medidas concretas a llevar a cabo en cada eje. Entre estos ejes, se aborda el tema de violencia contra la mujer, como uno de los temas fundamentales para alcanzar sus objetivos.

Al respecto se desarrollan algunas definiciones, principios, causas, alcances y se sugieren algunas acciones encaminadas a combatir dicha violencia. De los aspectos más relevantes de la Declaración y Plataforma de acción de Beijing (ONU, 1995) tenemos:

- Se observa que en mayor o menor nivel las mujeres están sujetas a malos tratos de índole física, sexual y psicológica sin distinción de clase, cultura o ingresos y que dicha violencia impide el disfrute de sus derechos humanos y es responsabilidad de todos los Estados adoptar medidas al respecto.
- La violencia contra la mujer es manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombre y mujeres, lo que conduce a la dominación de la mujer por el hombre, su discriminación y obstáculos para su pleno desarrollo;

- La violencia contra la mujer viene de pautas culturales tradicionales o consuetudinarias relacionados con la raza, el sexo, el idioma o la religión que perpetúan la condición inferior que se asigna a la mujer en la familia, en el trabajo, la comunidad y la sociedad y que se ve agravada por presiones sociales como vergüenza de denunciar ciertos actos, la falta de acceso a la información, asistencia letrada o protección jurídica y falta de leyes que prohíban la violencia. (pp. 86-88)

Por otro lado, la plataforma y plan de acción mencionan, entre las medidas que se sugiere adopten los Estados respecto de la violencia de género contra las mujeres, las siguientes:

- Contar con políticas claras para condenar la violencia contra la mujer y en su caso prevenir, investigar y sancionar dichos actos, sobre los cuales no deben invocar justificantes como la costumbre, la religión o prácticas tradicionales;
- Adoptar y aplicar leyes para eliminar la violencia, promover políticas, programas y formular planes de acción con perspectiva de género;
- Adoptar medidas para modificar los modelos de conducta sociales y culturales de la mujer y el hombre y eliminar los prejuicios y prácticas consuetudinarias y de otro tipo basadas en la idea de inferioridad o superioridad de uno de los sexos y en funciones estereotipadas asignadas a hombres y mujeres;
- Establecer servicios de apoyo a mujeres víctimas de violencia y prestarles servicios médicos, psicológicos y de asesoramiento;
- Crear campañas de educación y capacitación, programas y procedimientos tendientes a eliminar las formas de violencia contra la mujer y;
- Fomentar la investigación sobre las causas, la naturaleza, la gravedad y consecuencias de la violencia. (pp. 92 - 94)

Por otro lado, en la década de los 70's se gestó el instrumento jurídico más importante a nivel universal que es la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 (CEDAW por sus siglas en inglés), que a la fecha cuenta con la aceptación de 189 Estados Partes, y que, si bien no menciona expresamente a la violencia por razón de género, en su artículo primero se considera de manera implícita, al definir discriminación contra la mujer como cualquier distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tuviera por objeto o resultado

menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos de la mujer. (CEDAW, 1979, art.1)

Es importante señalar que dicha Convención dio origen a su propio mecanismo de supervisión, el Comité CEDAW, que tiene entre otras funciones, el mandato de emitir Recomendaciones Generales, que son observaciones sobre ciertos aspectos o temáticas de preceptos establecidos de la Convención, haciendo con ello una especie de interpretación de la norma para proveer mejores alcances, buenas prácticas o directrices para su cumplimiento.

A una década de haberse adoptado la mencionada Convención, el Comité CEDAW recomendó a los Estados Partes en la Recomendación General No. 12, incluir en sus informes periódicos información sobre las medidas adoptadas, tanto legislativas como cualquier otra para erradicar la violencia de género, considerando que los artículos 2, 5, 11, 12 y 16 de la Convención les obligan a proteger a la mujer contra cualquier tipo de violencia, tanto en la familia, en el trabajo, como en cualquier otro ámbito de la vida social. (CEDAW, 1989, pp.1)

Posteriormente, el Comité CEDAW (1992) emitió la Recomendación General No. 19 para abordar el tema de la violencia contra la mujer, afirmando que ésta es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en igualdad de condiciones con los hombres y reiterando lo ya señalado en el sentido que la definición de discriminación del artículo 1º de la Convención incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que le afecta de forma desproporcionada.

Por otro lado, en la misma Recomendación se mencionan algunos tipos de violencia como la física, mental y la sexual e incluso analiza el papel que juega la independencia económica para continuar dentro del ciclo de la violencia y finalmente señaló que si bien la Convención se aplica a la violencia que lleva a cabo las autoridades públicas, la discriminación no se limita a los actos del gobierno o en su nombre, sino que también se requieren de tomar medidas para eliminar la discriminación contra la mujer practicadas por cualquier persona, organización o empresa. (pp. 1, 8-9)

Después del desarrollo y evolución que tuvo en la materia la violencia por razón de género a nivel mundial con dicha Conferencia, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 1993, la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de 1995, las demás Conferencias Mundiales de la Mujer, la creación de la Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias y otras más

por Naciones Unidas, entre otros esfuerzos, lleva al Comité CEDAW con esa mayor comprensión y conocimiento del fenómeno a desarrollar y complementar la Observación General 19 en 2017 con la Recomendación General No. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer.

De las cuestiones más relevantes en esta Recomendación, es que el Comité CEDAW (2017) pone de manifiesto la noción de que dicha violencia no es un tema individual, sino que trasciende lo privado, y por ello, al ser un problema social, requiere necesariamente una respuesta integral. Por otro lado señala que va más allá de los hechos concretos, del autor y la víctima y que la misma está arraigada en factores relacionados con el género: como el derecho y el privilegio de los hombres respecto de las mujeres, las normas sociales sobre masculinidad y la afirmación de dicho poder, la imposición de papeles asignados a cada género o desalentar o castigar lo que se considera un comportamiento inaceptable de las mujeres, factores que contribuyen a la aceptación social explícita o implícita de la violencia por razón de género contra la mujer, que a menudo aún se considera un asunto privado. (pp. 4-8)

Por otro lado, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos y su Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 ya mencionada, al hacer una reflexión sobre la eficacia del Sistema Internacional de Derechos Humanos edificado casi 50 años antes, puso de manifiesto que uno de los temas pendientes fue precisamente el derecho de las mujeres.

Al respecto, en su Declaración (ONU, 1993) se puntualizó que dichos derechos son parte inalienable e indivisible de los derechos humanos universales, que la participación de las mujeres en condiciones de igualdad en la vida política, civil, económica, social y cultural en el plano nacional, regional e internacional y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo tienen que ser objetivos prioritarios de la comunidad internacional y en particular, respecto de la violencia contra las mujeres señalan que ésta y aquellas formas de acoso y explotación sexual derivan de perjuicios culturales y que, junto con la trata de personas, son incompatibles con la dignidad de la persona humana y por tanto deben ser eliminadas. (pp.23)

Derivado de estos esfuerzos y por resolución 1994/45 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el marco de la 56ª sesión adoptada el 4 de marzo de 1994, se crea por 3 años (vigente a la fecha por resolución 41/17 de 2019), la Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias de Naciones Unidas de 1994.

La creación de dicha Relatoría responde a la gran preocupación por el carácter sostenido y endémico de la violencia contra la mujer y se le instruye al Relator Especial a que, en el marco de sus atribuciones, solicite y reciba información de los gobiernos y otros actores sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias. (Comisión de Derechos Humanos ONU, 1994, pp.3)

Hasta aquí algunas referencias sobre el *corpus iuris* internacional de las mujeres a una vida libre de violencia, sin hacer mención a los esfuerzos nacionales o regionales que influenciaron y detonaron procesos globales, por mencionar sólo un ejemplo, la Ley General de Acceso a las Mujeres a una vida Libre de Violencia en México de 2007 que se reconoce como una norma de avanzada en la materia y de ejemplo en la región.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE EL USO DE MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO CONTRA LAS MUJERES

Después de desarrollar de manera general el *corpus iuris* internacional de protección de las mujeres a una vida libre de violencia, es importante señalar que en la Recomendación General Núm. 33 dedicada al tema de justicia, el Comité CEDAW (2015) recomienda expresamente a los Estados “aseguren que los casos de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, bajo ninguna circunstancia se remitan a cualquiera de los procedimientos alternativos de solución de controversias” (pp. 25).

Posteriormente, el Comité CEDAW(2017) señaló en la Recomendación General Núm. 35:

Velar por que la violencia por razón de género contra la mujer no se remita obligatoriamente a ningún tipo de procedimiento alternativo de arreglo de controversias, como la mediación y la conciliación. El uso de esos procedimientos debe regularse estrictamente y permitirse únicamente cuando una evaluación anterior por parte de un equipo especializado garantice el consentimiento libre e informado de las víctimas y supervivientes y no existan indicadores de nuevos riesgos para las víctimas y supervivientes o sus familiares... Los procedimientos alternativos de arreglo de controversias no deberían constituir un obstáculo para el acceso de las mujeres a la justicia formal. (pp.19)

Por su parte en el ámbito regional, el Mecanismo de Seguimiento de la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer (MESECVI, 2012) recomienda:

Prohibir tanto el uso de métodos de conciliación, mediación y otros orientados a resolver extrajudicialmente casos de violencia contra las mujeres, como el uso del criterio o principio de oportunidad, y armonizar la legislación procesal con estas prohibiciones. Si existieran estos impedimentos solo para casos de violencia familiar, intrafamiliar o doméstica, ampliar dichas prohibiciones a otros casos de violencia contra las mujeres. (pp. 97)

De lo anterior y considerando algunos de los argumentos señalados en la práctica en el seguimiento de atención de casos de violencia de género al autor, se identifican cuatro críticas fundamentales respecto de la utilización de MASC's en casos de violencia de género por los cuales se recomienda o prohíbe su utilización:

- I. **Falta de voluntad de la víctima** para participar en los procedimientos. Esto es, que la persona en situación de víctima no cuenta con todos los elementos para tomar una decisión informada o que pueden existir presiones hacia la víctima para que acceda a estos procedimientos en beneficio de la persona agresora. Por otro lado, que el propio contexto en el que se encuentra la víctima le impida reconocer el círculo de violencia en el que se encuentra y por ellos pueda ser perjudicial participar en un proceso de esta naturaleza.
- II. **Desequilibrio de poder.** Tradicionalmente las negociaciones o mediaciones parten del supuesto de que existe un equilibrio entre las partes. En casos de violencia de género hay una clara desigualdad de poder, ya sea formal o informal, por lo que sería difícil llegar a un acuerdo justo. Además, esta desigualdad podría derivar en una victimización secundaria, particularmente cuando se trata de casos de violencia sexual.
- III. **Revictimización en los procedimientos.** En los formatos tradicionales se propicia que las partes estén “frente a frente” para acordar la mejor vía de solución. Someter a la persona en situación de víctima a sentarse con su agresor podría favorecer un ambiente revictimizante.
- IV. **Informalidad de los procedimientos.** Esto es, que al llevar a cabo procedimientos de esta naturaleza se considera que no se atienden las causas de la violencia de género, que se minimiza el problema y que con ello se da el mensaje que son conductas permisivas o que se trata de delitos negociables.

Finalmente, se considera que los agresores sólo otorgan una disculpa para evitar llevar el asunto a otras instancias, sin hacer conciencia de cómo sus actos u omisiones generaron un daño y al no comprender el alcance de los mismos, continúen perpetrando actos de violencia de género sin transfor-

mar las actitudes violentas, que socialmente pueden estar naturalizadas o invisibilizadas por el propio fenómeno de violencia.

ALCANCES EN LA UTILIZACIÓN DE MASC'S CON ENFOQUE DE JUSTICIA RESTAURATIVA PARA ATENDER CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

En el combate a la violencia de género contra mujeres parece que la vía punitiva es una de las más apropiadas. Sin embargo, destaco dos cuestionamientos sobre esta vía: el primero, fuera de los alcances de la presente investigación, tiene que ver con su efectividad para sancionar a los responsables; y el segundo, si ha servido para erradicar la comisión de actos de violencia contra las mujeres.

Existe, por otro lado, una gran variedad de medios alternativos de solución de controversias, como la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje; cada uno con un origen, principios, reglas y procedimientos propios. Estas medidas nacen como una alternativa a la vía jurisdiccional para resolver conflictos desde una perspectiva de justicia retributiva, por lo que tradicionalmente se utilizan para mediar conflictos entre pares, de ahí que su uso para atender casos de violencia de género también pueda ser cuestionado bajo los parámetros mencionados en el apartado anterior.

Sin embargo, de manera reciente se ha propuesto un nuevo modelo basado en la justicia restaurativa para la aplicación de estos métodos. Estos buscan cambiar el enfoque de tratamiento de las víctimas y de su atención. Su principal exponente, Howard Zehr (2007) señala:

El argumento es muy sencillo: no podremos servir a la justicia mientras nos sigamos fijando exclusivamente en las preguntas que guían nuestro actual sistema de justicia: ¿Qué leyes se violaron? ¿Quién lo hizo? ¿Qué castigo merece? En cambio, la verdadera justicia requiere que preguntemos: ¿Quién ha sido dañado? ¿Qué necesita? ¿Quién tiene la obligación y la responsabilidad de responder a estas necesidades? ¿Quiénes son las partes interesadas en esta situación? ¿Qué proceso puede involucrar a todas las partes en la búsqueda de una solución? La justicia restaurativa requiere que cambiemos no sólo los lentes por los cuales miramos el delito, sino también nuestras preguntas. (pp. 76-77)

El análisis de este nuevo paradigma es relevante para replantearnos la pertinencia del uso de los MASC's como una alternativa en el combate a la violencia de género, enfocando la atención en sus causas y consecuencias.

Si bien, existen diversas prácticas de justicia restaurativa, quisiera destacar las características de la mediación víctima-ofensor que considero,

puede ser relevante para evaluar su pertinencia en la atención de casos de violencia de género. En este sentido algunos de los argumentos sobre las críticas ya mencionadas son los siguientes:

- I. Bajo el enfoque de justicia restaurativa, en una mediación víctima-ofensor participan tanto la persona víctima como el agresor de manera voluntaria buscando construir un acuerdo para reparar el daño ocasionado con la ayuda de una persona facilitadora certificada en la materia.

La mediación víctima-ofensor requiere la voluntad de las partes de participar en el procedimiento. De existir sospecha sobre algún vicio en la voluntad en cualquier etapa del procedimiento, la persona facilitadora debe suspenderlo ya que no se trata de una mera formalidad, sino de garantizar un verdadero acuerdo de voluntades. Por ejemplo, en el caso en el que existan elementos para suponer que la víctima ha sido presionada o que el procedimiento pueda afectarla, esta vía ya no debe continuar.

O si identifica que el agresor participa en el procedimiento como una estrategia para evitar otras instancias (como la punitiva).

- II. La persona facilitadora debe favorecer un equilibrio entre las partes, mediante el asesoramiento o empoderamiento de la persona víctima (en caso de que se requiera). Como señala De la Fuente (2014):

En la mediación, el mediador es neutral e imparcial, los facilitadores de la Justicia Restaurativa tienen una tarea que según Dave Gustafson es una “parcialidad equilibrada”. Los facilitadores de la Justicia Restaurativa no pueden ser neutrales o imparciales con respecto al daño que se ha causado.

- III. Con el enfoque en justicia restaurativa, la mediación víctima-ofensor no requiere necesariamente que las partes se encuentren frente a frente para lograr un acuerdo. Existen otros métodos que la persona facilitadora pueden implementar para reducir el riesgo de revictimización.

Si la persona en situación de víctima lo solicita o la persona facilitadora lo recomienda, el procedimiento puede llevarse a cabo de manera “puenteada” e inclusive como señala Larrauri (2007, como se citó en Daly, 2002:77; Curtis-Fawley/Daly, 2005:624) la víctima “no está obligada a participar en el encuentro pudiendo ser sustituida por personas cercanas a ella o de grupos de apoyo.” (pp.129)

IV. Respecto de la informalidad de los procedimientos, si bien, la mediación víctima-ofensor no requiere de la formalidad que caracterizan a los procedimientos penales, lo cierto es que sí cuenta con etapas, se basa en principios y tiene objetivos claros.

Por otro lado, al lograr una conciencia del infractor sobre el daño causado, esta propicia la no repetición. También es destacable el rol protagónico de la víctima para la construcción de la solución al conflicto. Lo anterior es de suma importancia escuchando a las víctimas de violencia de género quienes señalan principalmente este deseo.

En este sentido, nos dice Domingo (2011) que:

Las practicas restaurativas, como la mediación y otras no son blandas con los infractores... busca que los infractores se responsabilicen de sus conductas. Esto es importantísimo, en el sentido de que sólo si asumen...que han dañado a una persona, pueden llegar a comprender hasta qué punto su acción ha perjudicado a esa persona y a la sociedad en su conjunto. Segundo, porque si se logra que el infractor valore y reconozca al menos en parte todo esto, servirá para que no vuelva a cometer el mismo o similares hechos. (pp.4).

Por otro lado, se puede contar con mecanismos de seguimiento de los acuerdos y ante su incumplimiento poder llevar el asunto a otra instancia.

CONCLUSIONES

- La violencia de género contra las mujeres es un fenómeno global histórico, generalizado y sistemático que afecta a las mujeres y niñas en mayor o menor medida a lo largo de su vida.
- A partir de la creación de la Carta de San Francisco de 1945 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se comienza a desarrollar todo un *corpus iuris* internacional de protección de las mujeres a una vida libre de violencia que busca erradicar la misma a través de diversas acciones y políticas que le compete implementar principalmente a los Estados.
- Existe una prohibición de utilizar medios alternativos de solución de controversias para atender casos de violencia de género contra las mujeres, establecidas en distintas normas o interpretaciones que han hecho comités y mecanismos internacionales de expertas en la materia, las cuales están construidas sobre premisas endebles y argumentos incompletos.

- Existe poco conocimiento sobre los principios y alcances de la justicia restaurativa para atender casos de violencia de género contra las mujeres y en este sentido se considera erróneamente que todos los medios alternativos de solución de controversias son similares.
- Existen una serie de prácticas bajo la justicia restaurativa que tanto en la teoría como en la práctica pueden ser útiles para atender casos de violencia de género contra las mujeres, considerando las necesidades de las víctimas, particularmente aplicables al interior de las Instituciones de Educación Superior.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- COMITÉ CEDAW (1989). Recomendación General No. 12. Recomendaciones generales CEDAW (unog.ch)
- COMITÉ CEDAW (1992). Recomendación General No. 19 sobre la violencia contra la mujer. Recomendaciones generales CEDAW (unog.ch)
- COMITÉ CEDAW (2015). Recomendación General No. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia. Recomendaciones generales CEDAW (unog.ch)
- COMITÉ CEDAW (2017). Recomendación general No.35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general No. 19. Recomendaciones generales CEDAW (unog.ch)
- CENTRO de Investigaciones Sociológicas (2019). *Macroencuesta de violencia contra la mujer*.
- DE la fuente, V. (2011). Justicia Restaurativa y violencia doméstica: posibilidad, error o acierto. *Revista Criminología y Justicia Online*, pp. 1–18. <http://cj-worldnews.com/spain/index.php/en/derecho-31/justicia/item/1756-justicia-restaurativa-y-violencia-de-género-posibilidad-error-o-acierto>
- DE la fuente, V. (2014). *Diferencias entre mediación y justicia restaurativa*. <https://www.lajusticiarestaurativa.com/diferencias-entre-mediacion-y-justicia>
- ECOSOC (1946). Resolución 11 (II) del ECOSOC adoptada el 21 de junio de 1946 que crea la Comisión de la Condición Jurídica de la mujer.

- EDITORIAL (1948). The “Universal” Declaration of Human Rights. *Philosophy*, 92(3), pp. 331–332. <https://doi.org/10.1017/S0031819117000274>
- ENDIREH (2017). Encuesta Nacional sobre dinámica de las Relaciones en los Hogares. Principales Resultados 2016. *Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI)*, 52. http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/proyectos/enchogares/especiales/endireh/2016/doc/endireh2016_presentacion_ejecutiva.pdf
- LARRAURI, E. (2007). Justicia Restauradora y violencia doméstica. *Universidad Del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea*, 8, pp. 119 a 136. <https://silo.tips/download/justicia-restauradora-y-violencia-domestica>
- RAMIREZ, N.. (2020). Una oportunidad para reafirmar y consolidar los avances en el campo de los derechos humanos de las mujeres, de la niñez y el derecho al cuidado en F. Martínez *et al.* (Coord.), *Voces por la Universalización de los Derechos Humanos a 70 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- MCCOLD, P. (2016). La historia reciente de la justicia restaurativa. Mediación, círculos y conferencias. *Delito y Sociedad*. <https://doi.org/10.14409/dys.v2i36.5529>
- MECANISMO de Seguimiento de la Convención de Belém Do Pará (2012). *Segundo Informe Hemisférico sobre la implementación de la Convención de Belém do Pará*.
- CONVENCIÓN sobre todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Asamblea general A/RES/34/180 (1979). <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>
- COMISIÓN de Derechos Humanos ONU. (1994). Resolución 1994/45 que crea la Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias.
- ONU. (1995). Declaración y Plataforma de Acción de Beijing Declaración política y documentos resultados de Beijing +5. *La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*. <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfAS.pdf%0A>
- RAMÍREZ, G. (2015). La declaración de derechos de la mujer de Olympe de Gouges 1791: ¿Una declaración de segunda clase? *Cátedra UNESCO*. http://catedraunescohdh.unam.mx/catedra/CONACYT/18_Clinicas_Gdl/Clinicas2/Contenidos/14.RamirezG.OlympeGouges/14.CuadernoGR_DIDH2012.pdf

- CAROLYN, I. y Brautigam, C. (2019). A Short History of the Commission on the Status of Women. *A Short History of the Commission on the Status of Women*. <https://doi.org/10.18356/2cd5f227-en>
- WHO. (2013). *Global and regional estimates of violence against women: prevalence and health effects of intimate partner violence and non-partner sexual violence*.
- ZEHR, H. (2007). El pequeño libro de la Justicia Restaurativa. *Good Books*, 3(23). <https://doi.org/10.32870/lv.v3i23.833>

LA TUTELA PENAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

MARÍA LORENA ARROBO FERNÁNDEZ
Universidad de Salamanca

Director: Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Resumen: En el presente trabajo se aborda la tutela penal de la LO 1/2004, donde se adopta un concepto restringido de “violencia de género”, pues sólo tutela a la mujer que tenga o haya tenido una pareja o expareja, reduciendo este problema de grandes magnitudes al ámbito doméstico. Por otro lado, se resaltan las debilidades de la actual política criminal de tolerancia cero y posteriormente se anotan posibles soluciones que pudieran dar una mejor respuesta a las víctimas. Finalmente, se exponen algunas conclusiones.

Palabras clave: Violencia de género, política criminal, género.

INTRODUCCIÓN

La violencia de género es un problema que vulnera los derechos y libertades fundamentales de las mujeres en todo el mundo. España no se libra de esta lacra social, las estadísticas son desalentadoras y la evidencia de una sociedad patriarcal y machista.

Ante esta problemática el legislador ha dado sucesivas respuestas a través de contantes reformas al Código Penal (en adelante CP), adoptando una política de tolerancia cero contra la violencia de género. Sin embargo, las reformas se han centrado en la violencia leve (violencia ocasional, lesiones, coacciones y amenazas), dejando a un lado la violencia grave (homicidio, violencia habitual) que es la más invisibilizada y que nunca se llega a denunciar.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LO 1/2004), ha adoptado un concepto restringido de “violencia de género” que tutela a la mujer que tenga o haya tenido una pareja, reduciendo este problema al ámbito doméstico (mujer-pareja), un ámbito demasiado acotado, pues este tipo de violencia es ejercida en contra de la mujer por el mero hecho

de serlo y se puede producir en diferentes espacios como: el laboral (acoso), social (agresiones sexuales) y familiar (violencia doméstica).

Por otro lado, es evidente la adopción de una política criminal mayormente represiva, que ha encontrado la solución a este problema de grandes magnitudes en el Derecho penal, como si fuera una caja mágica que desaparece los problemas sociales estructurales.

Por lo anotado, en el presente trabajo se realiza un estudio jurídico y doctrinario sobre la tutela de la violencia de género en el ordenamiento jurídico español y la política criminal adoptada en la materia.

DESARROLLO

El concepto de violencia de género

La violencia que sufren las mujeres por el hecho de ser mujeres no es nada nuevo, pues la historia de discriminación y desigualdad, es la historia de las mujeres. Sin embargo, la denominación “violencia de género” sí es relativamente nueva y se generalizó a partir de los años 90. Hay que destacar que el “género” y “proviene de ámbitos extrajurídicos: psicología, sociología, politología, antropología, teorías feministas, este término debe ser asumido por el Derecho y “traducido” por la dogmática” como lo resalta Añón Roig (2012, p. 32).

El concepto de “violencia de género” ha tenido una importante construcción y evolución, siendo el primer antecedente internacional la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, en donde se determinó que “la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” (CEDAW, 1979. Art. 1). Esta Convención es considerada el documento más amplio e importante a nivel internacional y fue la base que sirvió para la construcción del actual concepto de “violencia de género”, que lleva implícita la discriminación hacia la mujer.

El segundo antecedente fue la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belém do Pará de 1994, que fue de gran importancia para los países que conforman la Organización de Estados Americanos, OEA,

donde se señala que “debe entenderse por “violencia contra la mujer” cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” (Convención Belém do Pará, 1994, Art. 1).

El tercer antecedente fue la IV Conferencia Mundial de Mujeres de Pekín, auspiciada por las Naciones Unidas, ONU, en 1995, donde se manifiesta que “la expresión “violencia contra la mujer” se refiere a todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada” (IV Conferencia de Pekín, 1995, D. La violencia contra la mujer. 113). Esta definición fue mundialmente aceptada y es considerada la hoja de ruta para alcanzar la igualdad de género.

En el ámbito de la Unión Europea, tuvo trascendental importancia la Resolución del Parlamento Europeo sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres de 1997, que “considera que la violencia por razones de sexo no sólo refleja el desequilibrio en las relaciones de poder que existe en nuestra sociedad, sino que también supone un obstáculo enorme a los esfuerzos que se están realizando para superar las desigualdades entre hombres y mujeres”. (Resolución del Parlamento Europeo sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres. Diario Oficial No. C 304, 06/10/1997, p. 0055). Dos años después, en 1999, se lo declara como el “Año Europeo contra la Violencia hacia las Mujeres” que trae consigo una campaña en los 15 países miembros de la Unión Europea con el objetivo de modificar las actitudes en la sociedad de manera que se produzca un grado cero de tolerancia de la violencia contra las mujeres a nivel individual, colectivo e institucional.

Así también, el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica o Convenio de Estambul de 2011, reconoce la naturaleza estructural de la violencia basada en el género y en el Art. 3 establece importantes definiciones, como: “violencia contra las mujeres” que se deberá entender como “una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada” (Convenio de Estambul, 2011, Art. 3, literal a); por “violencia doméstica” se entenderán “todos los actos

de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima” (literal b); por “género” se entenderán “los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres” (literal c); y, por “violencia contra las mujeres por razones de género” se entenderá “toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada” (literal d).

Con los antecedentes anotados se pone en manifiesto que la violencia de género lleva implícita una concepción de la mujer como ser inferior al hombre, por lo tanto, supeditada y subordinada al mismo. Además, se resalta que este tipo de violencia tiene a su favor el hecho de basarse en factores de carácter cultural y no puramente biológicos, como bien lo expresa Fernández Santiago (2014, p.127).

Sin embargo, cabe destacar que actualmente no existe un concepto unificado a nivel internacional, pues se utiliza diferente terminología para señalar este problema social, como: “discriminación contra la mujer”, “violencia contra la mujer”, “violencia por razones de sexo”; y, “violencia de género”, lo que trae problemas a la hora de identificarla y plasmarla estadísticamente. Siguiendo a Ventura Franch (2016) “la falta de un concepto común impide que algunas violencias contra las mujeres se computen, al no estar incluidas en los parámetros que ahora se utiliza, debido a su dispersión terminológica y conceptual” (p. 182).

En España, la LO 1/2004 tiene como objetivo actuar contra este tipo de violencia y señala que esta denominación conlleva “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”. (Art. 1.1).

De acuerdo al contenido de la mencionada ley, la violencia de género se reduce al ámbito de lo privado y vincula a la mujer con su pareja, expareja o al ámbito familiar. Además, que “no se contemplan todas las situaciones de violencia contra la mujer, pues solo hace referencia a la violencia derivada de situaciones de convivencia más o menos estables, y no a las agresiones a mujeres producidas por el mero hecho de serlo

(violaciones, acoso sexual, acoso laboral, etc.)”. (Sanz Mulas y Rey Navas, 2018, p. 160).

Lamentablemente se “ha centrado la tutela en base a la relación que tiene el agresor con la agredida (esposa o compañera), cuando tan víctimas de violencia de género son las agredidas en casa como las que lo son en el trabajo o en la calle; y tanto si las agrede su pareja, como si es otro familiar, o el jefe o jefa o un desconocido o desconocida”, como lo recuerda Sanz Mulas (2019, p. 140).

Como se observa, en la LO 1/2004 se maneja un “concepto restringido de violencia de género, que se condiciona a la existencia de una relación sentimental presente o pasada con el agresor” como lo destaca Marín de Espinosa Ceballos (2017, p. 102), por tal motivo, sólo se protege a la mujer-pareja y se excluye de la tutela a otras mujeres (hijas, hermanas, madres).

Desde la doctrina también existen varias posturas, no obstante, desde este sector se ha desarrollado un concepto más amplio de “violencia de género”, reconociendo que este es un problema cultural y estructural que no es exclusivo del ámbito privado (el hogar, la pareja, lo doméstico), sino que también se extiende al ámbito público (el trabajo, la escuela, la calle, etc.). En consecuencia, se reconoce a la violencia de género como una violencia específica que va dirigida a la mujer por el solo hecho de serlo y lleva implícita la situación de discriminación de la mujer, por lo tanto, este tipo de violencia constituye una flagrante vulneración de los derechos humanos y libertades fundamentales de las víctimas,

Así pues, para Laurenzo Copello (2005), la violencia de género “existe como fenómeno social, es decir, como un tipo específico de violencia vinculado de modo directo al sexo de la víctima –al hecho de ser mujer– y cuya explicación se encuentra en el reparto inequitativo de roles sociales, en pautas culturales muy asentadas que favorecen las relaciones de posesión y dominio del varón hacia la mujer” (p. 08:5).

De su parte, Maqueda Abreu (2006), resalta que se trata de un problema de carácter estructural, además, añade que “no es la diferencia entre sexos la razón del antagonismo, que no nos hallamos ante una forma de violencia individual que se ejerce en el ámbito familiar o de pareja por quien ostenta una posición de superioridad física (hombre) sobre el sexo más débil (mujer), sino que es consecuencia de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal” (p. 02:2).

Para Acale Sánchez (2006), la violencia contra la mujer por razón de género “es una expresión con la que se hace referencia a aquella clase de violencia en la que la mujer es sometida a tales actos, por su propia condición de mujer y por el papel que tradicionalmente se le ha otorgado socialmente” (p. 74), es decir, se insiste que la mujer ocupa un lugar secundario en la sociedad, pues se refleja sumisión o subordinación de la mujer hacia el hombre.

Sin embargo, como se ha podido observar, existe una confusión entre términos como “violencia doméstica”, “violencia intrafamiliar”, “violencia contra la mujer”, “violencia de género”, y se utiliza las diferentes denominaciones no solo en los tratados internacionales y leyes nacionales, sino también desde la doctrina, lo que genera confusión para determinarla y distinguirla.

Por todo lo anotado, considero necesario unificar la denominación a “violencia de género”; y, que esta haga referencia a la violencia sufrida por el mero hecho de ser mujer, que se puede producirse en el ámbito público como en el privado, de esta manera se ampliaría la tutela a todas las mujeres y no se las condicionaría a que estuviesen en una relación de pareja con su agresor, además, se daría cabida a la violencia ejercida en otros espacios diferentes al familiar, como son los casos de los ámbitos profesionales, educativos, política, etc.

Violencia de género y política criminal

Para empezar con el análisis, debo manifestar que el CP español entra en vigencia por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre y ha tenido 32 reformas, lo que evidencia que se ha adoptado una política criminal en constante cambio, poco clara e indefinida.

En consecuencia, en materia de violencia de género se adoptado una política criminal mayormente represiva, que ha encontrado la solución a este problema de grandes magnitudes en el Derecho penal, como si fuera una caja mágica que desaparece los problemas, dando como resultado una respuesta meramente simbólica. Las reformas al CP relacionadas con la violencia de género son las que a continuación detallo:

2.1. LEY ORGÁNICA 11/2003, DE 29 DE SEPTIEMBRE, DE MEDIDAS CONCRETAS EN MATERIA DE SEGURIDAD CIUDADANA, VIOLENCIA DOMÉSTICA E INTEGRACIÓN SOCIAL DE EXTRANJEROS

Donde se registra una reforma del delito de violencia habitual del Art. 173.2 e incrementa los sujetos pasivos; además se introduce el delito de

violencia ocasional en el Art. 153 que ha suscitado numerosas críticas por exceder las cuotas de proporcionalidad, pues se considera que se tipifica como delito comportamientos que no tienen entidad suficiente para serlo. (SANZ MULAS, 2017, p. 145), por otro lado, no queda claro cuál es el bien jurídico protegido, pues tutela conductas de lo más diverso como: el maltrato sin lesión, menoscabo psíquico, lesión y amenazas leves. (SANZ MULAS, 2017, p. 145).

2.2. LEY ORGÁNICA 15/2003, DE 25 DE NOVIEMBRE

Que impone en todo caso la prohibición de aproximarse a la víctima y familiares, lo que refleja que el Estado está tomando un rol paternalista, pues es él quien decide sobre la relación de la víctima y su agresor, sin tomar en cuenta su voluntad.

2.3. LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Fue la reforma más importante efectuada en materia de violencia de género. La LO 1/2004 fue una ley integral pionera para su época, donde se adoptaba por primera vez un concepto de violencia de género y se tipificaban los llamados delitos género específicos que tutelan exclusivamente a la mujer.

La LO 1/2004 comprende por violencia de género, todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad y se establece una agravante específica en razón del género. Se registra una diferencia punitiva que eleva la pena en los casos considerados violencia de género, así pues, “ante las mismas conductas, se prevé una mayor pena cuando el autor es hombre y la víctima es una mujer, con la que tiene o ha tenido alguna relación afectiva” (Sanz Mulas, 2017, p. 146).

En la exposición de motivos de la LO 1/2004, se reconoce que la violencia de género no es un problema que afecte sólo al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión. Sin embargo, como lo señala Gorjón Barranco (2016) “en esta ley, cuya pretensión es la de una regulación integral como así lo indica su enunciado, el paquete de medidas que recoge simplemente abar-

ca la violencia en contra de la mujer cuando ésta se comete en el ámbito familiar” (p. 77).

Por último, el Art. 44.5 veda la posibilidad de mediación en los supuestos de violencia de género. Prohibición mediante el cual se deja sin posibilidad alguna de que las víctimas puedan acudir a métodos alternativos de solución de conflictos, dejando estos temas para que se resuelvan por la tradicional vía penal.

2.4. LEY ORGÁNICA 1/15, DE 30 DE MARZO

Lleva a cabo algunas modificaciones para reforzar la protección especial para las víctimas de violencia de género y doméstica. Con esta reforma desaparece el Libro III del CP, relativo a las faltas que se elevan a la categoría de delitos, se incorpora una agravante genérica el “cometer el delito por razones de género” como motivo de discriminación del Art. 22.4, se amplía el ámbito de la medida de libertad vigilada que se podrá imponer en los delitos de malos tratos y lesiones. Como novedad se considera “quebrantamiento de condena” el inutilizar o perturbar el normal funcionamiento de los dispositivos técnicos o telemáticos de control de penas o medidas, finalmente esta reforma tipifica por primera vez el delito de acoso o stalking en el Art. 172 ter.

Resumiendo, actualmente el CP tiene un extenso catálogo de delitos de violencia de género, las conductas tipificadas son: lesiones los Arts. 148.4 y 148.5, amenazas leves en el Art. 171.4, coacciones leves en el Art. 172.2, violencia habitual en el Art. 173.2; y, violencia ocasional en el Art. 153.1. Además, en el Art. 22.4 se establece una agravante específica por “razones de género”.

Parece que la política criminal actual confunde “prevención” con “penalización”, pues, aunque se habla mucho de políticas preventivas, el camino directo para la solución de la violencia de género ha sido el CP, acompañado de la elevación de la pena privativa de libertad, como si la cárcel fuera a solucionar este problema estructural y dar una respuesta oportuna a las víctimas.

Hay que recordar que una política criminal preventiva conforme a los postulados del Estado social y democrático de derecho, debe necesariamente atender a las raíces o causas del fenómeno criminal. La profesora Zúñiga Rodríguez (2001) señala que en una política criminal preventiva se pretende remover o evitar, las causas más próximas o más enraizadas del delito (p. 42), está prevención debe ser primaria, secundaria y terciaria.

Por otro lado, al hablar de la “sociedad de riesgo”, en violencia de género, parece que el riesgo más relevante es el hecho de ser mujer y se multiplica cuando se tiene una pareja, donde el miedo a ser la siguiente víctima ha llevado en este ámbito a unas políticas que lejos de empoderar a las mujeres perpetúan su estatus de incapaces, e infantilizan al género femenino. Gorjón Barranco (2016, p. 73). Esto es, las mujeres son consideradas personas “vulnerables” y el Estado ha adoptado una posición a mi criterio demasiado paternalista, pues con el fin de proteger a las mujeres acaba por anular su capacidad de decisión con base en lo que el Estado cree que les conviene (p. 72), pues es el Estado a través de diferentes medios quien ayuda a tomar la decisión a la víctima de alejarse de su agresor, sin valorar las circunstancias concretas en las que se suscitó la violencia.

Sin duda la lucha de grupos feministas ha sido trascendental para el reconocimiento de derechos de las mujeres, sin embargo, como lo resalta Gorjón Barranco (2016) “los colectivos de mujeres víctimas han favorecido el alumbramiento de una política de género, que ha tenido por objeto principal la criminalización de los agresores focalizando la atención en una cascada de reformas penales” (p. 70). Por lo que es necesaria hacer una valoración si en violencia de género ha existido una expansión razonable o irrazonable del Derecho penal. Silva Sánchez (2011).

Por todo lo anotado, es necesario coordinar las políticas y los planes de actuación que permitan “abordar la agresión a la mujer de manera global e integral. De lo contrario, aunque vayamos avanzando, siempre quedarán flecos que terminarán enredándose entre las piernas para volver a hacernos caer” como lo subraya Lorente Acosta (2001, p. 205), siendo indispensable que la legislación empodere a la mujer y dé herramientas para alcanzar la igualdad y autonomía.

Debilidades de la política criminal adoptada

La actual política criminal adoptada en materia de violencia de género muestra algunas debilidades como las que a continuación se detallan:

- a) Si bien el Derecho penal es de “ultima ratio” y protege los bienes jurídicos más importantes ante los ataques más graves, parece que en violencia de género se ha convertido en “prima ratio”.
- b) Además de contar con un amplio catálogo de delitos, se elevan las penas cuando el sujeto activo es hombre y el sujeto pasivo mujer, las faltas en lugar de desaparecer se han elevado a la categoría de delitos.
- c) El legislador encuentra toda solución en el uso exclusivo del derecho penal, olvidado otros medios de control social menos agresivos forma-

les o informales y que pudieran dar mejor respuesta a este problema social estructural.

- d) Sin duda alguna el movimiento feminista ha conseguido grandes conquistas en lo referente al reconocimiento de derechos de las mujeres, pero, por otro lado “el feminismo tradicional ha dado primacía a las intervenciones penales frente a otro tipo de intervenciones sociales. (Díez Ripollés, 2007, p. 99).
- e) El aumento de las penas en nada a desmotivado a los agresores machistas que consideran a sus víctimas como un objeto de su propiedad, totalmente carentes de derechos.
- f) Como lo manifiesta Sanz Mulas (2017) el efecto de la penalización puede ser la prevención a corto plazo, esto es, puede pacificarse la conciencia colectiva ante dichos delitos, pero es dudoso que se consiga prevenir estas conductas sin una adecuada política que atienda las causas de esta criminalidad. (p. 147). Es necesario evaluar la eficacia de los medios empleados y analizar otros que pudieran dar mejores resultados.
- g) Las diversas reformas en el ámbito penal que regulan la violencia de género han traído consigo numerosas críticas, como por ejemplo el trato diferenciado, lo que conlleva un “tratamiento más severo que se prevé en caso de que el agresor se un hombre y la víctima sea una mujer”. I Saborit (2015, p. 70). Sin embargo, el Tribunal Constitucional (Sentencia 59/2008, 14 mayo de 2008) ha confirmado su constitucionalidad “por entender que la violencia contra la mujer en el ámbito de la pareja denota una lesividad superior a la de otras formas de agresión puesto que, junto a la afectación a la integridad física y la seguridad de la víctima, se reproduce un modelo de conducta de discriminación y sometimiento de la mujer al varón”.
- h) Se ha admitido “la validez constitucional de medidas de acción positiva y de discriminación inversa en relación con grupos sociales desfavorecidos como pueden ser los discapacitados o la mujer”. García García-Cervigón (2014, p. 76). Pero, vale cuestionarse si el Derecho penal es el medio idóneo para realizar la discriminación positiva?. Al respecto Sanz Mulas (2017) sostiene que “el Derecho penal no es el ámbito más apropiado para hablar de discriminación positiva, cuyo espacio natural son aquellos sectores del ordenamiento jurídico (como el Derecho administrativo o el Derecho laboral) encargados de mejorar la vida de grupos desfavorecidos, equilibrándolos con los que por

cualquier razón aparecen como favorecidos; una función completamente ajena al derecho punitivo” (p. 151).

- i) La diferenciación punitiva frente a un mismo hecho, que eleva el límite inferior de la pena cuando el sujeto activo es hombre y el sujeto pasivo mujer, no tiene el carácter de acción positiva. Además, “desde el respeto a los principios de culpabilidad y de responsabilidad por el hecho, no se puede hacer responder a una persona para reparar injusticias pasadas o para ejemplarizar” Corcoy Bidasolo (2015, p. 217), por lo que es necesario analizar cada caso concreto, para no dar paso al derecho de autor.

POSIBLES SOLUCIONES

La política criminal adoptada en materia de violencia de género no resuelve en nada la violencia estructural, por este motivo es necesario pensar en otras alternativas como:

- a) Es necesario que se adopten políticas públicas y programas sociales para afrontar este problema, dando una respuesta integral y global que no se centre en criminalizar conductas de poca entidad, sino que corte las raíces donde se engendra la violencia de género y atienda los casos más graves que nunca llegan a denunciarse.
- b) La educación es sin duda la primera herramienta con la que se debe dotar a la mujer y con la cual cuenta la sociedad en conjunto para desenraizar este problema. La mujer debe tener igualdad oportunidades para estudiar, investigar y profesionalizarse. Pero también los agresores deben ser reeducados en igualdad, haciendo énfasis en el enfoque de género. La sociedad en general desde los primeros años de enseñanza debe recibir una educación en valores donde se fomente la igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres, evitando los estereotipos.
- c) En el campo laboral, es urgente que la mujer pueda acceder a puestos de dirección o ejecutivos y que tenga igual remuneración que los hombres por el mismo trabajo, de tal manera que desaparezca la brecha salarial. La sociedad exige mayor presencia de las mujeres en la política, la cultura, la ciencia, la economía, la tecnología, etc.
- d) Es necesario dotar a la mujer de otras alternativas al tradicional conflicto penal atendiendo a los principios de última ratio, mínima intervención y oportunidad. En este sentido, creo que el legislador debe considerar la mediación penal como un método alternativo de solución de conflictos.

CONCLUSIONES

Con el análisis sobre el concepto de violencia de género y la política criminal adoptada en la materia, puedo llegar a las siguientes conclusiones:

- a) Es necesario que se amplíe el concepto de violencia de género adoptado por la LO 1/2004, pues el actual concepto no tutela a todas las mujeres y reduce esta problemática al ámbito de la pajera. Debe realizarse una reforma conforme a los lineamientos del Convenio de Estambul.
- b) El Derecho penal ha dejado de ser utilizado como la “última ratio”, y sin duda alguna es la opción “prima ratio” y predilecta del legislador para abordar problemas sociales estructurales, dando como resultado su claro expansionismo.
- c) El Derecho penal no es la vía más idónea para dar respuesta a las víctimas de violencia de género, lo único que se ha logrado con la política criminal adoptada es que el CP se engrose más y se convierta en un claro ejemplo de derecho penal simbólico.
- d) La consideración de la mujer como siempre “vulnerable”, deslegitima procedimientos alternativos a la solución de conflictos como la mediación, además que infantilizan la figura de la mujer, le quitan su autonomía y no la reconocen como portadora de sus propios derechos.
- e) Los tipos penales de violencia de género no cumplen su función de prevención general negativa, pues no llevan el mensaje a los agresores machistas de que se abstengan de maltratar a sus parejas o exparejas por miedo a la pena. Al contrario, en muchos de los casos han presumido se sus delitos pues creen que las mujeres han sido merecedoras de un castigo por no cumplir con sus roles de género.
- f) Las penas privativas de libertad impuestas a los agresores no cumplen la función de resocialización (prevención especial positiva), se cae en la ironía de pretender resocializar en la cárcel.
- g) La víctima de violencia de género, por paradójico que suene, es la gran olvidada, pues, aunque todas estas medidas penales se emplean para “protección de la mujer vulnerable”, en nada la reparan y no es garantía de que la violencia se termine.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- IV Conferencia Mundial de Mujeres de Pekín [IV Conferencia de Pekín]. 1995.

- AÑÓN, M. (2012). Violencia de género: un concepto jurídico intrincado en E. Martínez (Dir.) y J. Vegas (Coord.), *La prevención y erradicación de la violencia de género. Un estudio multidisciplinario y forense* (pp. 31-53). Aranzadi, S.A.
- ACALE, M. (2006). *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código penal*. Editorial REUS S.A.
- CONVENCIÓN sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer [CEDAW]. 1979.
- CONVENCIÓN Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, [Convención de Belém do Pará]. 1994.
- CONVENIO del Consejo de Europa sobre la Prevención y Lucha contra la Violencia sobre la Mujer y Violencia Doméstica. [Convenio de Estambul]. Estambul. 11 de mayo de 2011, ratificado por España el 10 de abril de 2014.
- CORCOY Bidasolo, M. (2015). *Manual de derecho penal parte especial* (Tomo I). Tirant lo Blanch.
- DÍEZ, J. (2007). *La política criminal en la encrucijada*. B de F.
- FERNÁNDEZ, P. (2014). *Violencia de género e igualdad. aspectos jurídicos y sociológicos*. Editorial Universitas S.A.
- GARCÍA, J. (2014). Cuestiones generales sobre igualdad, violencia y violencia de género en política criminal en S. Fernández, *Violencia de género e igualdad. Aspectos jurídicos y sociológicos* (pp. 73-100). Editorial Universitas. S.A.
- GORJÓN, M. (2016). Feminismo, seguridad y política criminal de género. *Revista Penal México*, (10), pp. 67-81.
- I Saborit, D. (2015). Las lesiones en S. Sánchez (Dir.) y R. I Vallés (Coord.), *Lecciones de derecho penal parte especial. Cuarta Edición adaptada a la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal* (pp. 61-77). Atelier.
- LAURENZO, P. (2005). La violencia de género en la ley integral, valoración político-criminal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (07-08), pp. 1-23.
- LEY Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. [LO 1/2004].
- LORENTE, M. (2001). *Mi marido me pega lo normal. Agresión a la mujer: realidades y mitos*. Ares y Mares.
- MAQUEDA, M. (2006). La Violencia de Género: entre el Concepto Jurídico y la Realidad Social. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (8), pp.1-13.

- MARÍN de Espinosa, E. (2017). El marco normativo de la violencia de género: Un estudio de derecho comparado acerca de las leyes de segunda generación y de la ley integral española. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (17), pp. 93-126.
- RESOLUCIÓN del Parlamento Europeo sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres. Diario Oficial No. C 304. 06/10/1997. p. 55.
- SANZ, N. y Rey, F. (2018). *Política criminal: presente y futuro. Comentario para Colombia*. Grupo Editorial Ibáñez.
- SANZ, N. (2019). *Violencia de género y Pacto de Estado. La huida hacia delante de una norma agotada*. Tirant lo blanch.
- SANZ, N. (2017). *Política criminal*. Ratio Legis.
- SILVA, J. (2011). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. EDISOFER S.L.
- TRIBUNAL Constitucional, Pleno, Sentencia 59/2008, 14 mayo de 2008.
- VENTURA, A. (2016). El convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género. El cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría jurídica. *Revista de Derecho Político*, 97, pp. 179-208.
- ZÚÑIGA, L. (2001). *Política criminal*. Editorial COLEX.

EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS. UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y PROPUESTA DE GARANTÍA JURÍDICA DESDE EL ESTUDIO DE CASOS EN MÉXICO

CLAUDIA ELISA MARTÍNEZ CASTILLO
Universidad Juárez del Estado de Durango

Comité Tutorial: Dr. César Miguel González Piña Nevárez, Dr. Miguel Ángel Rodríguez Vázquez, Dr. Jesús de la Cruz Pacheco Rojas.

Resumen: La visión de sujeto de derechos de las niñas y los niños implica una tutela especial que parte del interés superior de la niñez, especialmente en aquellos casos que se presente una incongruencia sexo-genérica derivada de la búsqueda del reconocimiento de la identidad de género auto percibida. Sin embargo, en México la identidad de género no se reconoce como un derecho general para ese grupo etario, pues existen legislaciones contrarias que plantean procedimientos jurisdiccionales y administrativos para el mismo caso y, sobre todo, evitan considerar a los menores de dieciocho años, lo cual, ha provocado una discriminación indirecta, violencia por cuestiones de género, victimización y re victimización.

El presente proyecto es una investigación explicativo-exploratoria a partir del estudio de casos que incluyen: un asunto exitoso desde la falta de normativa a partir de un litigio estratégico; otro más positivo que también ha requerido de esta última figura desde un procedimiento administrativo en su ejecución y un caso no exitoso que marcó el inicio del reconocimiento a la identidad de género. Todo ello para demostrar la existencia de la identidad de género en las niñas y los niños, la cual se construye desde la autonomía progresiva de la voluntad y la autodeterminación, teniendo como eje rector interés superior de la niñez. Por lo que, en los casos que se presente una incongruencia de género -con base estos derechos humanos- el Estado tendrá la obligación de garantizarlo desde una visión tripartita: la psicológica, la biológica y la social.

Lo anterior con la finalidad de realizar una propuesta de sistematización de parámetros jurídicos, con los cuales las niñas y niños en México puedan, en su caso, de manera simple adecuar su identidad de género a la auto percibida de forma efectiva.

Palabras clave: género, identidad de género, garantía jurídica, incongruencia de género.

NOCIONES BÁSICAS DE GÉNERO Y SEXO

La conceptualización y sistematización del género y el sexo debe realizarse desde una perspectiva feminista a fin de entender el contexto bajo el cual han evolucionado, construyéndose y deconstruyéndose a la par de la reivindicación de la mujer y los grupos LGBTTTTIQ+¹. Asimismo, los casos que involucran menores de edad, se colocan bajo la lupa del interés superior de la niñez y una perspectiva de derechos humanos rigurosa, especialmente en aquellos casos que abordan el sexo y género de las niñas y los niños.

El género y el sexo son características intrínsecas de la mujer y el hombre cuyos estudios se remontan a la Ilustración con la llegada de la ideología igualitaria y racionalista, especialmente bajo las condiciones laborales de la Revolución Industrial. Para 1791, la francesa Olympe de Gouges -al publicar su obra *La Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana*- realizaba una construcción de la cultura del feminismo en donde analizaba las estructuras fuera de las visiones androcentistas de la época, aunque fundada en una idea de atributos como: el sexo superior en belleza, el coraje y los sufrimientos maternos (Ramírez, 2015); los cuales corresponden a una construcción cultural y social de las funciones, comportamientos o atributos de la mujer que toman como derechos fundamentales la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. De ahí que los primeros estudios de género y las aportaciones para la definición del concepto de identidad se desarrollaran bajo las supuestas características innatas de la persona, asignándole un valor *per se*.

Uno de los estudios más significativos sobre aspectos sexogenéricos se desarrolla en 1949 por Simone de Beauvoir. En su libro *El Segundo Sexo* plantea la pregunta central de ¿qué es una mujer? Aproximándose

1 Siglas que significan: lesbiana, gay, bisexual, transgénero, transexual, travesti, intersexual, queer y el signo “+” para incluir todos los colectivos que no se encuentren representados en los anteriores.

al concepto de género y afirmando que no se nace mujer: se llega a serlo (Beauvoir, ob.cit, p. 19). Asimismo, afirmaba que existía una distinción entre los sexos que incluía categorías socialmente construidas en donde el género era un parámetro construido entre la identidad y la condición biológica; en este sentido, las personas no solo se construyen de acuerdo a los aspectos biológicos, sino desde su realidad, que incluye aspectos psicológicos, sociológicos y aspiraciones, algo que Friedan denomina: la mística de la feminidad (Friedan, 2009).

Para 1955, John Money realiza un estudio de campo en menores de edad donde analiza los elementos atribuidos a las niñas y los niños a partir de colores relacionados con su sexo de nacimiento: el rosa y azul respectivamente. Colocándolos en la calle, Money documentaba las reacciones y respuestas de los transeúntes proponiendo el término de “papel del género” o *gender role* para describir el conjunto de conductas atribuidas (Aguilar, 2019). Para él, este conjunto de conductas atribuidas se adquiere de forma similar a las del lenguaje:

Como la identidad genérica se diferencia antes que el niño pueda hablar de ella, se suponía que era innata, pero no es así. Usted nació con algo que estaba preparado para ser más tarde su identidad de género. El circuito impreso ya estaba, pero la programación no estaba establecida, como en el caso del lenguaje. Su identidad de género no podía diferenciarse ni llegar a ser masculina o femenina sin estímulo social.

A pesar de las diversas aproximaciones para disociar conceptualmente el sexo y el género, es hasta 1968 cuando el norteamericano Robert Stoller en su libro *Sex and Gender* aborda el carácter socialmente construido de las nociones de la masculinidad y la feminidad; teoría que fue rápidamente aceptada al plantear la determinación de la identidad y el comportamiento desasociados del sexo biológico y construidos a partir de las experiencias, ritos, costumbres y atributos, así como de la asignación y adquisición de una identidad más allá de la carga genética, hormonal y biológica (Stoller, 1968). Stoller consideraba que el género recorría tres etapas: la asignación o rotulación del género que se produce al nacer, la identidad de género que se producía a los dos o tres años de edad y el rol de género que se desarrolla durante la interacción social.

Joan Scott teoriza el concepto de género en su artículo “El género, una categoría útil para el análisis histórico” partiendo de las relaciones de desigualdad entre hombres y mujeres, concluyendo (Scott, 1990):

- El género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en la diferencia que distingue los sexos, y
- El género es una forma primaria de relaciones significativas de poder.

Las premisas de Scott nos permiten identificar la relación entre sexo y género basadas en una interpretación resultado de producciones históricas y culturales, bajo un esquema de simbolización o productos culturales desarrollados con base en un sistema de referencias comunes. Por ello, cuando hablamos de identidad de género, partimos de simbologías comunes en contextos específicos que se modifican conforme al tiempo y espacio, pero -especialmente- conforme a las normativas del momento.

Jurídicamente, el género y sexo conforman un todo que adquiere reconocimiento y relevancia a partir del registro en la partida de nacimiento de la persona. Asociados aparentemente por naturaleza, el sexo asignado al nacer y la identidad de género a desarrollarse, deben coincidir o por lo menos, ser correlativos. Sin embargo, una nueva concepción establecida por la UNESCO (2018) establece que:

Género es el significado social que se otorga al hecho de ser mujer y hombre y que define los límites de lo que pueden y deben hacer la una y el otro, así como los roles, expectativas y derechos que deben tener. No es una condición basada en las diferencias biológicas sino una construcción socialmente aceptada que configura normas, costumbres y prácticas de diversa naturaleza.

Martha Lamas (2000) refiere que la nueva acepción de género es el conjunto de prácticas, creencias, representaciones y prescripciones sociales que surgen entre los integrantes de un grupo humano en función de una simbolización de la diferencia anatómica entre hombre y mujer. De ahí que el concepto moderno de género se producto en el imaginario colectivo como una serie de ideas pre concebidas de la sociales, en las cuales coexisten aspectos psicológicos, afectivos, etnoraciales y culturales.

Por otro lado, Judith Butler (1992) define al género como el resultado de un proceso mediante el cual las personas recibimos significados culturales respecto a lo femenino y masculino; en su obra *Gender Trouble. The Subversion of Identity*, Butler profundiza y reflexiona sobre la existencia de un sustrato natural: el sexo biológico, por un lado, y el género -por otro lado- como un proceso de socialización de lo normalizado de lo femenino y masculino. En este sentido, la idea de deshacer los cánones e ideas absolutas implica no solo romper con los roles impuestos, sino irrumpir con la subversión de la identidad para dar nacimiento a la identidad de género como una construcción psicológica-simbólica del sujeto que se genere de él mismo para él mismo y se exteriorice, aun siendo contraria a la asignada al nacer manifestándose la denominada incongruencia de género.

LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN NIÑAS Y NIÑOS DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

El sistema sexogenérico en México es predominantemente binario y -hasta antes de 2008- no reconocía la transexualidad ni el transgenerismo como supuestos que formaban parte de la identidad. Sin embargo, existen dos espacios en el territorio mexicano donde la diversidad de género es flexible, abierta, fluida y, sobre todo, socialmente reconocida; este es el caso del modelo Zapoteco del Istmo de Tehuantepec y del modelo Rarámuri:

- Modelo Zapoteco del Istmo de Tehuantepec (Miano, 2003). Este modelo reconoce la existencia de un tercer género: el muxe y la nguiu. Ambos poseen características de los dos sexos en una misma persona otorgándoles -según la tradición- el doble de fuerza, el doble de sentimientos y el doble de pensamientos. En esencia son medio hombre y medio mujer.
- Modelo Rarámuri (Acuña, 2020). Los indígenas rarámuri o tarahumara habitan la sierra del estado de Chihuahua, si bien es cierto su sistema se caracteriza por un dominio masculino (patriarcado), existe una flexibilidad en sus relaciones afectivo-sexuales; ello influye directamente en la conformación del hombre y su poder/dominio sobre la mujer bajo un sistema binario en género, pero fluido en sexualidad. Riosí, el dios de los rarámuri está compuesto por un elemento masculino llamado “onorúame” y un elemento femenino denominado “eyerúame”, esta dualidad se proyecta en su mundo sin perder de vista que la mujer será el complemento del hombre y viceversa. De ahí que las familias polígamas sean permitidas y que se acepte la fluidez de las relaciones sexuales en donde -en todo momento- deberán proyectarse los roles femenino y masculino siendo uno privado y el otro público.

La cronología del sistema sexogenérico mexicano inicia con el análisis de los comportamientos de la sociedad, las normas jurídicas que lo contenían, la participación en la vida pública y económica atendiendo al sexo, la violencia por cuestiones de género y la escala de valores asignada de acuerdo a los estereotipos de cada época. En el libro *Historia de las Mujeres en México* (NEHRM, 2020), historiadoras mexicanas trazaron la ruta que siguió la mujer en un contraste directo con el hombre a fin de entender nuestro presente y -sobre todo- el desarrollo de la identidad de género como parte de las libertades y reivindicación de la persona. Ello implica el reconocimiento de la diversidad como agente de cambio y la ruptura de

binomios cerrados que imponen y someten sin mayor flexibilidad que la atribuida socialmente.

A partir de los Principios de Yogyakarta, se generó una conceptualización universal de la identidad de género, misma que vino acompañada de recomendaciones para los Estados de los aceptaron, Instituciones, medios masivos de comunicación, organizaciones no gubernamentales y diversos actores a fin de promover la igualdad y no discriminación. Estos principios conciben a la identidad de género como:

La vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

La identidad es un conjunto articulado de rasgos específicos de un individuo o de un grupo que se construye a través de un sistema de símbolos y valores que cada cultura genera, siendo ésta: compuesta, dinámica y dialéctica (Mercado, 2010). La identidad de género es el proceso de auto-atribución de lo femenino o masculino en donde la persona, con independencia del que otros le hayan asignado, acepta y puede llegar a exteriorizar lo que mejor la represente (OC 24/17). A decir del propio Estado Mexicano, la identidad de género:

- Es independiente de la orientación sexual e incluye las formas en las que una persona se auto determina y presenta frente a los demás.
- Incluye la libertad de modificar la apariencia o la función corporal a través de roles sociales de género, técnicas médicas, quirúrgicas de otra índole.

Durante la vinculación entre sexo e identidad de género, se habla de aspectos no sólo biológicos sino psicológicos entre los que se han identificado hasta seis elementos respecto a la percepción que tiene el sujeto de sí mismo:

- a) El dato cromosómico;
- b) Los caracteres sexuales gonádicos condicionados por los cromosomas;
- c) Los caracteres hormonales;
- d) Los elementos genitales;
- e) Sexo fenotípico o caracteres sexuales secundarios;
- f) Sexo psicosexual;

g) Sexo social.

México ha reconocido la identidad de género en el artículo 4to Constitucional sin hacer una distinción entre mayores y menores de edad; lo que implica que a todas las personas -sin importar la edad- deba garantizárseles este derecho. Sin embargo -en la práctica- los casos de niñas y niños que presentan una incongruencia de género² suele asociarse con la aún denominada disforia de género y someterse a terapias psicológicas para tratarse como enfermedades mentales que, en algunos casos, llegan al sometimiento de terapias de conversión y violencia por cuestiones de género; imposiciones de roles y estereotipos que limitan el desarrollo de las niñas y los niños y que, en los casos más extremos, puede equipararse con la tortura.

Todas las niñas y niños poseen una identidad de género inherente a su propia naturaleza, misma que se desarrolla a la par de su crecimiento fisiológico y cognitivo de acuerdo a diversas etapas que atraviesa. Es por ello que se requiera una protección y cuidados especiales, lo que impacta directamente en la garantía de sus derechos, incluyendo aspectos del contexto en el que se desenvuelve, el entorno etnográfico y aspectos biopsicosociales a los que se expone. De ahí que el Estado tenga la obligación -con base en el interés superior de la niñez- de tener un cuidado especial, asumiendo una visión de las niñas y niños como sujetos de derechos activos, pero limitada por su propia madurez física y mental, la cual implica:

- Reconocimiento de su autonomía progresiva de la voluntad.
- El Derecho a ser oída y tomada en cuenta su opinión, y
- La protección integral tomando como base el interés superior de la niña o el niño.

El reconocimiento de la identidad de las niñas y los niños en México contempla:

- Nombre y apellido.
- Nacionalidad.
- Reconocimiento Jurídico de su existencia a partir de su registro.
- Filiación y origen.
- Pertenencia cultural.

2 Incongruencia de género (IG) se refiere a la variabilidad de género o discordancia de género a la situación en la que los comportamientos, la apariencia y la identidad de una persona no concuerdan con aquellos culturalmente asignados por su sexo de nacimiento.

- Relaciones familiares.
- Identidad sexual.
- Identidad de género.

El trato conforme a la identidad de género en las niñas y los niños obliga hoy en día a reconocer la existencia de las infancias con incongruencia de género y actuar, no solo desde la adopción de políticas públicas, sino desde un ámbito jurídico inclusivo. En diciembre de 2019, la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la Ciudad de México organizó el “Foro por el Reconocimiento de las Infancias Trans”; su objetivo principal era difundir el reconocimiento de niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos, entre ellos la autodeterminación y la autonomía progresiva de la voluntad. En el Foro, diversas organizaciones civiles subrayaron la importancia de visibilizar las infancias trans para erradicar toda clase de violencia y discriminación a partir de la creación de una Ley de Infancias Trans que permitiera el reconocimiento y la garantía de su derecho a través de un procedimiento administrativo, ya que en la actualidad se requiere de un juicio costoso, victimizante y estigmatizante. Sin embargo, la legislación se encuentra detenida a pesar de haberse aprobado por las comisiones de Procuración de Justicia e Igualdad de Género. El proyecto legislativo planteaba reformas al Código Civil y de Procedimientos Civiles del Distrito Federal a fin de garantizar el derecho de las personas menores de 18 años a determinar y expresar su identidad de género como se auto perciben, teniendo como únicos requisitos:

- Copia certificada del acta de nacimiento primigenia, a fin de realizar en ella la reserva correspondiente.
- Original y copia de identificación oficial de la madre, padre o tutor.
- Original y copia de comprobante de domicilio.
- Entrevista por autoridad a fin que el menor manifieste expresamente su voluntad y consentimiento libre e informado.

Hasta 2021, solo diez entidades federativas mexicanas contemplan en sus códigos civiles procedimientos administrativos para el reconocimiento explícito de la identidad de género, sobresaliendo el caso de Jalisco que permite a los menores de edad la rectificación de acta de nacimiento por cuestiones de género. En las otras Entidades Federativas es necesario iniciar un litigio de rectificación de acta de nacimiento para armonizar la realidad con la realidad jurídica, debiendo acreditarse fehacientemente la existencia de una exteriorización de la identidad y, sobre todo, sometién-

dose a una probanza de la coincidencia entre su “yo” interior y exterior. Ahora bien, en caso que el menor de edad realizara la rectificación en algún Estado que sí cuente con legislación especializada, será necesario promover un Amparo Indirecto a fin de poner en resguardo la anterior acta de nacimiento y realizar las correcciones pertinentes en los documentos académicos que existan, situación que impacta económica y psíquicamente en la persona.

INCONGRUENCIA DE GÉNERO EN NIÑAS Y NIÑOS MEXICANOS: ESTUDIO DE CASO

En los últimos años, la polémica respecto a si debe permitirse o no la rectificación de documentos de identificación a menores de edad ha tomado auge. La Encuesta sobre Discriminación por Motivos de Orientación Sexual e Identidad de Género 2018 (ENDOSIG) realizada por el INEGI determinó que un 53% de mujeres y 40.9% de hombres con incongruencia de género en el país han sido discriminados desde su infancia, discriminación no solo por preferencias sexuales diversas sino por la manifestación de no conformidad con su identidad de género impuesta.

A nivel mundial, la incongruencia de género no se considera como una enfermedad mental dentro de los manuales de clasificación de condiciones psiquiátricas, DSM-V o por la *Endocrine Society*, siendo en 2018 retirada de la lista de enfermedades sexuales por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Sin embargo, -en la práctica- suele tratarse como una patología que impide a la persona explorar su identidad, debiendo encaminar su personalidad al rol y expresión de género aceptado socialmente; impactado en el autoestima de las niñas y los niños transgénero que, regularmente, se asocian con ansiedad, depresión y violencia.

El Amparo en Revisión 1317/2017, menciona diversos aspectos para lograr el reconocimiento íntegro de la identidad de género auto-percibida, independientemente de la naturaleza jurisdiccional o administrativa del caso:

1. Adecuación integral del acta de nacimiento y documentos de identidad de acuerdo a la identidad de género auto-percibida.
2. Basarse únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante.
3. Ser confidenciales, sin que reflejen la identidad anterior.
4. Expeditos y, en la medida de lo posible, ser gratuitos.

5. Sin la exigencia de acreditación de operaciones quirúrgicas y/u hormonales.

El 14 de mayo de 2008, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, decidió ejercer su facultad de atracción a través del Ministro José Ramón Cossío Díaz para conocer el Amparo Directo con número 6/2008 contra la sentencia dictada por el Juzgado Décimo de lo Familiar en el entonces Distrito Federal, misma que establecía la rectificación del acta “únicamente para ajustar el nombre y sexo, sin que ello implicara el cambio de filiación”. Pionero del reconocimiento de los derechos de la comunidad LBGTTTIQ+, se trata del primer caso de transexualidad sometida a juicio que explora los conceptos de identidad de género, sexo y género y resuelve con apego a un estricto derecho que buscaba declarar la inconstitucionalidad de una norma y la aplicación armónica -con base en una lógica jurídica- de un supuesto que sentara un precedente. Lo histórico de este litigio se encuentra no solo en la apertura y sensibilidad mostrada por los juzgadores, sino por la construcción que el apartado denominado “Definición de Conceptos” arroja sobre el pensamiento de la época. A la luz de la Reforma de 2011, el procedimiento -tanto en primera como segunda instancia- resulta violatorio de derechos humanos, degradante y estigmatizante, ya que se integra de una serie de pruebas que atentan contra la intimidad, la autonomía de la voluntad y el derecho a la identidad. Si bien es cierto, el caso de Patricia “N” no es de una persona menor de edad, representa un caso histórico para búsqueda del reconocimiento de la identidad de género, evidenciando los derechos con los que se relaciona, así como las implicaciones sustanciales de fondo que van más allá de formalismo del nombre y que, indirectamente, impactan en el disfrute de los derechos vinculados a la identidad sexogenérica legalmente establecida.

El ponente, Ministro Sergio A. Valls Hernández, parte de la premisa que para explicar la identidad sexual e identidad de género “no debe centrarse en lo naturalmente establecido, ya que éstas derivan de aspectos ya no solamente físicos, anatómicos o morfológicos, sino, preminentemente psicosociales” (AD 6/2008) reconociendo al sexo -y confundiendo los conceptos de género y sexo- como un factor cambiante, mutable y dinámico haciendo referencia a dos tipos: sexo biológico u orgánico y sexo jurídico o legal.

El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México ha sido un pionero en el respeto al derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes trans. En 2015, iniciaron los juicios especiales en materia familiar,

que concluyeron con la expedición de actas de nacimiento que realizaban una concordancia sexogenérica para los menores de edad demandantes. La primera niña que logró la expedición de su acta a partir de un Juicio Oral en Materia Familiar de rectificación de acta de nacimiento por reasignación de concordancia sexogenérica dio paso a la reforma del Código Civil de la Ciudad de México de 2015. En este primer caso la actora poseía con genitales masculinos, pero -a decir su madre- desde los dos años de edad expresó su incongruencia genérica al pedirle juguetes, ropa y un reconocimiento como “niña”. Esto llevó a su madre a acercarse a diversas asociaciones en Aguascalientes para obtener -primero- una asesoría psicológica y, posteriormente, un acompañamiento jurídico.

La maestra de “N” no aprobaba su comportamiento, por lo que, pidió permiso a su familia para incluir en su rutina académica una terapia de conversión o lo que ella denominaba “un plan de choque”. Esto incluía que la menor de edad debía realizar más actividades con su padre y acostumbrarse a los estereotipos de género impuestos por el hecho de ser varón. Sin embargo, la imposición de conductas en contra de su voluntad terminó en una depresión y tristeza que impactó en su rendimiento académico y en el trato con su familia. Por ello, su madre buscó ayuda en internet encontrando al colectivo Ser Gay, un espacio de defensa de los derechos de la comunidad LGBTTTTIQ+. La asociación trabajó en conjunto, desde la familia, logrando que la menor de edad desarrollara y expresara su identidad de género como niña. Sin embargo, en la escuela continuó la discriminación, la violencia y el maltrato a partir de las imposiciones de roles de género.

De ahí que los padres promovieran una queja en la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México que concluyó con una recomendación para la institución educativa. Sin embargo, su maestra continuó con los abusos hasta que la familia decidió cambiarla de escuela: un lugar nuevo donde todos la conocieran solo como “N”. En ese momento, sus padres se dieron cuenta que era necesario brindarle una protección jurídica que evitara los señalamientos y que le permitieran su desarrollo armónico. Es entonces cuando con el apoyo de la organización Litigio Estratégico en Derechos Sexuales y Reproductivos (LEDESER) y Ser Gay, iniciaron los trámites para cambiar de género y de nombre su acta de nacimiento.

Este caso si bien inició como una demanda de reconocimiento de identidad a partir de un procedimiento judicial, terminó como un procedimiento administrativo que sólo requirió de una opinión especializada

y el apoyo del Consejo para Prevenir y Eliminar la Discriminación en la Ciudad de México CONAPRED. El 22 de julio de 2017, “N” se convirtió en la primera niña en lograr el reconocimiento de su identidad de género en México.

En este caso podemos observar 5 aspectos principales:

- El papel de la familia en el reconocimiento y garantía de la identidad de género en niñas y niños.
- Las imposiciones de estereotipos, prejuicios y roles de género a partir de instituciones como la escuela.
- La falta de un mecanismo de salvaguarda del derecho a la identidad de género a nivel nacional, que incluya niñas y niños.
- La confusión de acciones a ejercitar y conceptuales, sexo genéricamente hablando.
- Lo complejo y tardado de un procedimiento de incongruencia genérica.

El segundo caso se desarrolla en la ciudad de Durango, Durango. “N” es un joven estudiante de nivel licenciatura quien, a partir de un procedimiento administrativo llevado a cabo ante el Registro Civil, logró el reconocimiento de su identidad de género. A partir de los 10 años, Alejandro manifestó a su madre el deseo de ser un niño. Sin embargo, su familia lo envió a terapia siendo diagnosticado con “disforia de género” reversible a partir de un tratamiento conductual. Durante los primeros años de su pubertad, “N” manifiesta haber sentido una gran depresión mientras experimentaba los cambios físicos de su cuerpo, especialmente respecto al desarrollo de las glándulas mamarias. De ahí que se refugiara en el deporte y el estudio, volviéndose una persona retraída y reservada.

Fue hasta los 17 años de edad cuando, después de mucha insistencia a su familia y con un peritaje psicológico que “certificó su identidad y la avaló”, “N” logró convencer a su madre de iniciar un procedimiento de rectificación de acta de nacimiento, mismo que en Durango aún no existe. Por lo cual, tuvo que trasladarse a otra Entidad Federativa en la cual, con un procedimiento administrativo consiguió la expedición de su nueva acta de nacimiento y CURP; así como dos oficios girados a la Dirección General del Registro Civil en Durango y la Oficialía 21 del Estado de Durango, a través de los cuales se ordenaba poner en reguardo el acta primigenia. Sin embargo, al realizar la entrega de dichos documentos, la autoridad responsable duranguense le señaló que los procedimientos no podían realizarse por no estar contenidos dentro del Código Civil ni

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Durango, además de exigírsele aperturar un juicio en donde acreditara fehacientemente su cambio de identidad, acompañando constancias médicas y pruebas documentales de su condición de persona trans.

Este caso pone en evidencia la discriminación y violencia por cuestiones de género que puede vivir una niña o niño al manifestar una incongruencia de género y la falta de armonización legislativo y de actuaciones gubernamentales que, en un panorama caótico, omiten mantener una perspectiva de derechos humanos, pro persona y de género.

CONCLUSIONES

Conforme a las reflexiones realizadas y los casos descritos, los trámites o procedimientos para el cambio de nombres, adecuación de la imagen y rectificación de sexogenérica de niñas y niños en México, deberá ajustar a los siguientes requisitos:

1. Deben estar enfocados a la adecuación integral de la identidad de género auto percibida, debiendo asegurarse el Estado que se realicen las acciones pertinentes para no solo corregir el Acta de Nacimiento, sino todo documento vinculado con los hechos pasados.
2. Deben realizarse en menores de edad que acrediten fehacientemente una autonomía progresiva de la voluntad y el auto-apercibimiento de su identidad de género de manera particular. En este sentido, la autoridad responsable deberá realizar un análisis minucioso durante la comparecencia del menor de edad a fin de escuchar su deseo y anhelo, pero atendiendo a su interés superior como niña o niño, sin importarle la edad cronológica y poniendo énfasis en su madurez cognitiva.
3. Deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante, sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes.
4. Deben ser confidenciales. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros y los documentos de identidad, no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género.
5. Deben ser expeditos y, en la medida de lo posible, deben tender a la gratuidad.
6. No deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales.

7. Deben realizarse a petición del menor, pero acompañando consentimiento del padre o tutor, sin que ello implique que la autoridad responsable no pueda designar un tutor de oficio a fin de salvaguardar el derecho de la niña o el niño al reconocimiento de su identidad de género.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILAR, T. (2019). El sistema sexo-género en los Movimientos Feministas. *Revista Litorales*, 17(7).
- AMPARO Directo Civil 6/2008, Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- AMPARO en Revisión 1317/2017, Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- BEAUVOIR, S. (1949). *El Segundo Sexo*. Ed. De Bolsillo, .
- BUTLER, J. (1992). *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, Berkeley.
- CORTE Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17,
- ENCUESTA sobre Discriminación por Motivos de Orientación Sexual e Identidad de Género, (2018).
- FRIEDAN, B. (2009). *La Mística de la Feminidad*, Instituto de la Mujer, Universidad de Valencia, Ed. Cátedra.
- INSTITUTO Nacional de Estudios Históricos de las revoluciones de México (INEHRM) (2015). *Historia de las Mujeres en México*. Secretaria de Educación Pública, México.
- LAMAS, M. (2000). Diferencias de sexo, género y diferencia sexual. *Revista Cuicuilco*, 7(18).
- RAMÍREZ, G. (2015). *La Declaración de Derechos de la Mujer de Olympe de Gouges 1791: ¿una declaración de segunda clase?* Cátedra UNESCO de Derechos Humanos, UNAM.
- SCOTT, J. (1990). *El Género: una categoría útil para el análisis histórico*. Ed. Alfons.
- STROLLER, R. (1968). *Sex and Gender*. Ed. Sciente House.
- SCJN (Suprema Corte de Justicia de la Nación) (2013). Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Hacer realidad el derecho a la igualdad.

VIOLENCE AGAINST WOMEN IN POLITICS IN MEXICO

PALOMA CECILIA BARRAZA CÁRDENAS
Universidad Juárez del Estado de Durango

Comité Tutorial: Dra. Brenda Fabiola Chávez Bermúdez, Dra. María Magdalena Alanís Herrera, Dr. Carlos Sergio Quiñones Tinoco

Summary: Mexico's political environment suffers from high levels of exclusion, insecurity, and hostility for women. Discriminatory and violent behaviors and practices hinder women from access to equal professional development in politics. These manifestations are known as 'Violence Against Women in Politics', and they constitute an example of the preexisting structural gaps on the path to gender equality in our country, specifically, to utterly guarantee the exercise of women's political and electoral rights. Through the review of relevant legal amendments and gray literature, the purpose of this paper is to describe and highlight the issue as one of the most significant current challenges for Mexican Democracy, since it constitutes a severe human rights violation. In this regard, I emphasize that this phenomenon has become more visible and has been exacerbated with the increase of female political participation, driven by multiple affirmative actions and the constitutional consolidation of the gender parity principle in Mexico. Moreover, it prevents or obstructs the effective participation of women within spaces of power, representation, or leadership, and sends a negative message to the overall population that potentially impacts women's aspirations to participate in a political or public context.

Key words: Violence Against Women in Politics, Gender-Based Violence, gender equality.

INTRODUCTION

Our contemporary world renders itself sinister outside the limits of privilege, particularly for historically discriminated groups, such as women,

whose circumstances in all social spheres are even more challenging, and in some cases violent, simply because they are women.

Gender-Based Violence Against Women is a global and ancient phenomenon. With several nuances and contextual singularities, it has reached all corners of the world in the form of multiple events and patterns of gender discrimination, which have affected thousands of women and girls across the globe. Therefore, it has been internationally recognized as a barrier to accomplishing the goals established on the 2030 Agenda for Sustainable Development. Consequently, numerous countries have taken measures on this issue.

This form of violence—in all its forms and manifestations—remains a serious social problem in Mexico that not only affects women and girls' exercise of rights and liberties but the overall development of the country. One of the most emblematic aspects of the issue occurs in the political field. In the last few years, there has been an exponential increase in female political participation, partially associated with the incorporation of several affirmative actions and gender mainstreaming policies into the Mexican legal framework.

This has made visible and intensified a series of offensive, aggressive, and harmful gender-based acts and conducts toward women within the political arena that lie within the scope of 'Violence Against Women in Politics'. Despite this being an ancient phenomenon attached to the evolutionary process of female inclusion in politics, its insertion in public, legal and academic debate is recent. In Mexico, its incorporation into the legal system was crystallized in 2020, based on a constitutional reform to regulate it as a form of Gender-Based Violence Against Women.

In this regard, the purpose of this paper is to describe and highlight this problem as one of the most significant current challenges for Mexican Democracy.

THE UNFINISHED BUSINESS OF GENDER EQUALITY.

Certainly, equality is one of the engines that has driven the fight for rights around the world. The concept of equality, in this context, is defined as recognizing and guaranteeing the same treatment and opportunities to all human beings without distinction. This, under the assumption that they share the idea of dignity as a common value tied to their humanity.

Nevertheless, various groups have been historically deprived of identical treatment in the legal, economic, political, and social spheres as well

as an inequitable and unfair distribution of power. This environment has revealed the need to demand the recognition and protection of the legal principles of equality and non-discrimination.

For instance, through a perennial battle to obtain better living conditions, women have been actively demanding the recognition of their rights over the years. Considerable development in this matter is often associated with successful suffrage and feminist movements. Unfortunately, gender equality has not yet been achieved in all social spheres. Gender-based discrimination is rooted in the culture, religion, and laws of most countries across the globe, hindering women's empowerment and full exercise of their rights.

The gender mainstreaming strategies conducted in Mexico to tackle this issue have been, thus far, mainly oriented to the transformation of manifestly discriminatory or unequal legislation and to the implementation of policies and creation of institutions destined to prevent and attack equally evident causes.

However, as gender discrimination is a social and cultural phenomenon, it is common for behavioral patterns perpetuating this issue to be tolerated, disdained, normalized, or made invisible, which prevents the perception and understanding of the magnitude of the problem, as well as the design of effective measures for its prevention, regulation, and punishment.

For instance, the reforms that seek to promote gender equity in politics have concentrated on achieving parity through ensuring equal conditions to access public office positions through legally prescribed quotas and reserved seats.

Parity is based on the principle of equal representation and requires alternation between male and female candidates in legislative elections and gender balance in public positions and the private sector (Piatti-Crocker, 2019, pp.13 y 14). Although parity symbolizes numeric progress through increasing female representation, it is still a partial answer to the problem (Freidenberg, 2017), since, despite the efforts, inequalities persist and, in some cases, may rise.

Thus, to reach their full potential, formal transformations must be accompanied by policies that simultaneously stimulate material transformations. In addition to conceiving gender mainstreaming as a holistic tool to tackle discrimination and inequalities -which impact all aspects of the social landscape-, efforts could be strengthened by interventions

that focus on all existing types of violence, to face the problem in both a general and specific way and to cover the neglected factual spectrum.

Gender-Based Violence against women in all its expressions remains a categorically unfinished business in Mexico. The fact that ten women are murdered every day in Mexico (Pereda, 2019), is only a quantitative way of illustrating the urgency of the situation.

This social cancer harms not only female empowerment but the overall development of the country. Therefore, it is essential to address this issue with priority and determination since it fractures our democratic and human rights systems, and it negatively reinforces the gender roles and stereotypes that have immensely held back the cultural and legal evolution of our nation.

VIOLENCE AGAINST WOMEN IN POLITICS, A RECENTLY LEGISLATED HISTORICAL PHENOMENON.

Women continue to experience several forms of gender-based discrimination and violence despite some notable progress on gender equality in Mexico, partially achieved by the 2011 constitutional reform on Human Rights and the recent 2019 constitutional reform on Gender Parity.

Gender-Based Violence against women is a multifaceted phenomenon, which means its materialization can be vast, diverse, and produced in several contexts. The most visible ways in which these materialize can take extremely cruel vehicles such as femicides and various forms of physical and sexual violence. Additionally, other less-evident but equally dangerous and attention-worthy forms of violence persist, such as economic, psychological, and symbolic violence.

Furthermore, these expressions of violence can and tend to be mutually supportive, both in form and context. For instance, a victim may suffer several types of violence simultaneously —physical, psychological, and patrimonial— and, in turn, these can occur in various environments —domestic, the workplace, political —.

One of the most emblematic aspects of the problem occurs in the political arena. Women have been ostracized from political participation environments ever since the conception of equality and freedom notions were embodied in the first declarations of rights in the world.

This omission has been gradually and progressively corrected by several countries by recognizing political and electoral rights to women and

incorporating gender mainstreaming strategies to improve their laws, electoral systems, and public policies.

Still, the vindication process of these rights has not been fast, simple, peaceful, or free of opposition and, the obstacles remain within all social spheres in most countries in the world.

In Mexico, political representation of women has increased considerably over the last decade, mainly supported by incorporating several affirmative actions and gender mainstreaming policies into the legal framework.

These changes peaked with the establishment of gender parity as a constitutional principle (Diario Oficial de la Federación [DOF], 2019). This principle guarantees a participation percentage of 50 percent for women, not only for representative nominations —introduced in the Mexican normative system in 2014 (DOF, 2014)—, but also in all state bodies and institutions.

According to Krook and Restrepo:

Strategies like gender quotas do not fully level the political playing field. The gendered political environments in which they are introduced, for example, can continue to make it difficult for women to be selected as candidates and to exercise authority once elected. Initiatives such as quotas can also trigger various forms of backlash and resistance to women's political integration, ranging from explicit acts of violence and harassment to sexism in media coverage and social media platforms, directed at women as women with the purpose of leading them to withdraw from political life. (2016, p.126)

The increase of female political participation in Mexico — partially associated with the aforementioned legislative constructs— has made visible and intensified a series of offensive, aggressive, and harmful gender-based acts and conducts toward women within the political scenario.

These manifestations lie within the scope of 'Violence Against Women in Politics', and they constitute a clear example of the structural gaps that persist on the road to gender equality in Mexico.

Despite this being an ancient phenomenon attached to the evolutionary process of female inclusion in politics, its insertion in public and academic debate is recent, and only a few States have taken measures to address it. Such include the introduction of special laws that define which specific acts constitute political violence and Gender-Based Violence (UN Women, 2019).

Bolivia was the first country in Latin America to legally establish the concepts of 'Harassment' and 'Violence Against Women in Politics'. Numerous violent cases against women in the political field —such as

the crime committed against Juana Quispe (Restrepo, 2020, p.302)—have significantly increased awareness around the topic and instigated the establishment of a law that defines and regulates this form of violence.

According to the Association of Female Councilors of Bolivia, the approval of a Law to protect women from violence and harassment in politics was the result of a 12-year struggle, unfortunately, brought to a close after a murder (Asociación de Concejalas de Bolivia [ACOBOL], 2013, p.20). Soon, Ecuador, Peru, Costa Rica, and Mexico followed with similar proposals (Restrepo, 2018).

In Mexico, its incorporation into the legal system was crystallized in April 2020, based on a constitutional reform to regulate Violence Against Women in Politics as a form of Gender-Based Violence Against Women (DOF, 2020). Before this reform, only a non-legally binding instrument describing this gender-based form of violence existed (Protocolo para Atender la Violencia Política Contra las Mujeres, 2016), as well as some judicial precedents established by the Electoral Tribunal of the Federal Judicial Branch (TEPJF) that makes it mandatory for electoral authorities to analyze these cases (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación [TEPJF], 2016).

In this context, the aforementioned reform represents considerable legal progress, since it acknowledges the phenomenon as a social problem that must be prevented, addressed, and eradicated.

VIOLENCE AGAINST WOMEN IN POLITICS. A THEORETICAL LEGAL AND FACTUAL DIMENSION.

To gather a deeper understanding of the issue, I will conceptualize it using the following two perspectives. Firstly, from a theoretical approach to comprehend its aspects from different academic points of view and wider debates. Secondly, from a legal approach, given the recent normative wave in Latin America, particularly considering the new Mexican legislation.

According to Flávia Biroli:

Violence against women in politics is grounded in sexist values, practices, and institutions. Constituting a reaction to women in politics, it targets women participating in electoral contests and formal representative bodies as well as women activists. Its dynamics aim at women's bodies as much as their voices and public identities, in other words, their physical, moral, and material conditions for being politicians and engaging in public action. (2018)

As specified by Mona Lena Krook (2017), most definitions of the phenomenon highlight the following elements: 1) aggressive acts aimed largely or solely at women in politics; 2) because they are women, often using gender means of attack; and 3) to deter their participation and preserve traditional gender roles and undermine democratic institutions (p.78). Furthermore, the National Democratic Institute for International Affairs (NDI) elaborates on the specific issue of Violence Against Women in Politics by stating that it encompasses all forms of aggression, harassment, coercion, and intimidation against women as political actors simply because they are women (NDI, 2017).

Thus, the definition could be expanded to all women engaged in any type of political activity, electoral or not. Acts of aggression, coercion, and intimidation directed at women as voters, party members, and civil society activists often have the same purpose: to restrict the political participation of women as a group. As such, while these acts are directed to individual women, they have an intent beyond their specific target: to frighten other women who are already politically active, to deter women who might consider engaging in politics, and to communicate to society that women should not participate in public life (NDI, 2015).

Therefore, it's important to accentuate that Violence Against Women in Politics is different form political violence, whereas it is based on gender. As specified by Krook and Restrepo:

Violence against women in politics is a separate phenomenon from violence against politicians and violence in society more generally. While the latter may certainly be directed at women, the former entails the distinct motivation of seeking to restrict the political participation of women as women — thereby making it a distinct form of violence, affecting not only the individual victim, but seeking to communicate to women and to society that women as a group should not take part. (2016)

As stated by O'Connell and Ramshaw, there is a potential danger that violence against women in politics will deter women from participating or running for office, especially younger women who may have an interest in political participation but find the environment too toxic or too risky. (2018, p.15)

From a normative perspective, it is essential to emphasize that Gender-Based Violence Against Women in all its expressions and forms, including the political context, is a severe human rights transgression. According to UN Women and UNDP “violence affecting any citizen's right to vote, stand for office, or express and defend political opinion and belief is a violation of human rights and fundamental freedoms” (2017, p.10).

In this sense, the international community has addressed this phenomenon as a critical global problem that requires legal, political, and social action. Even though this issue affects all regions of the world, research has shown that contextual factors influence the content of violent acts, as well as which types of violence are most prevalent (Krook & Restrepo, 2016). This also means, that strategies to approach and combat the problem can be similar in the same region but also vary from one country to another.

In Latin America, the ‘Inter-American Model Law on the Prevention, Punishment, and Eradication of Violence Against Women in Political Life’ (Model Law) constitutes a noteworthy instrument to increase awareness in the region and define it as a legal problem that needs direct intervention from the state.

According to the Model Law –inspired by Bolivia’s 2012 Law 243 –, this form of violence shall be understood as:

Any action, conduct or omission, carried out directly or through third parties that, based on gender, causes harm or suffering to a woman or to various women, which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women of their political rights. (Organization of American States [OAS], 2017)

Furthermore, this document states that the phenomenon may include, but is not limited to, physical, sexual, psychological, moral, economic, or symbolic violence and, not only refers to women candidates and women that hold public office as potential victims but also includes women human rights activists (OAS, 2017).

The Bolivian legislation dissects the phenomenon in two concepts, addressing firstly political Harassment and subsequently, Political Violence. The construct of political Harassment holds, in general, any act of pressure, persecution, or threats against women on the political front, to restrict the exercise of their rights. Similarly, the construct of Political Violence specifies the types of violence that can occur on the political scene (United Nations, 2013, p.131).

In April 2020, México “amended eight national laws to include provisions to prevent and prosecute violence against women in politics” (UN Women, 2021). As stated in this amendment, specifically in article ‘20 Bis’ of the General Law on Women’s Access to a Life Free of Violence (Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia [LGAMVLV], 2021), this form of violence encompasses the following elements:

- a) Involves any action or omission, including tolerance, directed against a woman because she is a woman, that affects her disproportionately, or that carries a differentiated impact on women.
- b) Materializes in both public and private spheres.
- c) Its purpose or result is to limit, nullify or impair the effective exercise of women's political and electoral rights, the full and free exercise of public office functions or activities, decision making, freedom of association, and the access to electoral or public prerogatives.
- d) Reveals itself through any type of violence against women, that is — as specified by that same law—, psychological, physical, patrimonial, economic, or sexual violence, and any other equivalent form that can damage women's freedom, integrity, or dignity.
- e) Can be perpetrated by any person, group of people, entity, or organization in both public and private spheres.

At a federal level, this definition was crucial because even though several states had approved internal legislation to regulate the phenomenon before the reform, the concept among the territories was not homogeneous. This situation raised some problems, for instance, the internal legislation of the northern state of Chihuahua was invalidated by the Supreme Court (SCJN), for exceeding legislative competences (Zorrilla, 2020).

According to 'article 20 Ter' of the aforementioned Law, Violence Against Women in Politics can manifest itself through numerous behaviors, such as:

- a) Restrict or annul women's right to vote or obstruct their right of association and affiliation to political and civil organizations.
- b) Provide false or incomplete information to women who aspire to occupy a popularly elected position to prevent their registration as candidates or instigates malpractices or the misuse of power.
- c) Obstruct political campaigns to restrain equal conditions for women during electoral processes.
- d) Create or distribute political propaganda based on gender stereotypes to slander, degrade, or disqualify women candidates or to perpetuate male domination, inequality, or discrimination against women.
- e) To threaten or intimidate women, their family members, or coworkers to induce their resignation from the candidacy or the elected or appointed position they hold.
- f) Impose gender-based activities unrelated to their political functions or duties.

- g) Execute any act of physical, sexual, symbolic, psychological, economic, or patrimonial violence against women in the political sphere.

Drawing from these legally established conducts that define and guide the prosecution of this form of violence in the country, I will relate some cases that illustrate how the issue gruesomely materializes in the Mexican political context.

In 2004, a few days before local elections took place in the southern state of Oaxaca, Guadalupe Ávila Salinas, a female candidate in ‘San José Estancia Grande’ was killed by the current municipal president. Despite witnesses, local police dismissed allegations that the murder was politically motivated (Krook 6 Restrepo, 2016).

According to Ginger Thompson:

The mayor whom she hoped to succeed chased her into a public health clinic and fired three bullets into her back. Then, in front of at least a dozen horrified bystanders, he reached over Ms. Ávila’s body and fired another bullet into her head. The local police did nothing to keep him from fleeing. (2004)

In 2015, Yesenia Alamilla Vicente, a female candidate for the municipal presidency of ‘Reforma’ in the southern state of Chiapas was detained and beaten by a group of men while she was traveling to a neighboring township. The perpetrators informed Yesenia that the attack was a message from another candidate. They covered her eyes, pulled her hair, choked her, made sexual threats against her, and put a gun to her head while pretending to shoot her (García, 2015).

In 2016, Felicitas Muñoz Gómez, municipal president of ‘Mártir de Cuilapan’, in the southern state of Guerrero, denounced several acts of violence. Messages such as “Do not let a woman rule you” and “Aren’t you ashamed that a woman decides for you as if there were no men?” were spread during her campaign. Afterward, during her mandate, a group of people destroyed municipality property, prevented her from entering her office, broke into her home, and attacked her relatives (Rodríguez, 2018).

From 2016 to 2018, the Electoral Tribunal of the Federal Judicial Branch resolved 170 cases of this form of violence (Velázquez, 2020). In 2018, 237 attacks against women in the political sphere were registered. These acts include 127 threats and intimidation, 29 intentional injuries, 32 murders, 19 attacks against relatives, 13 relatives murdered, 12 kidnaps, 10 robberies, 10 murder attempts, and 7 intentional gun-related injuries (Aristegui Noticias, 2019).

Alarming, the 2021 midterm elections in Mexico have started with more than 40 complaints from this form of violence (Morera, 2021).

Moreover, Mexican authorities created a ‘National Registry of Sanctioned Persons for Violence Against Women in Politics’ to cancel candidacies for any person found guilty of committing Violence Against Women in Politics (UN Women, 2021). Through the new legislation, 19 people were found guilty of these acts (Registro Nacional de Personas Sancionadas en Materia de Violencia Política contra las Mujeres en Razón de Género, 2021).

Finally, it is important to highlight three fundamental legal implications that the Mexican reform on Violence Against Women in Politics comprises further its normative conceptualization.

First, it has extensive legal effects, since it establishes consequences on three fields, electoral, penal, and administrative. This supposes different types of sanctions such as fines, restitutions, the forfeiture of public funding by a political party, the removal from public office, the loss of political rights, and from one to six years of prison.

Second, it states an obligation for political parties to incorporate internal mechanisms to prevent, address and punish Violence Against Women in Politics. This statement is essential since, as research has shown women still hold few leadership positions and experience multiple gender-based hurdles and forms of violence within these political organizations (OAS, 2019).

And third, it contains an intersectional perspective, since it recognizes the specific nature of the discrimination and violence that Mexican indigenous women suffer in this sphere. In this regard, the new legislation punishes any act that implies a violation of women’s human rights, even if it constitutes a practice or tradition related to the group’s cultural identity and, it increases the penalties for perpetrators that target, harm, or affect indigenous women.

This long-overdue reform provides multiple tools to prevent, identify, face, and tackle the issue. Although its implementation will probably represent a challenge and there is still a long way to go to eradicate all forms of Gender-Based Violence, it is certainly one more step towards achieving substantive equality in Mexico.

FINAL REMARKS

The human rights and gender mainstreaming perspectives constitute outstanding guidelines to evaluate our current legal, political, and social systems. These perspectives stimulate pragmatic transformations within

society and consequently impact the government structures, functions, and purposes.

The parity principle symbolizes visible progress to compensate for historical social debt, the under-representation of women in decision-making and power spaces. However, parity does not constitute the solution to such a complex problem deeply rooted in our social, cultural, political, and legal structures. Despite the implementation of affirmative actions, such as gender quotas for representation spaces and public office positions, women are constantly diminished, threatened, harassed, and abused just for being women who seek full exercise of their political rights.

The political setting constitutes a vital structure for female empowerment, considering it enables the exercise of public power and decision making. It also establishes adequate channels to collect and push forward citizen demands, facilitates the amplification of voices, and is an ideal platform to fight for still-pending rights and freedoms. However, this field remains established as an insecure and aggressive space for women, who consistently confront multiple obstacles and difficulties when performing public or electoral activities.

In this sense, one of the most relevant legal and democratic challenges in the gender parity temporal landscape is to guarantee women a political life devoid of violence. Equality involves recognizing the entitlement to the same legal, social, political, or cultural value to all individuals assessing their similarities and differences. In itself, passing laws is insufficient to achieve tangible access for all human beings to the same treatment and opportunities. It has been acknowledged that growth and development can prove to be extremely elusive while one or more social groups are being ignored or mistreated.

Violence Against Women in Politics affects three fundamental aspects to advance toward substantial equality in the political arena and toward a stronger democratic system; 1) It constitutes a severe human rights violation; 2) It prevents or obstructs the effective participation of women within spaces of power, representation, and/or leadership; and 3) It sends a negative message to the overall population that could potentially impact women's aspirations to participate in a political context.

This phenomenon comprises all types of gender-based violence, from the most brutal and visible ones such as femicide to the most subtle – and often normalized– forms, such as symbolic violence. In this regard, Violence Against Women in Politics fragments the democratic ideals of

parity and, extends its vices to damage the Mexican human rights system. Therefore, the reform's successful outcome to alleviate discrimination scenarios and violence in the political context and its future improvements —laws consistently demand improvements— depends on both governmental and social commitment. The synergy between governance structures in the form of adequate execution and active and informed citizenry collaboration will be crucial moving forward.

Under cultural landscapes characterized by misogynistic and corruption practices, as in the case of Mexico, laws must be both specific and exhaustive, to avoid room for malpractice, and should be accompanied by mechanisms to increase their effectiveness. Therefore, analyzing collective needs from particular approaches is essential to design suitable strategies for each social group.

Since the approach to the phenomenon is recent, current data may still be insufficient to grasp the dimension and complexities of the problem. The few documented cases of Violence Against Women in Politics in Mexico have broadly emerged from incidents related to electoral processes and social media complaints. Therefore, one of the academic challenges around this subject matter is collecting the elusive information by conducting research projects destined to explore, describe, and analyze the issue from a qualitative perspective.

REFERENCES

- ARISTEGUI Noticias. (March 7, 2019). 23 mujeres políticas, asesinadas en 2018: Etellekt. *Aristegui Noticias*. <https://aristeginoticias.com/0703/mexico/23-mujeres-politicas-asesinadas-en-2018-etellekt/>
- ASOCIACIÓN de Concejalas de Bolivia (2013). El acoso y la violencia política hacia las mujeres en Bolivia. Avances formales y desafíos reales para la igualdad. <https://www.bivica.org/files/violencia-politica-acoso.pdf>
- BIROLI, F. (2018). Violence against Women and Reactions to Gender Equality in Politics. *Politics & Gender*, 14(4), pp. 681-685. Cambridge University Press. <https://www.cambridge.org/core/journals/politics-and-gender/article/violence-against-women-and-reactions-to-gender-equality-in-politics/AB6B5150F6E594BEA41A3A-96879CAAEE>
- DIARIO Oficial de la Federación (February 10, 2014). Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia

- política-electoral. http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5332025&fecha=10/02/2014
- DIARIO Oficial de la Federación (June 6, 2019). Decreto por el que se reforman los artículos 2, 4, 35, 41, 52, 53, 56, 94 y 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Paridad entre Géneros. https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5562178&fecha=06/06/2019
- DIARIO Oficial de la Federación (April 13, 2020). Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, de la Ley General de Partidos Políticos, de la Ley General en Materia de Delitos Electorales, de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, de la Ley Orgánica de Poder Judicial de la Federación y de la Ley General de Responsabilidades Administrativas. https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5591565&fecha=13/04/2020
- FREIDENBERG, F. (2017). ¿Por qué a las mujeres les cuesta tanto hacer política? Diagnóstico, barreras y buenas prácticas para mejorar la representación femenina en América Latina en K. Valverde, E. Gutiérrez, J. Flores & C. González (Eds.), *Ciudadanía y calidad de vida: Debates, retos y experiencias en torno al desarrollo social en México América Latina*. UNAM; IEDF. https://www.researchgate.net/publication/322551784_Por_que_a_las_mujeres_les_cuesta_tanto_hacer_politica_Diagnostico_barreras_y_buenas_practicas_para_mejorar_la_representacion_femenina_en_America_Latina
- GARCÍA, A. (July 22, 2015). Caso Yesenia refleja agudización de violencia política de género. *Cimacnoticias*. <https://archivo.cimacnoticias.com.mx/node/70262>
- KROOK, M. (2017). Violence against women in politics. *Journal of Democracy*, 28(1), pp. 74-88. https://www.researchgate.net/publication/312381139_Violence_Against_Women_in_Politics
- KROOK, M. & Restrepo, J. (2016). Gender and political violence in Latin America Concepts, debates and solutions. *Política y gobierno*, 23(1), pp. 125-157. <http://www.scielo.org.mx/pdf/pyg/v23n1/1665-2037-pyg-23-01-00127-en.pdf>
- KROOK, M. & Restrepo, J. (2016). Violence against women in politics. A defense of the concept. *Política y Gobierno*, 23(2), pp. 459-490.

- <http://www.scielo.org.mx/pdf/pyg/v23n2/1665-2037-pyg-23-02-00459-en.pdf>
- LEY General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia de 2007. (2021). DOF 18-03-2021. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGAMVLV_180321.pdf
- MORERA, M. (March 13, 2021). Violencia Política. *El Universal*. <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/maria-elena-morera/violencia-politica>
- NATIONAL Democratic Institute for International Affairs (2015). Tackling violence against women in politics: towards a global consensus. Background paper for NDI roundtable. <https://www.oas.org/es/cim/docs/VAW-P-RoundtableBackgroundPaper.pdf>
- NATIONAL Democratic Institute for International Affairs. (2017). #NotTheCost. Stopping violence against women in politics. Program Guidance. Washington. <https://www.ndi.org/sites/default/files/not-the-cost-program-guidance-final.pdf>
- O'CONNELL, S. & Ramshaw, G. (2018). *Violence against women in politics: global perspectives of a global issue*. Prepared for the International Summit on Violence Against Women in Politics, hosted by the UK political parties in partnership with the Westminster Foundation for Democracy. <https://www.wfd.org/wp-content/uploads/2018/04/Violence-Against-Women-in-Politics-Global-Perspectives-of-a-Global-Issue.pdf>
- ORGANIZATION of American States. (2017). *Inter-American Model Law on the Prevention, Punishment, and Eradication of Violence Against Women in Political Life*. <https://www.oas.org/en/mesecvi/docs/LeyModeloViolenciaPolitica-EN.pdf>
- ORGANIZATION of American States (2019). *Model Protocol for Political Parties. Preventing, Addressing, Punishing, and Eradicating Violence Against Women in Political Life*. <https://www.oas.org/en/cim/docs/ViolenciaPolitica-ProtocoloPartidos-EN.pdf>
- PEREDA, A. (June 2, 2019). 10 women are murdered in Mexico every day. *El Universal*. <https://www.eluniversal.com.mx/english/10-women-are-murdered-mexico-every-day>
- PIATTI, A. (2019). The case for gender parity: A new policy wave in Latin America? *Estudios sobre las Culturas Contemporáneas*, 24(5), pp. 11-31. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7131922>

- PROTOCOLO para Atender la Violencia Política Contra las Mujeres. (2016). TEPJF. https://www.te.gob.mx/protocolo_mujeres/media/files/7db6bf44797e749.pdf
- REGISTRO Nacional de Personas Sancionadas en Materia de Violencia Política contra las Mujeres en Razón de Género (2021). <https://www.ine.mx/actores-politicos/registro-nacional-de-personas-sancionadas/>
- RESTREPO, J. (2018). The law and violence against women in politics. *Politics & Gender*, 14(4), pp. 676-680. Cambridge University Press. <https://www.cambridge.org/core/journals/politics-and-gender/article/law-and-violence-against-women-in-politics/70361170ECDE-7E5CDA6EDE5ABBDDB43D/core-reader>
- RESTREPO, J. (2020). Violence against women in politics: Latin America in an era of backlash. *Signs Journal of Women in Culture and Society*, 45(2), pp. 302-310. https://www.researchgate.net/publication/338320826_Violence_against_Women_in_Politics_Latin_America_in_an_Era_of_Backlash
- RODRÍGUEZ, R. & Cárdenas, A. (2018). Violencia política contra las mujeres y el rol de la justicia electoral en F. Freidenberg y G. Del Valle (Eds.), *Cuando hacer política te cuesta la vida*. UNAM, IJJUNAM. <https://www.te.gob.mx/blog/reyes/media/pdf/19ae7687a8582e6.pdf>
- THOMPSON, G. (November 7, 2004). Mexican town refuses to abandon the fallen hero's dream. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2004/11/07/world/americas/mexican-town-refuses-to-abandon-fallen-heros-dream.html>
- TRIBUNAL Electoral del Poder Judicial de la Federación (2016). Jurisprudencia 48/2016. <https://www.te.gob.mx/IUSEapp/tesisjur.aspx?idtesis=2/2021&tpoBusqueda=S&sWord=>
- UN Women & United Nations Development Programme. (2017). *Preventing violence against women in elections: A programming guide*. <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2017/preventing-vaw-in-elections-en.pdf?la=en&vs=3742>
- UN Women (2019). *Data and violence against women in politics. Expert Group Meeting Report and Recommendations*. <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/egm-report-data-and-violence-against-women-in-politics-en.pdf?la=en&vs=4549>
- UN Women (2021). *Mexico joins Bolivia in efforts to stop violence against women in politics*. <https://www.unwomen.org/en/news/sto->

- ries/2021/3/feature-mexico-joins-bolivia-in-efforts-to-stop-violence-against-women-in-politics
- UNITED Nations (2013). Bolivia. Gender-based political violence. *Advancing Gender Equality: Promising Practices. Case Studies from the Millennium Development Goals Achievement*. UNDP; UNHCHR; UNICEF; UNWOMEN; UNODC; Ministry of Autonomy; Ministry of Justice; Ministry of Culture; Ministry of Institutional Transparency and Fight against Corruption and others. https://www.unwomen.org/mdgf/downloads/MDG-F_Case-Studies.pdf
- VELÁZQUEZ, J. (2020). Reformas en materia de violencia política de género en México. *Hechos y Derechos*, (57). <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/14620/15704>
- ZORRILLA, F. (May 15, 2020). La reforma sobre violencia política de género. *Nexos*. https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/la-reforma-sobre-violencia-politica-de-genero/#_ftn11

VICTIMIZACIONES EN EL CONTEXTO DE LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES FAMILIARES. REFLEXIONES DESDE LOS ESTUDIOS DE GÉNERO

BÁRBARA MANCERA AMEZCUA

Universidad de Guanajuato

Resumen: El eje temático de la investigación emprendida fue el acceso a la justicia, el objetivo general fue describir las manifestaciones de victimización secundaria sobre las mujeres que son generadas por litigantes y autoridades judiciales de juzgados familiares del primer partido judicial en Colima.

En este texto se hace referencia en primer lugar al enfoque metodológico de la investigación en función del objetivo planteado, a partir de ahí se determina la etnografía como metodología resaltando los principales métodos que la caracterizan y cómo se llevaron a la práctica. En la parte final se menciona brevemente la forma de organizar la información para favorecer su análisis.

Para el diseño metodológico se siguieron las aportaciones no siempre coincidentes de diversos autores como Della Porta y Keating, Taylor y Bogdan, Hammersley y Atkinson. Cada una de sus propuestas brindaron claridad en la metodología pertinente al objeto de estudio de esta investigación, como se detalla en las líneas siguientes.

SOBRE LA INVESTIGACIÓN

El enfoque metodológico

Entre los enfoques epistemológicos para esta investigación se siguió el enfoque realista y crítico, que reconoce la existencia de un mundo real, no imaginario, pero que muchas veces está condicionado por la interpretación de sus participantes, incluso del propio investigador (Della Porta, 2013). Es así que para descubrir las manifestaciones de victimización secundaria sobre las mujeres y que se vincula su propia experiencia en los procesos y espacios judiciales, se siguió un enfoque metodológico cualitativo para comprender los hechos que se presentan en la realidad. Es decir, se busca conocer el cómo se manifiesta la revictimización sin detenerse

en las relaciones de causa-efecto entre variables, como propone la postura positivista que ha prevalecido desde el siglo XIX.¹

Los principales dogmas del positivismo es que las ciencias sociales y las ciencias naturales guardan una lógica común, el experimento con variables interrelacionadas y medibles. Se esfuerza en explicar a través de la regularidad de variables que permita la elaboración de leyes universales sobre fenómenos sociales por ello su necesidad de establecer muestras representativas. Se decanta por mantener la investigación neutral, y con ello procura medir elementos humanos y sociales. Para los positivistas cualquier argumento no medible o tangible se descalifica como especulación metafísica y alejada del rigor científico, cuyos hallazgos son subjetivos -no objetivos-. (Hammersley & Atkinson, 2001)

Frente a la postura positivista, se encuentra otra que busca la interpretación cualitativa para comprender los hechos mostrando los significados que los seres humanos atribuyen a su conducta y al mundo exterior (Hammersley & Atkinson, 2001). Estos significados individualizados no se contraponen con la objetividad que procura em método científico, pues implican para quien realiza la investigación un reconocimiento de sus propias fobias y filias al enfrentarse con el fenómeno a estudiar, al reconocerlo entonces el análisis e interpretación de los resultados evita realizar generalizaciones que, entonces, puedan considerarse subjetivas sobre el fenómeno de estudio.

Además, para mantener el rigor científico y el falso problema entre lo cualitativo y lo cuantitativo se procuraron procesos de triangulación², pues en realidad hay que reconocer existen métodos cualitativos y cuantitativos que tratan de abarcar la realidad en concordancia con las características del objeto estudiado. A esta investigación no le interesa la discusión sobre la prevalencia de un enfoque sobre otro, es importante reconocer las bondades de cada uno de los métodos considerando el objeto de estudio.

Para esta investigación, siguiendo la teoría crítica feminista de deconstrucción del derecho, lo fundamental recayó en describir y comprender la conducta de quienes participan en el sistema de justicia familiar en el

1 Véase las obras de TAYLOR Y BOGDAN, p. 15 y DELLA PORTA, Enfoques y metodologías de las ciencias sociales. Una perspectiva pluralista, Madrid: AKAL, p. 35

2 Cfr. CAMPOS ROLDAN, M. (2007), EL (falso) problema cuantitativo-cualitativo, *Liberabit Revista de Psicología*, vol. 13, pp 5-18, así como DELLA PORTA, p. 316 cuando refiere a la complementación de ambos enfoques que pueden intercambiar técnica asociadas a una y otra.

rol de autoridad, litigante o usuaria, considerando el contexto de cada uno, para comprender la interpretación propia de quienes participan. De ese modo, descubrir las manifestaciones de victimización secundaria que suelen recaer en las mujeres usuarias.

Este enfoque se elige a partir de la actual tradición jurídica feminista que se ocupa de entender el funcionamiento de las instituciones jurídicas, los valores legales y la justicia desde la metodología de la sociología jurídica (Bodelon, 1998), especialmente los enfoques que permitan conocer la experiencia de las mujeres y los hombres para contrastar aquellas situaciones de desventaja por razón del género.

La metodología etnográfica

Sobre la metodología de las ciencias sociales y, por lo tanto, en la sociología jurídica, existen diversas voces sobre los enfoques que sirven para conocer la experiencia de los individuos en respecto de determinados fenómenos. Los hay quienes defienden que el mundo debe ser estudiado en su estado natural sin ser contaminado o alterado -como si eso fuese posible-, corriente denominada “naturalista”, y sus métodos no implican intervención artificial como experimentos o encuestas, pues se debe describir *qué sucede en el lugar, cómo la gente se involucra y entiende sus propias acciones y las de otros, y el contexto en que la acción sucede*. (Hammersley & Atkinson, 2001)

Diversa postura es el enfoque cualitativo-interpretativo (DELLA PORTA & Keating, 2013) que pretende poner al descubierto los significados que los seres humanos atribuyen a su conducta y al mundo exterior, así como entender los fenómenos sociales desde la perspectiva de sus protagonistas (Taylor & Bogdan, 1987). Acepta técnicas como la observación, la entrevista a profundidad y otros que generen datos descriptivos, sin rechazar la propia experiencia de quien investiga como parte de los resultados.

En esta investigación se siguió el enfoque interpretativo a través de la etnografía que si bien ha sido una herramienta originalmente antropológica que ha apoyado a las investigaciones sociales por la amplitud de sus fuentes de información, es útil para investigaciones sociales interdisciplinarias como la que nos ocupa en esta ocasión. Con esta herramienta es posible investigar de forma abierta o encubierta sobre la vida cotidiana de las personas durante un periodo de tiempo, observando qué sucede, escuchado qué se dice, haciendo preguntas; haciendo acopio de cualquier dato disponible (Hammersley & Atkinson, 2001).

Así la etnografía se ha utilizado en diversos estudios socio-jurídicos para conocer la dinámica cotidiana de los juzgados, cómo los empleados trabajaban diariamente en él, y un acercamiento a los lugares, trayectorias y tiempos de los expedientes (Del Carril, 2004), para conocer cómo los/las agentes de la justicia transforman y traducen las historias narradas en la construcción de la versión judicial (Daich, 2012), para aprender las labores rutinarias de la fabricación de los documentos judiciales y entrar en el día a día de la vida del juzgado (Abello Castiblanco, 2016), así como para descubrir cómo es el proceso de construcción del expediente judicial (Crivos, 2004).

De forma particular, el feminismo ha refrendado la utilidad de conocer la experiencia empírica de las mujeres y hombres respecto a las instituciones legales, los valores jurídicos y los espacios judiciales, así como sus actores (Yañes Pérez, 2017) a través de los métodos cualitativos de la sociología jurídica, entre los que se encuentra la etnografía.

En relación con los estudios de género en la ciencia jurídica, la etnografía se ha empleado para conocer la experiencia de las mujeres en diversos espacios judiciales acerca del funcionamiento del juzgado, los patrones de uso por parte de las y los usuarios del derecho, y los mecanismos que se utilizan para conciliar y dirimir los conflictos, para descubrir patrones de uso de los juzgados entre hombres y mujeres (Yañes Pérez, 2017), las características del trato que reciben las mujeres (Calsamiglia, 2010), para mostrar como el reduccionismo de la violencia de género y la burocratización de la atención redundan en procesos de culpabilización (Montes Maldonado, 2014), cómo las prácticas jurídicas de los/as operadores/as inciden negativamente en algunos derechos de las mujeres (Rodríguez Luna & Bodelón, 2015), incluso aprender los significados que los diversos profesionales comparten sobre el funcionamiento de la legislación especializada contra la violencia familiar en juzgados familiares (Sancho Sancho, 2016), y para recoger aquellos elementos y procesos que constituyen la victimización secundaria de los menores víctimas de violencia de género dentro del contexto de los juzgados (Ribera I Cano, 2019).

Las consideraciones anteriores llevaron a la determinación de ser el método etnográfico el idóneo para conocer la experiencia de las mujeres en los espacios judiciales y tener la posibilidad de conocer las posibles manifestaciones de victimización secundaria que ocurren con motivo de los trámites familiares.

Si bien Taylor y Bogdan en su obra “Introducción a los Métodos Cualitativos” apenas dedican una línea para señalar que la etnografía es una

herramienta de origen antropológico, pero dedican gran parte de su obra a describir cómo realizar con éxito las herramientas más destacadas de la etnografía. (Taylor & Bogdan, 1987)

En esta investigación se hizo uso de la etnografía como herramienta para introducirse en la vida cotidiana de los espacios judiciales de familia del primer partido judicial en el estado de Colima, para conocer las conductas y manifestaciones de victimización secundaria sobre las mujeres cuando su situación de violencia se hacen del conocimiento del Estado de forma expresa o implícita; se conocerá de cerca cómo litigantes y autoridades reproducen y participan en la victimización secundaria de las mujeres. Conductas que pueden o no estar relacionadas con los procesos de capacitación y sensibilización de unos y otros.

Para el diseño de la investigación etnográfica se tomaron como referencias la propuesta de trabajo de Hammersley y Atkinson (2001) quienes describen la etnografía como un todo; a diferencia de Bray (Bray, 2013) y Taylor y Bogdan que desagregan la etnografía en métodos específicos como observación participativa y entrevista. Esta segmentación es útil únicamente para efectos de la organización y triangulación de la información (Taylor & Bogdan, 1987). En la experiencia de la investigación etnográfica la frontera entre las técnicas es muy sutil. La triangulación de la información es inherente a la etnografía, aunque no se señale expresamente, siempre que se tenga apertura a diversas fuentes de información.

Con la intención de llevar un registro de información ordenado que sirva a la mejor comprensión del trayecto de esta investigación, se siguió la propuesta desagregada de la etnografía, en la que se distinguen la observación y las entrevistas. Además, es importante precisar que estas técnicas incluyeron la revisión de documentos físicos y digitales como expedientes, informes y otros registros, que forman parte del contexto.

LA OBSERVACIÓN PARTICIPANTE Y NO PARTICIPANTE

La observación llevada a cabo en esta investigación consistió en dos fases principales. La primera de observación participativa (Taylor & Bogdan, 1987) de inmersión dentro de los espacios de la defensoría pública adscrita a juzgados familiares y los cuatro juzgados familiares del primer partido judicial del estado de Colima, que abarca la zona conurbada del municipio de Colima y Villa de Álvarez, que conjuntan el mayor número de densidad demográfica del estado. En los espacios judiciales se observaron las dinámicas cotidianas de ventanilla en las que intervienen mujeres usuarias, en áreas de libre acceso como pasillos y área de atención al público en

las que se gestan las primeras interacciones entre las mujeres usuarias y el funcionamiento de la actuario. En estos espacios, en los que la investigadora fungía como litigante particular, no se requirió autorización de acceso para llevar a cabo la observación por tratarse de un área de libre acceso y se pudo tomar nota de los espacios, las personas y las interacciones propias y de terceros que permitieron conocer las dinámicas cotidianas que se generaban.

En esta primera fase de observación se realizó con lapsos de 1 a 2 horas diarias en diversos horarios durante 2 semanas. Durante ese periodo, se realizaron 3 sesiones de observación en las oficinas de la Defensoría Pública adscrita a juzgados familiares del primer partido judicial, 3 sesiones en los pasillos y mostrador del juzgado primero familiar, 5 sesiones en el segundo familiar, 4 sesiones en el tercero familiar y 1 sesión en el cuarto familiar. La diferencia en el número de sesiones fue motivada por la disposición y accesibilidad de los juzgados que propiciaba que la presencia de la investigadora levantara sospechas.

En una segunda fase, se observaron de forma no participante las interacciones más concretas entre las mujeres usuarias con la autoridad, litigantes y otros operadores durante la celebración de las audiencias de juicio de divorcio voluntario y las celebradas en los de controversias familiares tanto las de carácter conciliatorio como las destinadas al desahogo de pruebas y alegatos.

La decisión de observar las audiencias antes mencionadas, se tomó a partir de los siguientes elementos. Como se describió en el capítulo I de este documento, los trámites de controversias familiares y los trámites de divorcio voluntario y el necesario son los únicos que prevén celebración de algún tipo de audiencia en la que puede existir interacción directa entre la mujer usuaria y la autoridad judicial.

Un segundo elemento considerado fue que de los trámites anteriores en los que puede existir la interacción directa, de acuerdo con las cifras oficiales (Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Colima, 2020), los de mayor recurrencia en el año judicial 2018-2019 fueron los de controversias familiares y los divorcios voluntarios. Los divorcios necesarios son casi inexistentes.

Finalmente, al lograr el primer contacto con los *porteros* (Taylor & Bogdan, 1987) titulares de cada juzgado, y preguntarles sobre los trámites en los que suele existir más interacciones con las mujeres usuarias, todos coincidieron en señalar las audiencias orales de juicio de divorcio por mutuo consentimiento, las audiencias conciliatorias y las de pruebas y

alegatos, ambas en los juicios de controversias familiares sobre custodia, pensión alimenticia y convivencia.

Una vez determinados los momentos a observar, se gestionó autorización de la Presidencia del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Colima a través del Centro de Estudios Judiciales. El alcance de la autorización fue para permitir el ingreso a las audiencias siempre que las partes involucradas manifestaran su consentimiento para ello. Es así como a partir de las audiencias previamente programadas por la autoridad judicial durante los meses de febrero, marzo y abril de 2020, se tomó nota de las fechas y horarios para asistir. Sin embargo, con motivo de las medidas de confinamiento derivadas de la contingencia sanitaria por Covid19, la observación se detuvo en el mes de marzo de ese año.

Los acontecimientos observados en la primera fase se registraron en un diario de campo en el que se tomó nota de la fecha de la sesión o evento, hora de inicio del evento, hora de finalización, juzgado donde se desarrolló, nombre de evento y tipo de juicio, fecha de inicio del expediente principal, fecha de inicio del incidente (en su caso), número de expediente, descripción de participantes sobre género, rango de edad, tipo de rol (actor, demandado, litigante, defensor, autoridad, u otro), estado civil y número de hijos. Además se hacían anotaciones generales sobre el contenido de los escritos iniciales y otros escritos que pudieran dar información sobre la existencia o no de violencia de pareja.

Para la toma de datos se utilizó *guía de observación* para favorecer una observación enfocada y evitar distractores que pudieran hacer perder el rumbo a la investigación. Además, durante las audiencias, se procuró ingresar al recinto unos minutos previos al evento con la intención de llegar antes que los intervinientes y, que cuando arribaran, mi presencia no le pareciera intrusiva. Al ingresar se procuraba entablar plática casual con los informantes y se solicitaba autorización para tomar nota del contenido del expediente mientras llegaban la partes, así evitar revisar el expediente frente a ellos y que lo pudiesen percibir como acción intrusiva; en ocasiones el expediente no estaba a la mano de la autoridad por lo que me ofrecía a solicitarlo al archivo en archivo, acción que era bienvenida por la autoridad.

En esos minutos previos, se logró registrar las opiniones que la propia autoridad tenía sobre el asunto antes de la celebración de la audiencia, relatos que eran proporcionados una vez que se había generado la suficiente confianza con la suscrita.

Durante la audiencia se evitó la toma de notas frente a las personas ubicándome en la parte posterior de la habitación fuera de su alcance visual con la intención de que las personas intervinientes olvidaran mi presencia y pudiesen desenvolverse con naturalidad. Al finalizar la audiencia permanecía en el lugar para tomar notas breves de elementos clave así como recoger las impresiones de la autoridad sobre lo acontecido en la audiencia a través de lo que expresa inmediatamente después de que las personas ajenas abandonan el lugar. En el registro de esta información se tuvo especial cuidado de preservar la confianza de quienes comparten sus opiniones personales, para lograrlo el registro de datos en el *diario de campo* (Taylor & Bogdan, 1987) se realizaba lejos del alcance de las personas, sin señalar nombres o datos que identifiquen a las personas en lo particular.

Posterior a ello, solía permanecer afuera de la oficina o sala de juicio en que se había celebrado la audiencia con la intención de encontrarme con las mujeres usuarias y/o sus litigantes, para registrar sus opiniones sobre la experiencia, o bien agendar una posible cita posterior para una entrevista.

La visita recurrente a los cuatro juzgados familiares y la asistencia a audiencias, por un tiempo más o menos prolongado, permitió generar gradualmente la confianza con quienes trabajan en dichos espacios como secretarías de acuerdos, actuarías, auxiliares, ministerio público adscrito, personal de psicología y trabajo social. Al mismo tiempo se logró que litigantes se familiarizaran con mi presencia y con ello se favoreció que expresaran libremente sus opiniones o desplegar las conductas que habitualmente llevan en los juzgados con motivo del seguimiento a los expedientes. Al mismo tiempo favoreció que las personas usuarias tampoco me percibieran como persona ajena a los juzgados, incluso llegaban a pensar que era parte del personal del juzgado.

A partir de la Guía de Observación, se realizaron anotaciones en el diario de campo sobre los lugares, las personas, los datos contenidos en los expedientes, las expresiones y los discursos. También se tomó registro de la reflexividad sobre lo sucedido, cuidando que no transcurriera más de 20 minutos después del acontecimiento con la intención de expresar con el mayor número de detalle la información.

Para efectos de esta investigación cualitativa, el análisis de los documentos públicos consistentes en los propios expedientes, estadística judicial y los informes de la propia autoridad se realizó como parte de la observación no

participante con la finalidad de conocer el contexto de las relaciones entre las personas que participaban en las audiencias observadas.

Los expedientes revisados fueron aquellos sobre los que se programaron las audiencias observadas. La información obtenida de estos documentos, como se señaló en el apartado de observación, consistió en número de expediente, tipo de juicio, nombre del trámite que dio motivo a la audiencia, fecha de inicio del trámite, sexo y edad de las partes en juicio, estado civil de las partes y número de hijos, así como el sexo de los autorizados legales y si se trataba de litigantes particulares o personal de la defensoría de oficio³. Además de los datos anteriores, se tomó nota de las principales narrativas de las partes en sus escritos iniciales, así como el contenido de las actuaciones más recientes previo a la celebración de la audiencia.

La estadística judicial consultada fue la contenida en los informes de labores del Poder Judicial del Estado de Colima de los periodos 2018-2019 y 2019 a 2020. Además, se consultó las estadísticas sobre nupcialidad a cargo del Instituto Nacional de Estadística y Geografía INEGI.

Cabe destacar que un factor que favoreció la saturación de información por medio de la observación, fue que la investigadora cuenta con experiencia previa en la dinámica de los espacios judiciales, tanto como defensora pública en una institución especializada en atención a mujeres en situación de violencia durante tres años, y posteriormente como litigante particular principalmente en materia civil y familiar durante siete años. Experiencia que apoyó para la comprensión del lenguaje cotidiano de quienes operan en el sistema judicial, así como el conocimiento del aspecto normativo que enmarca las actuaciones judiciales. Sin embargo, esta aparente ventaja, también representó un reto importante para la investigadora, por las ideas preconcebidas que constantemente fueron puestas a prueba durante el proceso de la investigación.

LAS ENTREVISTAS CONVERSACIONALES Y A PROFUNDIDAD

A esta investigación etnográfica resultó útil aplicar entrevistas semiestructuradas considerando los intereses de esta investigación, las circunstancias del escenario, las personas a estudiar y las limitaciones prácticas enfrentadas.

3 Para determinar si se trataba de personal de defensoría de oficio se tomó como referencia el domicilio señalado para oír y recibir notificaciones. Aquellos domicilios diversos a los de alguna institución pública se consideraban propio de litigante particular.

Recordemos que el objetivo de esta investigación es conocer las manifestaciones de victimización secundaria de las mujeres con motivo de los trámites judiciales. Las circunstancias del escenario son que en dichas manifestaciones no sólo pueden existir en los espacios judiciales; las personas a estudiar son autoridades, litigantes, defensores y usuarias de la justicia familiar.

Es así que, apoyada con lo que señala Taylor y Bodgan (1987), las entrevistas son especialmente adecuadas en los casos en los que los escenarios o las personas no son accesibles de otro modo, como ocurrió en la fase de levantamiento de datos de esta investigación, en que por una parte el acceso a los recintos judiciales fue interrumpido por las razones expuestas en el líneas anteriores; además de que existen otros entornos en los que se suelen dar momentos de contacto directo entre usuarias y litigantes o defensores y a los que no se tiene acceso por la naturaleza privada dichos encuentros.

Con las entrevistas se pudo acceder a información en menos tiempo así como ampliar la información obtenida de la observación en pasillos y audiencias, para entender los *porqué* de las actitudes mostradas dentro y fuera de las audiencias. Aunque, es importante precisar que entre el periodo de observación y las entrevistas con los informantes transcurrieron varios meses, debido a que la suspensión de actividades en los juzgados y las políticas de confinamiento derivadas de la contingencia sanitaria por COVID19.

Una vez que se retomaron algunas actividades no esenciales, se identificaron aquellas autoridades, litigantes y defensores que por su recurrente contacto con la materia y los años de experiencia en la práctica pudieran ser pertinentes para brindar información útil a la investigación. En el caso de las usuarias identificadas se consideró aquellas que contaban con un expediente activo al momento de esta investigación.

Es así que se procedió a la selección considerando un *muestreo teórico* en el que la cantidad es irrelevante, lo que importa es el potencial de cada informante para ayudar en el desarrollo de comprensiones teóricas sobre el objetivo de la investigación, en este caso quienes por su frecuente contacto y los años de experiencia en justicia familiar resultaron con mayor potencial de entre las personas a las que se tuvo acceso.

Sobre la logística de la entrevista, en todos los casos se procuró un sitio con privacidad, a elección del entrevistado, donde se pudiese hablar sin interrupciones y la/el informante se sintiera relajado. Las autoridades eligieron los recintos judiciales; los litigantes y defensoría, sus propios

despachos u oficinas; las usuarias en lugares fuera su domicilio particular, con la intención de evitar la presencia de los hijos durante la entrevista.

En todas las entrevistas se utilizó la *guía de entrevista*, con la única intención de asegurar que todos los temas clave fueran abordados, pero se evitó que se convirtiera en un protocolo estructurado. Durante los encuentros se cuidó que fuese una entrevista relajada y con un tono de una conversación para favorecer la naturalidad, en el que se hicieron algunas anotaciones sobre la información vertida que fuese necesario aclarar o profundizar durante la entrevista.

Para evitar los riesgos que puede traer consigo la utilización de la técnica de entrevista sobre información exagerada o contradictoria, se procuraron los llamados *controles cruzados*, no para descubrir la verdad en sí misma, sino para extraer la perspectiva de los informantes sobre el fenómeno que se estudia. Para ello se examinaba la coherencia de los dichos en diferentes momentos del relato, así como en contraste con algunos episodios observados en el trabajo de campo para validar la consistencia entre lo observado con lo declarado en la entrevista y extraer la perspectiva del informante sobre hechos particulares.

Cabe considerar las dificultades al momento de acceder a los posibles informantes cuando el estudio está centrado en conocer las manifestaciones de victimización secundaria sobre las mujeres usuarias. Por una parte, el personal de juzgados y defensoría de oficio suelen estar saturados de trabajo, afectando la disponibilidad. Por otra parte, en cuanto al acceso a las mujeres usuarias, es preciso destacar las dificultades de contacto por motivos éticos y de protección de datos, así como la necesidad de evitar nuevas formas de revictimización.

El método de análisis de la información

En la investigación cualitativa, sistematizar constituye un proceso de organizar, acomodar, enlistar, estructura los datos de la investigación. Una forma de hacerlo es a través de la codificación asignados a los datos, a partir de los cuales se construyen conceptos teóricos relevantes. En lo particular, se realizó un primer proceso de agrupación de datos obtenidos de cada técnica.

La información obtenida por medio de la observación, y revisión de expedientes se capturó en una matriz de datos en Excel bajo los rubros de fecha, juzgado, evento, juicio, hora de inicio, hora de término, duración, tipo de participantes, sexo, grupo de edad, estado civil, hijos, reflexividad, observaciones generales. Al cruzar la información con la estadística

judicial se generaron resultados por tipo de juicio, como se expone más adelante.

La información obtenida de la técnica de entrevista se organizó por escrito en un primer momento por el rol del entrevistado y luego por temática abordada en referencia a las ideas principales en torno al acceso, comunicación y experiencia de las mujeres usuarias.

Esta primera forma agrupación permitió obtener un panorama amplio de la información que se había generado. A partir de propuesta metodológica de Taylor, se identificaron temas emergentes que permitieron la construcción de tipologías por tipo de actor. En un segundo momento de análisis de la información, se crearon temáticas partiendo de aquellos concretos que emergieron de los informantes, para lograr una descripción de la visión que suelen tener cada operador sobre las usuarias. Una vez realizada la descripción, se retornaba con cada tipo de informante para validar el contenido por medio de la triangulación. Esto permitió ampliar y realizar ajustes.

En las siguientes líneas se da cuenta de los resultados obtenidos de la etnografía y diversas técnicas de levantamiento de datos como la observación participante y no participante llevada a cabo en los juzgados familiares de primera instancia del Primer Partido Judicial del Estado de Colima, las entrevistas conversacionales obtenidas de los informantes y las entrevistas en profundidad a actores clave en la cadena de justicia en materia familiar de primera instancia. El trabajo de campo desarrollado entre noviembre del 2019 a marzo del 2020 y de octubre del 2020 a enero del 2021, generó como resultado 16 sesiones de observación participante, 28 sesiones de observación no participante en entornos judiciales en materia familiar, entre las que incluyen 18 entrevistas conversacionales, así como 10 entrevistas en profundidad.

SOBRE LOS RESULTADOS

Resultados de la observación

DE LA OBSERVACIÓN PARTICIPANTE

En total se realizaron 16 sesiones de observación participante en pasillos y ventanillas de los cuatro juzgados familiares y en la sala de espera de la Defensoría Pública con sede en el primer partido judicial.

En esas sesiones se observaron un total de 11 autoridades, 6 litigantes particulares, 10 usuarias y 4 defensores públicos. La mayoría de las

autoridades observadas fueron mujeres; por el contrario, la mayoría de los litigantes eran hombres. En el caso de usuarias, se observó presencia principalmente de mujeres pidiendo información en los pasillos y ventanas. Del personal de defensoría observado fue el mismo número de mujeres y hombres.

OBSERVACIÓN NO PARTICIPANTE

Con el uso de la técnica de observación no participante, se observaron 28 sesiones en total. De estas, 4 correspondían a audiencias de juicio oral de divorcio voluntario, 14 de audiencia de conciliación y 10 de audiencia de pruebas y alegatos, ambos tipos de audiencia en el marco de juicios familiares sobre custodia, alimentos y régimen de convivencia.

En las sesiones de audiencia oral en divorcio voluntario, participaron titulares de juzgado, secretarías de acuerdo y agentes del ministerio público adscritas a los juzgados familiares. La mayoría de estas autoridades observadas son mujeres con rango de edad en promedio 30-44 años. Como autorizados legales, se observó la participación de litigantes particulares⁴, tres mujeres y dos hombres. El rango de edad de la mayoría de las/los litigantes corresponde en partes iguales al grupo de 15-29 y de 45-59. La mayoría de las mujeres usuarias en el rango de edad 45-59 años, con hijos mayores de edad o sin hijos.

Además, durante el periodo de levantamiento de datos se asistió a 24 sesiones consistentes en audiencias de conciliación entre las partes (14 sesiones), o bien, para el desahogo de pruebas y alegatos (11 sesiones). En esos eventos se accedió a los expedientes y se obtuvo información sobre 26 usuarias en calidad de actoras y demandadas⁵, la mayoría en el rango de edad de 15-29 y de 30-44 años, solteras o separadas⁶ y con 1 a 2 hijos menores en común con la contraparte.

De los expedientes se observó que la mayoría de autorizadas/os de las usuarias son litigantes particulares hombres. En este grupo se incluyen aquellos litigantes que fueron autorizados posteriormente en sustitución

4 Se consideran litigantes particulares aquellos en los que se indica como domicilio procesal uno diverso al de alguna institución pública y no porta al momento de la audiencia uniforme que señale su pertenencia a alguna institución pública.

5 La calidad de actora o demandada es respecto del último incidente que se tramita en el expediente y que dio motivo a la celebración de la audiencia.

6 De la narración de hechos de los escritos de las partes en el expediente se desprendería que las mujeres aún casadas, se encontraban separadas del cónyuge demandado.

de algún defensor o defensora. No se observó que las usuarias con litigante particular le sustituyeran por un defensor/a de oficio.

En el caso de las audiencias de conciliación era común que no se celebraran por inasistencia las partes. De 14 fechas programadas, sólo 04 se celebraron con duración promedio de 1 hora con 20 minutos a cargo de el/la Secretaria de Acuerdos del juzgado. Las usuarias con litigante particular acudían en compañía de él; las usuarias de la defensoría asistían por su cuenta. Lo mismo ocurría en el caso de los hombres que contaban con litigante, acudían acompañados de él; los que eran usuarios de la defensoría, asistieron solos.

Diversas sesiones observadas fueron las que se desarrollaron con motivo de las audiencias de pruebas y alegatos en juicios de controversias familiares. De 10 fechas programadas, sólo 03 se celebraron con duración promedio de 40 minutos a cargo de el/la Secretaria de Acuerdos del juzgado. En ningún caso hubo asistencia de la mujer usuaria, quienes acudían eran la parte masculina del juicio en compañía de su litigante particular hombre también. De las cuatro audiencias celebradas, una de ellas era para determinar pensión compensatoria, y se declaró confesa a la mujer usuaria que no asistió; en otra audiencia sobre disminución del monto de pensión alimenticia, la contraparte masculina presentó testimoniales y a la usuaria ausente se le declaró confesa también; en otra audiencia sobre nulidad de notificación de convenio judicial promovido por el hombre, también se declaró confesa a la mujer usuaria.⁷

Resultados de las entrevistas

ENTREVISTAS CONVERSACIONALES

De los eventos observados se logró llevar a cabo 18 entrevistas conversacionales, en su mayoría con personal de las Secretarías de Acuerdos de tres de los cuatro juzgados familiares principalmente.

Entre los informantes entrevistados fueron 05 titulares de las Secretarías de acuerdos en su mayoría mujeres entre 30-40 años, 01 litigante particular mayor de 60 años y una usuaria entre 30 y 40 años.

7 En materia familiar, la declaración de confesa refiere únicamente a aquellas afirmaciones que se desprendan del pliego de posiciones que formula la contraparte, pero que en su momento son valoradas por la autoridad judicial considerando el alcance y el contenido de las mismas y en relación con otras pruebas existentes en el expediente. Por la naturaleza de las pretensiones del juicio que se discutía en las audiencias observadas, el alcance probatorio de la confesional no suele ser significativo para la resolución de fondo.

Algunos datos recabados de los informantes versaron sobre la recurrencia de no celebración de las audiencias conciliatorias por inasistencia de las partes sin que se identificaran los motivos de ellas o ellos. También se obtuvo de ellos información sobre la importante influencia que tienen los litigantes particulares hombres y mujeres en el logro de la conciliación de las partes al expresar que en ocasiones según el litigante que vienen autorizado en el escrito inicial pueden saber si el asunto se puede o no conciliar.

De los informantes se recogió que gran frecuencia con que ocurre el diferimiento de las audiencias de pruebas y alegatos por falta de informes rendidos sobre peritajes en psicología y trabajo social.

Asimismo, se recabó información que afirma la recurrencia de abandono o falta de impulso de las usuarias una vez que se decreta la custodia y pensión alimenticia provisional a favor de sus menores hijos.

ENTREVISTAS A PROFUNDIDAD

Se entrevistó a 10 informantes, 5 mujeres y 5 hombres que juegan roles distintos en la cadena de justicia, como se detalla:

Autoridades:

Titular de juzgado familiar con 23 años de trayectoria y experiencia en materia civil y familiar en el Poder Judicial del Estado de Colima con diversos cursos de capacitación y especialización; titular de secretaría de acuerdos con 17 años de trayectoria en la impartición de justicia y 7 años en materia familiar; titular de secretaría de acuerdos con 12 años de trayectoria y experiencia en materia familiar; Agente de Fiscalía con adscripción a los juzgados familiares

Litigantes:

Litigante con experiencia en materia familiar, primero como practicante mientras estudiaba la carrera de Derecho, después como prestador de servicio constitucional en juzgado civil y familiar; una vez titulado comenzó a litigar en diversas materias entre las que se encuentra la materia familiar desde hace quince años. Cuenta con cursos de especialización en derecho procesal civil y familiar, así como estudios de Maestría con especialización en materia penal. Actualmente sólo el 15% de su carga de trabajo es en materia familiar, el resto de los asuntos son principalmente en materia penal.

Litigante con catorce años de experiencia en materia penal primero como funcionario público y luego como litigante. Hace diez años incur-

siona también en materia familiar, de forma alternada con la materia penal principalmente.

Litigante con diez años de experiencia en litigio penal y fiscal principalmente. Con 5 años litigando materia familiar de forma alternada con otras materias.

Defensores:

Defensor público con 13 de experiencia en la defensoría pública. Inició como practicante en el área civil de la defensoría pública. Una vez que es nombrado defensor, hace diez años, se enfocó a la materia civil, familiar y mercantil. Actualmente está adscrito a los juzgados familiares y mercantiles del primer partido judicial desde el año 2017.

Usuaris:

Las usuarias con quienes se tuvo contacto como litigante particular en la fase de observación participante son Verónica, Jennifer, Marisol y Susana. Todas tienen la licenciatura terminada y ejercen su profesión en trabajos formales en donde cuentan con todas las prestaciones de ley y cumplen un horario laboral. Todas tienen dos hijos en común con su expareja y tres de ellas son víctimas de violencia de pareja. Todas iniciaron trámite de custodia y pensión alimenticia en el periodo de la investigación con la asesoría de la investigadora.

Además de ellas, se tuvo acceso a dos usuarias de la justicia familiar con trámite de custodia vigente. Los nombres que se señalan de ellas y sus hijas e hijos son ficticios con la intención de cuidar su identidad. Ninguna fue ni ha sido clienta de la investigadora. Ellas son:

Sahara. Mujer profesionista con estudios en licenciatura en Derecho, 30 años, usuaria del Centro de Justicia para la Mujer con juicio vigente en materia familiar sobre guarda y custodia de sus dos hijos Adrián de 7 años y Evaristo de 5 años de edad. Durante la vida matrimonial se dedicó preponderantemente al hogar y como apoyo en el negocio familiar de la expareja quien es abogado penalista. Con motivo de la separación, la expareja sustrajo a sus hijos y hasta la fecha no ha podido convivir con ellos. Durante el trámite ha recibido diversos chantajes de su pareja de regresar con él y dar por terminado el trámite, a cambio de permitirle ver a sus hijos.

Georgina. Mujer profesionista con 38 años de edad, usuaria del Centro Municipal de la Mujer y posteriormente litigante mujer, cuenta con juicio vigente en materia familiar sobre guarda y custodia y pensión alimenticia para sus hijos Rafael de 6 y Mariela de 2 años de edad. Durante la vida matrimonial y posterior a ella ha estado laboralmente activa en un

empleo de carácter administrativo en donde goza de prestaciones sociales; mientras que su expareja es médico y presta sus servicios en el sector público y privado. Con motivo de la tramitación del juicio, la violencia se exacerbó de tal manera que tuvo que solicitar una orden de protección en contra de su expareja y tuvo que cambiar de domicilio por motivos de seguridad.

BREVES CONSIDERACIONES DE LA INVESTIGACIÓN.

La experiencia en el levantamiento de datos estuvo rodeada de diversos elementos sorpresa, principalmente motivados por las medidas sanitarias y de confinamiento emitidas por las autoridades para hacer frente al COVID19. Esta circunstancia, se agregó a las dificultades suelen presentarse en las investigaciones de campo.

La aplicación de las técnicas de recopilación de datos fue gradual. Primero se hizo una inmersión en el ambiente con la observación participante en la que la investigadora se involucró de forma total como litigante particular, participó en la gestión de expedientes en los cuatro juzgados familiares. Esta tarea fue sencilla, pues ya se contaba con experiencia de diez años litigando la materia civil y familiar.

La saturación de información por medio de la observación participante se logró en un corto tiempo. Esta circunstancia provocó que a las pocas semanas se iniciaran las gestiones para ingresar a los espacios más restringidos como las audiencias, para aplicar la técnica de observación no participante.

La fase de observación no participante fue sin duda la más enriquecedora para descubrir la visión de quienes experimentan la impartición de justicia. El contacto constante con el personal de juzgado permitió enriquecer la experiencia más allá de la que se contaba por la experiencia como litigante particular.

Otro momento clave de reflexión para la investigadora fue el realizar las entrevistas a profundidad primero con personal de la defensoría en donde se comprendió la dinámica de trabajo de la defensoría, las condiciones en las que suelen trabajar los defensores, la capacidad de hacer más con menos, el nivel de tolerancia a la frustración que desarrollan ante la saturación de trabajo. Circunstancia que corroboré cuando en el resto de las entrevistas a otros actores, todos coincidían en la importante labor de la defensoría, la calidad del trabajo que se realiza por las y los defen-

sores, y la sobrecarga y lamentables condiciones de trabajo en las que se encuentran.

Del contacto con los litigantes en pasillos la experiencia no fue distinta a la que regularmente la investigadora ha vivido en los años de experiencia en el litigio. Sin embargo, los encuentros con litigantes en entrevista a profundidad sobre a sus experiencias particulares, fue uno de los mayores retos como investigadora.

Para el caso de los litigantes, sólo se pudo tener acceso a hombres de mediana edad. Con ellos mediaba una relación de amistad, con unos más que con otros. Sin embargo, con la intención de evitar resistencias sobre el tema y que pudieran expresarse libremente, al momento de contactarlos se señalaba que el objeto de la entrevista era conocer su experiencia como litigantes en materia familiar, esta estrategia funcionó porque mostraban apertura y mostraron compromiso con el ejercicio. Hubo litigantes con quienes ya se tenía un lazo de confianza por experiencias anteriores en el propio ejercicio de la profesión, en esos casos la entrevista fluyó libremente y hasta logramos estrechar lazos de amistad. Hubo un litigante en particular que al final de la entrevista señaló sentirse intimidado por el hecho de saber previamente que soy feminista y refirió que tuvo que cuidar sus palabras y expresiones para no herir susceptibilidades. Esta circunstancia me hizo reflexionar sobre la manera en que estaba desarrollando la investigación y los posibles sesgos que mi participación podría generar.

En la primera entrevista realizada a una autoridad, se percibió que al inicio existía resistencia para la libre expresión de ideas, sobretudo al saber que existiría un registro del contenido de la entrevista. Esto llevó a la decisión de hacer la aclaración de que la entrevista no sólo sería anónima, además el registro de voz no sería compartido con nadie de la comunidad jurídica en Colima.

Para las autoridades entrevistadas, saber que la información no sería compartida y que sus datos serían manejados con mucho cuidado, así como la forma de conducir las preguntas por parte de la entrevistadora, permitió que las narraciones fluyeran libremente al grado de resultar en una conversación más casual, sin pautas marcadas y con la libertad de excederse del tiempo originalmente programado.

En el caso de las entrevistas conversacionales y a profundidad con las usuarias, resultó más complicado de lo previsto. Las usuarias que acuden a los juzgados por lo general están temerosas y no suelen sentirse cómodas en los pasillos como para entablar una conversación casual con personas extrañas. Sólo en una ocasión se tuvo oportunidad de entablar una

comunicación relevante con una usuaria, de quien se obtuvieron datos de contacto para una entrevista posterior. En el caso de esa usuaria, el tiempo que transcurrió entre ese momento del encuentro casual en los pasillos de los juzgados y la entrevista por videollamada, fue de casi 11 meses; esta circunstancia permitió hacer durante la entrevista una especie de recuento de lo sucedido desde nuestro último encuentro. En el tiempo que transcurrió, la usuaria había acudido a recibir atención psicológica, por lo que logré percibir un notorio cambio de actitud sobre la situación de violencia que en su momento me compartió llorando en los juzgados, así como una mayor facilidad para narrar y verbalizar lo que había ocurrido.

En general, las entrevistas más difíciles de realizar fueron las que se aplicaron a las usuarias, precisamente por la visión de litigante que me acompaña pero que para efectos de la entrevista de investigación debía dejar de lado para no brindar asesoría o consejo legal alguno. Me atrevo a decir que callar y escuchar es el reto más grande de esta fase de la investigación.

FUENTES

- ABELLO, C. (2016). Forma y fondo: una etnografía de la materialidad de la justicia en Cali. *Pontificia Universidad Javeriana*, 82(82).
- BODELON, E. (1998). *La igualdad y el movimiento de mujeres: propuestas y metodología para el estudio de género*. ICPS/UAB.
- BRAY, Z. (2013). “Enfoques etnográficos”, *Enfoques y metodologías de las ciencias sociales, una perspectiva pluralista*. IKAL.
- CALSAMIGLIA, A., et. al. (2010). Un análisis psicosocial del ejercicio profesional de los agentes jurídico-penales en el abordaje de la violencia de género. *Psicología Jurídica-Ámbitos de aplicación*. Consellería de Presidencia, Administración Públicas e Xustiza Xunta de Galicia.
- CAMPOS, M. (2007), El (falso) problema cuantitativo-cualitativo, *Libera-bit Revista de Psicología*, 13.
- CRIVOS, L., et. al. (2004). Aproximaciones etnográficas al estudio de caso penal real. **Casos Penales. Construcción y Aprendizaje**. Fondo Editorial de Derecho y Economía.
- DAICH, D. (2012). Los procedimientos judiciales en los casos de violencia familiar. *Estudios de Antropología jurídica. Burocracias y Violencia*, Facultad de Filosofía y Letras UBA.

- DELLA Porta, D. y Keating, M. (2013). ¿Cuántos enfoques hay en ciencias sociales? Introducción epistemológica. *Enfoques y metodologías de las ciencias sociales, una perspectiva pluralista*. IKAL
- DEL Carril, S. (2004). *La invención de lo público en la construcción social del expediente*. FILO, UBA
- HAMMERSLEY, M. y Atkinson, P. (2001). *Etnografía. Métodos de Investigación*. Paidós Ibérica.
- MONTES, C. (2014). *Narrativas de la judicialización de la violencia doméstica: aproximación etnográfica en el Juzgado Especializado de Familia de Montevideo*. Udelar-FP
- RIBERA, M. (2019). *La experiencia de los menores víctima de violencia de género en los juzgados de Girona*. Univrsitat de Girona.
- RODRÍGUEZ, R. y Bodelón, E. (2015). Mujeres maltratadas en los juzgados: la etnografía como método para entender el derecho en acción. *Revista de Antropología Social*.
- SANCHO, M. (2016). *Violencia hacia la mujer en el ámbito familiar u/o pareja: un enfoque desde la ley civil 24.417 de Protección de Violencia Familiar*. UAB.
- SUPREMO Tribunal De Justicia Del Estado De Colima (2020). *Tercer Informe de Labores 2018-2019 del Poder Judicial del Estado de Colima*. STJ, p. 44.
- TAYLOR, S. y Bogdan, R. (1987). *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*. PAIDÓS.
- YAÑES, M. (2017), Sólo soy una mujer pero hija del mismo padre. Relatos de justicia indígena y control social con perspectiva de género en un juzgado indígena, *Open Journal Sistem del Colegio de Tlaxcala*, 17(33).

PARTE VI

OTROS TEMAS DE RELEVANCIA JURÍDICA

UNA APROXIMACIÓN LÓGICA Y COGNITIVA PARA LA EVALUACIÓN DE LA EVIDENCIA JURÍDICA

DAMIÁN ISLAS MONDRAGÓN

Universidad Juárez del Estado de Durango

Para la Filosofía del Derecho actual, las implicaciones que la evidencia tiene para la impartición de justicia representa un tema que puede ser abordado desde diferentes perspectivas. Por ejemplo, uno puede preguntarse cómo podemos calcular el “peso” de una evidencia dada. Ciertamente, la naturaleza y estructura de la evidencia en un proceso judicial está determinada por múltiples aspectos que impactan directamente en lo que podemos considerar la “calidad” de la evidencia con la que se establece el grado de confiabilidad o garantía (o prueba, en términos legales) de la evidencia.

Desde este último punto de vista, el tema de la evidencia cobra un carácter epistemológico en términos de calcular el grado en que una conclusión – en un proceso argumentativo como puede ser un alegato en la corte – está suficientemente fundamentado en “buena” evidencia, esto es, en suficiente y pertinente evidencia de calidad para el caso. No obstante, el concepto de ‘evidencia’ que en los contextos legales se refiere básicamente a la evidencia física, no siempre se ocupa de estos y otros aspectos epistemológicos. Es por ello que en este texto quiero enfocarme en algunos aspectos cognitivos y lógicos que inciden en la generación y evaluación de la evidencia a partir de procesos inferenciales abductivos e hipotético-deductivos. En la primer parte del texto explicaré qué es una abducción o inferencia a la mejor explicación. En la segunda parte caracterizaré el canónico argumento hipotético-deductivo como una forma alternativa de generar explicaciones de hipótesis relevantes. En la tercera parte presentaré algunos argumentos para mostrar que no es posible confirmar ni disconfirmar de manera conclusiva una hipótesis a partir de la evidencia. Finalmente, presentaré algunas conclusiones que pueden inferirse del presente análisis.

LA INFERENCIA A LA MEJOR EXPLICACIÓN.

Podemos distinguir dos tipos básicos de explicaciones argumentativas construidas a partir de las relaciones lógicas existentes entre el expla-

nandum y el explanans, a saber, las explicaciones de tipo inductivo y las explicaciones de tipo deductivo. La abducción o inferencia a la mejor explicación es un tipo de razonamiento inductivo que le otorga un papel central a las consideraciones explicativas. La etimología de la palabra ‘abducción’ proviene del latín ‘abductio’ que significa ‘separación’. En la antigüedad, en su libro titulado *Analíticos Primeros*, Aristóteles analizó el tipo de argumentos que contenían en su interior premisas no necesarias; sino tan sólo probables (Aristotle, AP, 25b). A finales del siglo XIX, este tipo de razonamiento fue puesto en la agenda filosófica bajo el nombre de ‘abducción’ por C.S. Peirce (1839-1914). En la actualidad existen diferentes maneras de definir lo que es un argumento abductivo, las cuales dependen de los objetivos de aplicación que se tengan en mente. En un primer acercamiento, podemos definir a la abducción como un proceso de razonamiento cuyo producto es una explicación abductiva específica que muestra una cierta estructura inferencial.

Por un lado, los razonamientos abductivos pueden elaborarse para la construcción de hipótesis que potencialmente expliquen el explanandum. Por otro lado, también pueden elaborarse para la construcción de hipótesis que potencialmente expliquen el explanans. El primer tipo de proceso aspira a proporcionarnos explicaciones de primer orden, mientras que el segundo tipo de proceso aspira a proporcionarnos explicaciones de segundo orden. Esto es así porque el proceso de primer orden trata de explicar de manera directa – proceso que podemos caracterizar como un proceso heurístico – un hecho en cuestión; mientras que el proceso de segundo orden trata de explicar propuestas explicativas – de manera evaluativa – acerca de estos hechos.

En el tema que nos ocupa, las explicaciones de primer orden pueden ser utilizadas para explicar distintos hechos que constituyen el contenido material de lo que consideramos una evidencia a favor o en contra de una hipótesis jurídica. En cambio, con las explicaciones de segundo orden podemos evaluar distintas propuestas explicativas – que frecuente son contrarias por ejemplo en un litigio jurídico – sobre la interpretación de estos hechos.

Las explicaciones de primer orden son detonadas, generalmente, por hechos o sucesos sorprendidos o novedosos. Las explicaciones de segundo orden se detonan, generalmente, por las anomalías explicativas que exhiben diversas teorías en diferentes contextos como son contextos de descubrimiento en la investigación de las pruebas o evidencia; pero también en otros ámbitos de la investigación como en el diagnóstico clínico o

de laboratorio en los que se analizan pruebas o evidencia más sofisticada como rastros de DNA.

Con lo anteriormente expuesto, podamos establecer tres tipos característicos de explicaciones abductivas:

1. *Razonamiento científico*: cuando explicamos un proceso observable a partir de uno no observable. Como en el caso del rastro de evidencia cromosomática.
2. *Razonamiento estadístico*: cuando se explica un hecho vía un diagnóstico. Por ejemplo, cuando un médico forense investiga la muerte de una persona y se le informa que esta persona muestra residuos de alimento contaminado. Con esta información, el médico forense puede diagnosticar que probablemente dicha persona fue envenenada.
3. *Razonamiento del sentido común*: cuando se explican observaciones con hechos simples. Este tipo de explicaciones suelen ser causales. Por ejemplo, cuando llegamos a casa y observamos que la chapa de la puerta ha sido violada, solemos atribuir este hecho a que posiblemente alguien entró a robar.

Este tipo de ejemplos parecen ser simples, pero pueden complicarse cuando son varias las opciones que pueden explicar un mismo hecho. En este caso, debemos primero determinar qué elementos participan y de qué manera en la construcción y selección de las posibles explicaciones abductivas. Este proceso también parece implicar aspectos contextuales que varían de una explicación a otra.

Un rasgo común a las explicaciones abductivas de segundo orden es que el tipo de explicación abductiva que se hace depende en gran medida del conocimiento previamente aceptado, de manera tácita o explícita, con el que nos acercamos al hecho. Tales presupuestos del agente pueden ser de carácter teórico en situaciones científicas – como en el caso de la evidencia jurídica – o de carácter de sentido común en situaciones de la vida cotidiana. Por ello, podemos afirmar que un rasgo general de la abducción es que las explicaciones abductivas son siempre una explicación con respecto a algún cuerpo de conocimiento o creencias previamente aceptadas.

Las explicaciones abductivas pueden no sólo requerir del involucramiento de nuestros marcos conceptuales actuales; sino de la creación de nuevos conceptos que posibiliten una nueva descripción relevante del hecho en cuestión. Esta posibilidad sin duda es uno de los rasgos heurísticos más interesantes de este tipo de explicaciones. También puede ser el caso que lo que aprendemos a partir de una explicación abductiva modifique

nuestro marco conceptual antiguo, invalidándolo o modificándolo parcialmente. Este rasgo establece una relación dinámica entre las explicaciones abductivas y nuestros marcos conceptuales aceptados. Veamos con un poco de más detalle el proceso inferencial abductivo.

Dado que un hecho bajo investigación X o una situación problemática S puede ser investigado a partir de innumerables intereses cognitivos, lo que se considere la “mejor explicación” de un aspecto específico relevante del hecho bajo investigación X o la situación problemática S, dependerá del interés (o intereses) explicativo (s) que se tenga (n). En otras palabras, la mejor explicación de tal aspecto relevante en relación a X o S dependerá y será guiado por nuestro interés explicativo. Este interés explicativo puede estar sesgado voluntaria o involuntariamente. El sesgo voluntario dependerá de los acotamientos cognitivos llamémosles ‘conscientes’ con los que el sujeto epistémico define los aspectos relevantes de X o S. El sesgo involuntario tiene que ver con aquellos aspectos pertinentes al interés explicativo del sujeto epistémico en relación a los aspectos relevantes de X o S que dicho sujeto epistémico no alcanza a ver en un momento y contexto específicos.

Las explicaciones abductivas de primer orden se hacen a partir de un hecho bajo investigación X o una situación problemática S que queremos explicar. Para que un hecho o una situación problemática determinada se conviertan en X o S se requieren de, al menos, dos elementos. Primero, que X o S sean vistos como problemáticos al interior de un marco teórico/conceptual específico. Esto es así porque un hecho particular puede no requerir explicación en un contexto y sí en otro. Sin embargo, notemos que el sólo hecho de que una situación se convierta en problemática al interior de un marco teórico/conceptual específico, requiere en sí mismo de un tipo de explicación que puede ser abductiva. En este punto quiero enfatizar que, si X o S han de ser considerados un hecho bajo investigación o una situación problemática, X o S deben exhibir “insuficiencia auto explicativa”. Esto sucede cuando nuestro acercamiento epistémico a X o S sólo alcanza a proporcionarnos información incompleta o parcial para generar una explicación epistémicamente satisfactoria de X o S.

Ahora bien, podemos requerir de una inferencia a la mejor explicación de segundo orden cuando existen dos o más propuestas explicativas diferentes, llamémosles a y b, que pretenden explicar X o S. Estas explicaciones de segundo orden no intentan responder al tipo de preguntas “¿Por qué X o S?” (como sucede con las explicaciones de primer orden); sino responder al tipo de preguntas comparativas del tipo “¿Por qué a y no b

es una buena explicación de X o S?”. Hasta aquí la caracterización de este tipo de inferencias a la mejor explicación. A continuación, caracterizaré el tipo de argumento canónico hipotético-deductivo como una metodología explicativa.

ARGUMENTOS HIPOTÉTICOS-DEDUCTIVOS.

De acuerdo con el método Hipotético-Deductivo de la explicación desarrollado por Carl Hempel (1966) y Karl Popper (1959), entre otros autores; el objetivo de este método es establecer bajo qué condiciones una Hipótesis (H) es verdadera o falsa, por lo que el método Hipotético-Deductivo es un método de prueba. Usualmente, la prueba a la que es sometida una hipótesis H tiene una naturaleza condicional de la forma CPA, (CI \rightarrow E); donde CPA denota el conocimiento previamente aceptado; CI el conjunto de condiciones iniciales del hecho o problema bajo investigación; E denota la evidencia predicha por H; \models es el signo de la implicación lógica; \rightarrow es el signo del consecuente lógico y \neg es el signo de la negación.

Es importante notar a este respecto que existen varias nociones de ‘implicación lógica’ que no siempre son equivalentes entre sí. Sin embargo, la forma canónica de caracterizar una consecuencia lógica es (i) a través de un sistema deductivo consistente en una lista de axiomas y reglas de inferencia y (ii) a través de un modelo semántico de interpretaciones de lenguajes formales. Aquí no es el lugar para analizar las ventajas que exhibe cada uno de estos sistemas, por lo que en lo que sigue, me estaré refiriendo al primer tipo de explicación deductiva de la consecuencia lógica en el que Γ es un conjunto de proposiciones del lenguaje natural, γ es un conjunto de fórmulas, φ es una fórmula bien formada de un lenguaje formal dado y D es un sistema deductivo.

Con estos elementos podemos caracterizar a través de una inferencia deductiva válida que una evidencia específica (E) se corrobora a partir del llamado Modus Ponendo Ponens de la siguiente manera, a saber:

Esquema 1

$$\begin{array}{c} H \models (CPA, CI \rightarrow E) \\ H, CPA, CI \\ \hline E \end{array}$$

El esquema 1 puede leerse así, a saber, cuando una hipótesis (H) implica cierto conocimiento previamente aceptado (CPA) y ciertas condiciones iniciales (CI) que tienen como una de sus consecuencias la evidencia (E), si es el caso que (H), (CPA) y (CI) entonces se puede inferir válidamente la implicación de la evidencia (E) y ésta queda corroborada.

Asimismo, podemos caracterizar a través de una inferencia deductiva válida que una hipótesis específica (H) no se corrobora a partir del llamado Modus Tollendo Tollens:

Esquema 2

$$\begin{array}{l} H \models (CPA, CI \rightarrow E) \\ CPA, CI \text{ y } \neg E \\ \hline \neg H \end{array}$$

El esquema 2 puede leerse así, a saber, cuando una hipótesis (H) implica cierto conocimiento previamente aceptado (CPA) y ciertas condiciones iniciales (CI) que tienen como una de sus consecuencias la evidencia (E), si es el caso que (CPA) y (CI) pero *no es el caso* de la evidencia ($\neg E$), entonces puedo inferir válidamente que la hipótesis no se corrobora ($\neg H$)

Notemos que ambos esquemas descansan en la noción de implicación lógica que mencioné más arriba. Sin embargo, podemos preguntarnos cómo podemos saber con certeza que la evidencia implicada por una hipótesis específica ha sido efectivamente corroborada o falsada. A continuación desarrollaré algunos argumentos para sostener la idea de que no es posible corroborar - pero tampoco falsar - de manera conclusiva, la evidencia implicada por la hipótesis (H) bajo prueba.

NI CONFIRMACIÓN NI DISCONFIRMACIÓN DE LA EVIDENCIA

Existen varios argumentos que pueden ser desarrollados para mostrar que es difícil mostrar de manera conclusiva que una hipótesis (H) ha sido falsada. Algunos de estos argumentos son los siguientes, a saber:

1. Por la naturaleza misma del conocimiento previamente aceptado (CPA) y las condiciones iniciales (CI), podemos afirmar que toda hipótesis (H) surge en un estado de incompletitud intrínseco debido, entre otras razones, a que ninguna hipótesis puede contemplar (i) todos los potencialmente infinitos aspectos factuales que en principio

pertenecen al ámbito explicativo de una hipótesis particular y (ii) la limitación cognitiva intrínseca de los científicos que les imposibilitaría abarcar explicativamente todos estos aspectos factuales.

2. Ya mencionamos con los dos esquemas arriba desarrollados que una explicación es tradicionalmente evaluada a partir de la evidencia disponible en pro o en contra de dicha explicación, de tal manera que una hipótesis (H), relativa a cierto conocimiento previamente aceptado (CPA) y a ciertas condiciones iniciales (CI), es explicativamente exitosa si y sólo si implica la evidencia (E) que se supone debe explicar (esquema 1) y fracasa explicativamente si y sólo si la evidencia en cuestión no es implicada por H (esquema 2). Sin embargo, toda prueba general de la implicación lógica de una H no puede realizarse sin apelar de manera implícita o explícita a una o más hipótesis auxiliares (HA) que están íntimamente relacionadas con la hipótesis (H) principal. Si las hipótesis auxiliares (HA) son indispensables para derivar la prueba general a la que la hipótesis (H) principal es sometida, entonces es posible adjudicar la causa del fracaso explicativo a las hipótesis auxiliares (HA). No obstante, sabemos que las hipótesis auxiliares (HA) frecuentemente están expresadas en un lenguaje altamente idealizado, por lo que es posible sostener que éstas hipótesis auxiliares (HA) no están suficientemente concretizadas y así, rechazar el fracaso explicativo que se le adjudica a la hipótesis (H) principal en un momento determinado.

Ahora bien, tampoco es fácil mostrar que la evidencia (E) implicada por la hipótesis (H) puede ser confirmada conclusivamente. Estos son algunos argumentos a favor de esta idea, saber:

3. La derivación de una prueba general de la implicación presupone que los presupuestos lógico-matemáticos en los que se fundamenta la derivación de la evidencia (E) están convincentemente justificados, lo que en principio es cuestionable. Esto es, sabemos que no solo “los sentidos nos engañan”; sino que los instrumentos tecnocientíficos utilizados para el análisis de las pruebas (microscopios, secuenciadores, etc.) están contruidos a partir de un tipo de conocimiento lógico-matemático que es parte fundamental de las teorías ópticas, mecánicas, de ingeniería de materiales, etc. con los que se construyen tales instrumentos.
4. Si una hipótesis (H) establece el tipo de pruebas aceptables para corroborar la evidencia (E), difícilmente la evidencia (E) puede justificar la hipótesis (H) de manera no circular.

5. La observación está dirigida por necesidades, habilidades, límites, expectativas, intereses teóricos, asuntos políticos, de fama, de dinero, etc., además del conocimiento previamente aceptado (CPA) e hipótesis auxiliares (HA) que ya mencionamos más arriba. Si esto es así, la “objetividad” de la observación/descripción de la evidencia (E) puede estar seriamente comprometida por tales limitaciones o expectativas.
6. Un último argumento que mencionaré aquí es que para determinar que un hecho es el caso, debemos tener suficiente justificación teórica y empírica confiable para determinar que la evidencia es absolutamente independiente no sólo del conocimiento previamente aceptado (CPA); sino de los sistemas teóricos y conceptuales constitutivos de la metodología forense, criminalística, etc. utilizada.

En resumen, los anteriores argumentos sugieren que no podemos aseverar conclusivamente que se haya confirmado o disconfirmado la hipótesis (H) bajo prueba a partir de la evidencia disponible. En lo que resta de este texto, argumentaré que la evidencia en términos jurídicos puede ser sopesada de mejor manera desde la postura de la inferencia a la mejor explicación y no desde la postura de un argumento hipotético deductivo.

CONCLUSIONES

Hemos visto hasta aquí que no puede confirmarse o disconfirmarse conclusivamente una hipótesis (H) bajo prueba a partir de la evidencia (E) disponible. Asimismo, se mostró que es poco probable que los intereses explicativos de los sujetos epistémicos coincidan, lo que sugiere que dos o más explicaciones contrastativas difícilmente son conmensurables de una manera relevante. Por lo anterior, se sugirió que la inferencia a la mejor explicación, así como la explicación hipotética-deductiva, son evaluables, después de todo, sólo desde una perspectiva interna – endógena – a los marcos teórico/conceptuales específicos implícitos en dichas explicaciones. Esto es, la hipótesis (H) bajo prueba, el conocimiento previamente aceptado (CPA), las condiciones iniciales (CI) y las hipótesis auxiliares (HA) de alguna manera no trivial, determinan no sólo la metodología de la investigación forense, criminalística, etc.; sino que también establecen lo que puede (y debe) ser considerado como una evidencia (E) confiable.

Son varios los sesgos, voluntarios e involuntarios, cognitivos y empíricos que, en su conjunto, configuran el tipo de explicación de pri-

mer orden sobre un hecho bajo investigación X o sobre una situación problemática S desde un punto de vista de la inferencia a la mejor explicación. No obstante, dado que toda explicación se hace en un momento específico t_1 , siempre existe la posibilidad de generar mejores explicaciones en el futuro, esto es, en t_2 ; especialmente si se van eliminando, en la medida de lo posible, estos sesgos cognitivos perniciosos señalados en las secciones anteriores. Esta flexibilidad no la exhibe la metodología hipotética-deductiva desarrollada más arriba.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARISTOTLE (1941). *Analytica Priora*. Random House.
- HEMPEL, C. (1966). *Philosophy of natural science*. Prentice-Hall.
- POPPER, K. (1959). *The logic of scientific discovery*. Hutchinson.
- PEIRCE, C. S. (1994). *The Collected Papers of Charles Sanders Peirce*. Harvard University Press.
- LIPTON, P. (2004). *Inference to the Best Explanation*. Taylor and Francis Group.

DERECHO Y LITERATURA: ENCUENTROS Y DESENCUENTROS

MORÍN FLORES ALBA NIDIA
Universidad Autónoma de Querétaro

Tutor: Raúl Ruiz Canizales

Resumen: El presente estudio analiza las diversas formas de vinculación de la relación interdisciplinaria entre el derecho y la literatura, así como sus limitaciones o fronteras. Para tal efecto se parte de sus orígenes comunes y se enuncian las principales formas de unión a partir de su estudio formal en los años '70 en las universidades norteamericanas. Se advierte que en la literatura especializada no existe un corpus uniforme en el abordaje de las formas de vinculación, por tanto, se analizan aquellas en las que convergen los principales estudios; el derecho como literatura, el derecho de la literatura y el derecho en la literatura. Finalmente se identifican las fronteras que separan ambas disciplinas.

Palabras clave: derecho y literatura, vinculación, fronteras

DERECHO Y LITERATURA: UNA HISTORIA DE ENCUENTROS

A simple vista, la vinculación entre el derecho y la literatura no posee una conexión evidente, debido a que el derecho es concebido fundamentalmente como un cuerpo normativo, un discurso en donde predominan los conceptos, las categorías, las instituciones, la rigidez y la formalidad. La literatura, en cambio, es entendida por la generalidad como el espacio artístico donde predomina la ficción y el mundo de la fantasía.

Sin embargo, de un análisis pormenorizado se advierte la vinculación originaria presente y las transformaciones históricas similares en ambos imaginarios. En esta tesitura Pedro Talavera (2006) halla un origen común entre la poesía y el derecho, pues las primeras normas jurídicas como la Ley de las XII Tablas o las leyes de Cicerón se encontraban redactadas en forma de verso.

Empero, con la modernidad el derecho olvidó su origen poético primigenio y su aspiración fue construir una disciplina científica. De tal

manera que se dio el dominio de los textos escritos y códigos y en donde la figura del legislador era central para tratar de abarcar todas las hipótesis posibles. Paralelamente, en la literatura se presenta un fenómeno similar con la figura del narrador omnisciente quien narra la historia en tercera persona sin participar en ella y conoce el destino de los personajes.

En el siglo XIX cambia nuevamente la visión jurídica por la caída del ideal de la plenitud jurídica. Los jueces no son concebidos más como simples aplicadores de la ley y se convierten en verdaderos creadores del derecho. Se abandona la concepción mecanicista del juez que decidía las controversias a través del uso del silogismo y la subsunción dando paso a la concepción del juez como el principal protector de derechos y creador del derecho.

En la literatura, se presenta también dicho cambio. La linealidad del narrador y la omnisciencia del mismo desaparecen y dan paso al juego de tiempos en la narración. No se trata sólo de contar una historia respetando los tiempos cronológicos, en cambio se dan saltos en el tiempo manejados por la obra (Talavera, 2006, pp.10-13).

En el mismo sentido, Amalia Amaya (2012) considera que la historia del derecho y la literatura se encuentran unidas porque las expresiones literarias de las más antiguas culturas han plasmado problemas jurídicos, entre ellos podemos encontrar a *La Orestíada*, de Esquilo; *Antígona*, de Sófocles, en Grecia; *Las mil y una noches*, en la tradición árabe; las *Sagas islandesas*, como la de *Erik el Rojo*; el *Blagavad Gita*, en India o *Las Analectas* de Confucio, en la cultura china. Dichas obras plantean temáticas relacionadas con el Derecho.

Aunado a lo anterior, la formación jurídica hasta la segunda mitad del siglo XIX formaba parte de los estudios en humanidades. Dicha relación de hermandad se rompió debido a la profesionalización del Derecho y al afán del positivismo jurídico de querer constituir una ciencia del Derecho con un objeto propio e independiente ya entrados en el Siglo XX (Amaya, 2012, p.1).

Como se advierte, el derecho y la literatura poseen coincidencias en sus orígenes primigenios, en las expresiones literarias y en su evolución histórica, sin embargo, la relación interdisciplinaria denominada *Law and Literature* surgió formalmente en los años '70 del siglo XX en el seno del movimiento de los *Critical Legal Studies* en las universidades norteamericanas en confrontación a los análisis económicos del derecho.

Y es que la literatura devuelve la originaria posición humanista al derecho frente a la pretensión de desviarlo hacia fines utilitaristas econó-

micos, permite escapar a un futuro tecnocrático y sobre todo combate la deshumanización de los operadores jurídicos (Torres, 2006, p. 17). Por tanto, la confrontación del derecho con otras áreas de conocimiento, permite la formación de un espacio crítico, a partir del cual se pueden cuestionar los fundamentos, presupuestos y legitimidades del mismo (Karam y Magalhães, 2009, p. 166).

Ahora bien, a partir del surgimiento formal de la relación interdisciplinaria se han desarrollado una multiplicidad de encuentros entre ambos imaginarios, dichas formas de relación responden a distintas ópticas. De manera que, no existe un cuerpo teórico homogéneo en sus formas de estudio.

Así, autores como Francois Ost (2017) sostienen cuatro corrientes que estructuran el ámbito derecho y literatura: el derecho de la literatura, el derecho como literatura, el derecho en la literatura y el derecho por la literatura. José Calvo (2008) advierte tres intersecciones: instrumental, estructural e institucional. Carlos Pérez (2012) sostiene tres dimensiones: artística, interpretativa y escrita. Andrés Botero (2008) encuentra un modelo retórico, expositivo, metodológico, analítico, jurídico y estético y Rodrigo Díez (2008) prefiere hablar de una visión bipartita de la corriente, señalando una escuela edificante y una escuela científica.

De esta manera se hallan diversas formas de estudio y análisis de la relación interdisciplinaria. Sin embargo, por la coincidencia en sus presupuestos, aunque sean referidos de maneras diversas, se analizarán el derecho *como* literatura, el derecho *en* la literatura y el derecho *de* la literatura.

EL DERECHO COMO LITERATURA

Dentro de la tradición jurídica anglosajona esta forma de intersección ha sido una de las más desarrolladas y estudiadas. Esta forma de encuentro busca aplicar las mismas categorías interpretativas y métodos de la crítica literaria a los distintos textos normativos, es decir, sus partidarios sostienen que la metodología interpretativa de los textos literarios puede ser aplicada a los textos jurídicos en tres campos fundamentales: el interpretativo, el retórico y el narrativo.

En el campo interpretativo, se admite la existencia de una unidad hermenéutica que vincula a ambas disciplinas permitiendo la aplicación de una misma metodología en la interpretación de textos jurídicos y literarios. Entre sus principales partidarios se encuentra Ronald Dworkin (1998) quien consideró la interpretación jurídica como una forma más

de interpretación, pues la problemática fundamental del derecho es de carácter hermenéutico. De manera que, la labor del juzgador puede ser comparada a la de un escritor dentro de una novela en cadena (p. 173)

Por otra parte, en el campo retórico, para Leonor Suárez (2017) el derecho y la literatura comparten a la persuasión como elemento común ya que el discurso jurídico además de estar orientado hacia la prescripción, también pretende convencer, objetivo principal de la literatura. La capacidad de persuasión es trascendental en ambas disciplinas, en la literatura el convencimiento de lo leído es fundamental, mientras que en el derecho la persuasión ofrece criterios de corrección, por ejemplo, la Constitución es persuasiva en cuanto a la moralidad de modelos comunitarios de justicia.

Por lo que respecta al campo narrativo, el derecho y la narración se encuentran unidos de forma inseparable. Para Robert Cover (2002) es imposible pensar en la existencia de preceptos legales e instituciones jurídicas que no se encuentren respaldadas por narraciones que les den significado. Para este autor, el derecho concebido desde las narraciones pasa de ser un mundo prescriptivo y se convierte en el mundo en que habitamos (p. 16).

Derivado de lo anterior, se advierte la imposibilidad de concebir el mundo del *nomos* alejado de la narración. Los preceptos legales se sitúan dentro de un discurso narrativo y las narraciones no escapan al mundo prescriptivo. Por tanto, el derecho y la narración se encuentran vinculados de forma indisoluble. De esta manera, la naturaleza esencial del derecho es la narración, ya sea ante los tribunales (en donde las partes narran sus historias para generar convicción en el juzgador), ya sea como expresión de la decisión judicial o finalmente, como la existencia de relatos fundantes en el derecho.

Para Pedro Talavera (2006) existen tres formas en las que el derecho se encuentra conectado con la narrativa literaria. La primera, es la existencia de los relatos fundantes en el derecho; la segunda, es la conexión narrativa en la argumentación jurídica por la transición del paradigma positivista; la tercera, es la conexión que encuentra en la práctica jurídica, dado que, las historias jurídicas son relatos narrados ante un tribunal (p. 38).

Los relatos fundantes constituyen las narraciones que justifican la existencia del derecho, tales como el contrato social. Por su parte, la conexión narrativa se redimensiona debido a la importancia actual de la argumentación jurídica en la labor del juzgador que pasa de ser un simple aplicador del derecho a la de un funcionario cuya labor es fundamentalmente argumentativa (Talavera, 2006, p. 41). Finalmente, el derecho se

encuentra vinculado a la narrativa literaria porque un caso llevado ante los tribunales posee la naturaleza esencial de un relato.

En el mismo sentido, Jerome Bruner (2002) puntualiza la forma de entender esta vinculación al considerar:

Una historia judicial es una historia narrada en un tribunal. Que refiere alguna acción que según una parte en el proceso fue cometida por otra, acción que perjudicó al acusador y violó una ley que prohíbe actos de este género. La historia de la parte contraria busca rechazar la acusación presentando otra versión de lo sucedido, o bien afirmando que la acción en cuestión no perjudicó al acusador ni violó la ley referida. Tales versiones contrapuestas son el centro de aquello que nosotros llamamos vagamente “diario de justicia en el tribunal”. (p. 41).

Por tanto, todas estas narraciones subsisten en lo que llamamos un proceso jurisdiccional y se encuentran muy cerca de las ficciones literarias contadas en los libros, solo que las narraciones jurídicas son relatadas frente a un tribunal y su pretensión es la restauración del orden modificado por el demandado, mientras que las pretensiones de las novelas no son otras sino generar placer a quien las lee.

Esta forma de vinculación entre el derecho y la literatura aporta al mundo jurídico una visión desmitificadora del derecho como disciplina alejada de la literatura, debido a que cada forma de relación que se encuentra en el seno de la misma (interpretativa, retórica y narrativa), muestra el vínculo indisoluble que posee con el lenguaje y con la literatura. De tal manera que posibilita un acercamiento a la parte literaria del derecho y, con ello, permite observarlo desde otra visión.

Sin embargo, es necesario señalar que esta forma de vinculación tiene auge en la mayoría de los países anglosajones debido a las particularidades de sus sistemas jurídicos basados en la oralidad y el uso de precedentes, mientras que el campo narrativo y retórico encuentra mayores análisis en Europa y pocos en América Latina.

EL DERECHO DE LA LITERATURA

De entre las múltiples y variadas formas de intersección entre el imaginario jurídico y el literario se halla esta forma de vinculación, la cual constituye la manera más apegada al ordenamiento jurídico, pues los análisis se enfocan a la regulación jurídica de la producción literaria. Para Ost (2017) esta forma de unión constituye un enfoque transversal entre el mundo jurídico y el mundo literario al reunir diferentes temáticas analizadas por

el derecho penal, el derecho privado, el de derecho público y el derecho administrativo en la regulación de la producción literaria (p. 27).

Los análisis efectuados en este campo pertenecen al campo normativo y se enfocan en la regulación jurídica en temáticas como los delitos de prensa como las calumnias, insultos, discursos que ataquen la paz y buenas costumbres, censura, obscenidad, incitación a la violencia, derechos de autor, problemáticas derivadas de la libertad de expresión y *copyright*.

EL DERECHO EN LA LITERATURA

Esta forma de vinculación entre el derecho y la literatura ha sido una de las más desarrolladas en América Latina y Europa. Para sus cultivadores, observar el fenómeno jurídico desde el estudio de obras literarias en donde privan temáticas jurídicas enriquece al derecho al permitir tener un conocimiento y una comprensión más profunda del mismo.

Para algunos autores, estudiar el derecho a través del análisis de obras pertenecientes a la literatura tiene como finalidad la reflexión crítica y filosófica de los problemas jurídicos fundamentales a los que el derecho se enfrenta (Talavera, 2006, p. 55). De manera que, la confrontación del derecho con el mundo literario a partir de la lectura de diversas obras posibilita el replanteamiento y la crítica a los cimientos del mismo, con ello permite el mejoramiento del mundo jurídico.

La premisa fundamental de la cual parten los estudios desarrollados desde esta óptica es que la literatura, empleando la terminología de Ost (2017) juega un papel de “subversión crítica” del derecho, debido a que en una gran cantidad de obras literarias encontramos argumentos relacionados con el fenómeno jurídico que constituyen cuestionamientos hacia sus fundamentos, estructuras e instituciones ya sea a través de la comedia, de la burla, de la paradoja o del exceso en la aplicación del mismo (p. 48).

Y es que, en una gran cantidad de obras literarias, el interés en temas y problemáticas jurídicas en las que ha retratado personajes vinculados con ellas. Podemos mencionar, por ejemplo, *Antígona* de Sófocles que lucha por la prevalencia de las leyes divinas sobre las humanas o un Joseph K en la obra *El proceso*, quien es víctima de la burocratización de la justicia y es acusado de un crimen que no sabe que cometió.

Por todo ello, los estudiosos de esta corriente sostienen que con el análisis de las obras literarias se puede reflexionar críticamente sobre una serie de cuestiones trascendentales que se plantean en el ámbito de lo jurídico como la relación entre el derecho y la justicia, la ley y la conciencia,

el poder y la política, la igualdad en la aplicación de la ley o la igualdad de género, entre otras. Argumentos relevantes y actuales en la filosofía jurídica que aparecen claramente en una gran cantidad de obras literarias.

Gracias al análisis de obras literarias se pueden cuestionar las estructuras, los fundamentos y los fines que ha construido la racionalidad jurídica y que, en muchos casos, se encuentran alejados de la realidad social y que el común de la sociedad no entiende, no legitima y reacciona críticamente ante ellos desde otras vertientes, por ejemplo, la literaria.

De manera que, la literatura juega un papel crítico al descubrir el velo de la realidad social y su importancia radica en el descubrimiento de verdades a través de las mentiras de la ficción “...los fraudes, embaucos y exageraciones de la literatura narrativa, sirven para expresar verdades profundas e inquietantes que solo de esta manera sesgada ven la luz” (Vargas, 2016, p. 8).

Ahora bien, para autores como Leonor Suárez (2017) esta forma de encuentro no se agota en la lectura de obras literarias con trasfondo jurídico, sino que además incluye otras dos conexiones; la primera, como herramienta metodológica; la segunda, como forma de indagar en los valores morales (p. 57).

El uso de la literatura como herramienta o instrumento metodológico/pedagógico en la enseñanza del derecho conlleva múltiples beneficios en diferentes ámbitos de la práctica jurídica. Acercar a los alumnos al estudio del derecho a partir de los textos literarios no solamente resulta mucho más atractivo, dinámico y ameno que el uso de los habituales recursos expositivos del docente, sino que, beneficia al ámbito de la dimensión práctica del derecho. En este sentido, el uso de la literatura como herramienta pedagógica ayuda a la ruptura de las formas de enseñanza tradicional y añeja que se sigue llevando a cabo en las más importantes Facultades de Derecho.

En cuanto a la forma de indagar en los valores morales, algunos autores como Martha Nussbaum (1997) sostienen que la lectura de obras clásicas de la literatura fomenta el desarrollo de capacidades morales en sus lectores, pues sitúa a estos en situaciones en donde se generan capacidades empáticas, cuestión de suma trascendencia en la labor del juzgador por el papel desempeñado dentro de la sociedad (p. 55)

Como se advierte, las formas de vinculación entre el derecho y la literatura no se agotan en los vínculos mencionados anteriormente; sin embargo, estos conforman los principales puntos de unión en donde con-

vergen la mayor parte de los estudios encontrados en la literatura especializada.

Ahora bien, hasta ahora, dentro de los resultados de la presente investigación se han señalado los puntos de convergencias que unen al mundo jurídico con el mundo literario; sin embargo, es indispensable puntualizar la existencia de fronteras claras en dicho encuentro, cuestión que será abordada en el próximo apartado.

FRONTERAS ENTRE EL MUNDO JURÍDICO Y EL MUNDO LITERARIO

Si bien, el imaginario jurídico y el literario convergen de múltiples y variadas maneras, se debe tener cuidado en el uso abusivo del movimiento derecho y literatura, pues ha dado lugar a la producción de ideas vagas e imprecisas en las narrativas jurídicas que no permiten distinguir los hechos del derecho, situación riesgosa para el mundo académico porque se puede caer en equiparar al derecho con la literatura, cuestión errónea (Taruffo 2007, p. 234).

La diferencia más evidente es que el discurso jurídico a través de su normatividad institucionaliza, clasifica, jerarquiza, sistematiza la realidad. Su finalidad es regular la conducta de los individuos en la sociedad y dar certeza jurídica en su aplicación. Por su parte, la literatura está completamente exenta de cualquier tipo de clasificación o sistematización, ella no tiene pretensiones de certeza y escapa a cualquier tipo de codificación o regulación en su expresión.

Así, la aproximación epistemológica a ambas narraciones es distinta. El acercamiento a la ficción se realiza desde una postura que suspende la incredulidad y solo busca la coherencia, mientras que en la narración en el derecho se asume una postura incrédula y se busca que los relatos correspondan con la realidad empírica. Además, en las narraciones jurídicas los hechos sobre el caso toman especial relevancia (Taruffo, 2007, p. 237)

De manera que, la institucionalización, formalización y codificación que el discurso jurídico se efectúa a través de las normas al establecer facultades y deberes claramente delimitados, en confrontación con la inexistencia de esa codificación en el campo literario. Por ello, la literatura amplía la posibilidad de pensamiento, en razón de que no se encuentra reducida a códigos y con ello evade la certidumbre que el derecho está obligado a proporcionar.

Para Ost (2017) además hay otra diferencia en la situación de los individuos en la novela del derecho como en la ficción literaria, pues mientras que en la primera el derecho al atribuir el estatus de persona establece facultades y deberes específicos de su conducta que sirven de modelo, en la ficción literaria existe una ambivalencia y ambigüedad en los personajes quienes no tienen roles específicos y están en constante juego de identidades (p. 33).

Por otra parte, en cuanto a la aplicación de una misma metodología en el campo jurídico y en el campo literario Posner (2004) niega rotundamente la idea de considerar al derecho como simple literatura, es decir, no admite la unidad hermenéutica entre disciplinas. Según este autor, la intencionalidad de ambos discursos es diversa:

Un poeta intenta crear una obra de arte, algo cuyo objetivo principal es crear belleza y dar placer...Un legislador intenta dar órdenes, no sólo a las personas cuya conducta está intentando regular sino también a los jueces que se verán obligados a aplicar esa legislación es situaciones concretas. Una orden está diseñada para establecer una vía directa entre la mente del que la da y la mente del que la recibe. (p. 247)

De esta forma, Posner considera que la línea que separa la posibilidad de la aplicación de los mismos métodos interpretativos de la crítica literaria al derecho la constituye el tipo de objeto en el mensaje, porque estos son diametralmente incompatibles. En la literatura el objeto es dar placer, en el derecho es la emisión de una orden que no debe separarse de la intención de quien la emite.

En otro orden de ideas, otra de las diferencias entre ambos imaginarios es que el derecho al perseguir certeza jurídica, crea hipótesis determinadas que guían en la resolución de casos y ello le permite resolver conflictos, mientras que la literatura no posee esas mismas características debido a la falta de límites que posee la creación literaria, lo cual genera variaciones y advierte situaciones con posibilidades ilimitadas de solución que son dadas desde mucho ángulos, en razón de que el artista no toma lo real como única vía de lo posible (Ost, 2017, p. 39).

Por su parte Pérez Vásquez (2012) identifica otro tipo de diferencias más allegadas a aspectos interpretativos y de expresión entre la poesía y el derecho. Sin embargo, éstas pueden extenderse a la narrativa literaria, debido a que la literatura comprende tanto el cuento como la poesía y la novela.

La primera de las diferencias se refiere a la forma en la que es usado el lenguaje. La literatura hace uso de la alegoría y las metáforas para expre-

sarse entendiendo con ello que las palabras usadas señalan o refieren cosas diferentes a las que aparecen textualmente en ellas, es decir, sustituyen significados. Por su parte, los textos legales nunca tendrán la pretensión de ser alegóricos, puesto que pretenden expresar certezas, por ello hacen uso del lenguaje de la forma más literal posible y evitar con ello las ambigüedades y vaguedades en los textos normativos.

Otra de las diferencias remite al mundo de la validez de la interpretación, en el mundo literario pueden coexistir posturas antagónicas en la interpretación de una obra artística. Sin embargo, esto no tiene cabida en el mundo del discurso jurídico, en él, no existe posibilidad alguna de coexistencia entre interpretaciones contrarias, debido a que siempre prevalece o se impone una interpretación sobre otra. Es imposible la coexistencia de diferentes posturas o visiones sobre un mismo caso, pues aunque dos tribunales puedan tener interpretaciones diversas sobre una misma norma, siempre existirá un tercero que genere la interpretación que prevalecerá en dicho caso (Pérez, 2012, pp. 4-10)

Como se advierte, el mundo jurídico y el mundo literario se encuentran unidos por el lenguaje, sin embargo, la frontera que los separa se encuentra precisamente en la función del mismo, pues mientras el derecho ordena, crea realidades y cambia situaciones jurídicas de las personas, la literatura abre posibilidades, expresa lo propiamente humano a través de sus personajes y expresa la realidad de una forma estética sin pretensiones prescriptivas.

Por tanto, aunque ambos imaginarios convergen en múltiples aspectos, también poseen fronteras determinadas, advertirlas evitará caer en confusiones y construir una relación interdisciplinaria sólida que permita el enriquecimiento jurídico y abra nuevas posibilidades para repensar el derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMAYA, A. (2012). *Derecho y Literatura*. Social Sciences Reserch Networks. Doi: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2064297>
- BOTERO, A. (2008). Derecho y Literatura un nuevo modelo para armar. Instrucciones de uso en J. Calvo (Ed.), *Implicación derecho literatura: Contribuciones a una Teoría literaria del Derecho* (pp.29-40). Comares.
- BRUNER, J. (2002). *La fabbrica delle storie. Diritto, letteratura, vita*. Editori Larteza.

- CALVO, J. (2008). Derecho y literatura. Intersecciones instrumental, estructural e institucional en J. Calvo (Ed.), *Implicación derecho literatura: Contribuciones a una Teoría literaria del Derecho* (pp. 3-28). Comares.
- COVER, R. (2002). *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*. Gedisa.
- DIEZ, R. (2008). Dejemos en paz a la literatura. *Isonomía, Revista de Filosofía y Teoría del Derecho*, (29), pp. 149-176. <https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i29.241>
- HART, L. y Dworkin, R. (1998). *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Siglo del Hombre Editores.
- KARAM, A. y Roberta y Magalhães, G. (2009). Derecho y Literatura. Acercamientos y perspectivas para repensar el derecho. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*, (4), 164-213.
- NUSSBAUM, M. (1997). *Justicia Poética*. Andrés Bello Editores.
- OST, F. (2017). Derecho y literatura: en la frontera entre los imaginarios jurídico y literario en E. Torres (coord.), *Derecho & literatura. El derecho en la literatura*. Libitum.
- POSNER, R. (2004). *Ley y Literatura*, Editorial Cuatro y el gato.
- SUÁREZ, L. (2017). Literatura del Derecho: Entre la ciencia jurídica y la crítica literaria. *Anamorphosis. Revista Internacional de Direito e Literatura*, 3(2), pp. 370-371. Doi: 10.21119/anamps.32.349-386
- TALAVERA, P. (2006). *Derecho y literatura. El reflejo de lo jurídico*. Comares.
- TARUFFO, M. (2007). Narrativas judiciales. *Revista de Derecho*, 10(1), p. 234.
- TORRES, M. (2006). Restaurar el derecho en su originaria y honorable posición humanista, *Revista Peruana de Derecho y literatura*, (1), pp. 13 – 23.
- VARGAS, M. (2016). *La verdad de las mentiras*. Alfaguara.
- VÁZQUEZ, C. (2012). *Derecho y Poesía: Una relación interpretativa*. UNAM.

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS COMPETICIONES DEPORTIVAS. MARCO DE ACTUACIÓN Y PROPUESTAS DE FUTURO

JOSÉ CARLOS PÉREZ ARIAS
Universidad Carlos III

Tutor: Alberto Palomar Olmeda

Resumen: El deporte, además de ser considerado una actividad física, constituye una industria que genera economía y riqueza. Para consolidar esta doble vertiente, tanto las Administraciones Públicas como las entidades y asociaciones deportivas están obligadas a intervenir de forma activa en las estructuras organizativas de las competiciones deportivas. Como respuesta a estas necesidades, el régimen jurídico de las competiciones estará conformado por normas que permitirán adaptarse a las exigencias de los tiempos vigentes.

Palabras clave: deporte, régimen jurídico, competición.

INTRODUCCIÓN

El deporte constituye una actividad física y cultural que forma parte de la vida cotidiana de los ciudadanos. Asimismo, durante los últimos tiempos, la actividad deportiva ha adquirido una nueva dimensión, convirtiéndose en una importante actividad económica de la industria del ocio y del entretenimiento.

La vertiente económica del fenómeno deportivo viene marcada por el desarrollo y estructuración de las competiciones deportivas. Esta dimensión económica puede corroborarse en el impacto del fútbol profesional sobre la economía española, generando un impacto equivalente al 1,37 % del PIB nacional (Informe PwC, 2019). En todo caso, la práctica deportiva supone la articulación de la relación existente entre la plasmación de la libertad de las personas que desean una práctica del deporte organizada y la intervención de la Administración Pública.

Aunque, a lo largo de este estudio se fundamente el planteamiento de un nuevo régimen jurídico, las distintas disciplinas deportivas no verán

modificadas su naturaleza y funcionamiento, lo que permitirá que los deportes colectivos se sigan jugando de la misma forma.

Con carácter general, el futuro de los agentes e instituciones deportivas está marcado por la superación de nuevos retos, por lo que debe contemplarse la adopción de nuevos modelos. El estudio analítico y la implantación de un nuevo régimen jurídico constituye un reto ambicioso y global, puesto que implica la armonización de las exigencias jurídicas y las necesidades específicas de cada competición deportiva.

Por consiguiente, la obtención de propuestas de futuro conlleva la superación de numerosos retos. Concretamente, el desarrollo de un nuevo régimen jurídico de las competiciones deportivas implica el tratamiento de las siguientes cuestiones:

- La aprobación de Leyes del Deporte como normas reguladoras de carácter general en distintos Estados.
- La implantación de nuevas formas jurídicas para las entidades deportivas.
- La profesionalización generalizada de deportistas y entidades.
- El control y la erradicación de conductas anticompetitivas.
- La creación de nuevas competiciones deportivas, como una iniciativa privada surgida al margen de las federaciones deportivas, asociaciones de clubes y Administraciones Públicas.

LA REGULACIÓN DE LAS COMPETICIONES DEPORTIVAS EN LA NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL

La organización y celebración de una competición deportiva, con independencia de su carácter nacional o internacional, incide sobre cuestiones de interés público e interés privado. Este variado impacto responde en buena medida a los múltiples factores que inciden en la celebración de una competición deportiva, considerada en muchas ocasiones como una industria sin olvidar la actividad física.

Paralelamente, otra de las grandes cuestiones suscitadas en torno a la organización del deporte es la intervención de los poderes públicos. Con frecuencia, los textos constitucionales de los Estados reconocen el deber de fomento del deporte como un derecho para los ciudadanos, lo que se traduce en una consecuencia jurídica: el equilibrio entre la actuación del sector público y la intervención del sector privado.

En relación con las competiciones deportivas, uno de los riesgos inherentes de la intervención de los poderes públicos radica en la calificación de las competiciones oficiales. ¿Cuáles son las competiciones deportivas que han de ser consideradas como “oficiales”? Con carácter general, esta calificación viene marcada por las federaciones deportivas, lo que supone establecer en favor de estas instituciones “una situación cercana al monopolio o, al menos, supone una restricción de la competencia en el mercado necesitada de la suficiente justificación desde la perspectiva del derecho de la competencia” (Tejedor Bielsa, 2003).

Tampoco, debe obviarse que las entidades deportivas integrantes de las competiciones deportivas son asociaciones de naturaleza privada. En torno a esta confluencia de diversas realidades, ¿cuál es el grado de intensidad en el que ha de efectuarse la intervención de los poderes públicos?

La doctrina viene sosteniendo que las distintas instituciones públicas han acrecentado su incidencia directa sobre la organización deportiva. En términos estadísticos, las federaciones españolas “obtienen un 40% de los ingresos procedentes de la Administración” (Descalzo, 2014).

De igual forma, el Tribunal Constitucional (Sentencia 67/1985, F.J. 4º) considera que las federaciones deportivas “aparecen configuradas como asociaciones de carácter privado, a las que se atribuyen funciones públicas de carácter administrativo”. A tenor de esta afirmación del Tribunal, la federación deportiva podría considerarse como el eje sobre el que las Administraciones Públicas se garantizan el desempeño de las funciones públicas mediante las potestades delegadas.

Sin embargo, la historia nos demuestra que el origen de las competiciones deportivas de los deportes colectivos radica en que “requería de una serie de jugadores y un experto de las reglas técnicas que ejerciera como juez o árbitro” (Guerrero Olea y Barba Sánchez, 2002). En consecuencia, la naturaleza privada sobre la organización de competiciones deportivas es una garantía de la autonomía de la organización y gestión del sector del deporte.

Durante los últimos tiempos, en base a los principios constitucionales contemporáneos, el deporte fue considerado como un contenido fundamental para el legislador (Pachot Zambrana, 2016). A este respecto, la legislación comunitaria de la UE está desempeñando en especial un importante papel en la regulación de numerosas cuestiones relacionadas con el deporte. Una buena muestra de este compromiso puede encontrarse en el art. 6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que dispo-

ne que la Unión ejercerá competencias en materia deportiva “con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros”.

BERMEJO VERA sostenía que, al estar incluido el deporte en el Derecho originario de la Unión Europea, “sí que se halla vinculado, como actividad o sector con evidentes e importantes repercusiones económicas, a la legislación comunitaria en diferentes aspectos, fundamentalmente a los que se refieren a las libertades fundamentales y reglas de competencia (Bermejo Vera, 2020).

Las Leyes del Deporte como marco general.

De forma frecuente, la política deportiva de un Estado queda plasmada en una Ley. A partir de un mandato constitucional previo, el texto legislativo aprobado por el Parlamento delimita el marco de actuación público y de los distintos actores del deporte en torno al “fomento y promoción de la actividad deportiva”.

A simple vista, ¿cuáles son los aspectos comunes abordados por las Leyes del Deporte estatales? En términos generales, una Ley del Deporte abarca las siguientes materias:

1. Determinación de los principios generales de la ordenación del deporte.
2. Reconocimiento del deporte inclusivo o deporte para discapacitados.
3. Estatuto básico de los derechos y deberes de los deportistas, incluyéndose los deportistas menores de edad, extranjeros, etc.
4. Delimitación de la dirección estatal de política deportiva, en la que frecuentemente se configura un organismo público estatal encargado de ejercer las competencias públicas en materia deportiva. Por ejemplo, en el caso de España, el Consejo Superior de Deportes se encarga del desempeño de estas funciones.
5. Establecimiento de fórmulas de cooperación interadministrativa (ej: la convocatoria de una Conferencia Sectorial del deporte entre distintas regiones).
6. Introducción de la calificación legal como “deportistas de alto nivel” o “deportista de alto rendimiento”.
7. Implantación de mecanismos y prácticas preventivas en favor de la protección de la salud del deportista.
8. Inclusión del régimen jurídico de las entidades deportivas, federaciones deportivas y competiciones.

9. Realización de la clasificación de las competiciones deportivas en base a diferentes criterios (ej: por su naturaleza, por su ámbito territorial o por la naturaleza de sus participantes).
10. Determinación de un régimen sancionador y disciplinario básico.
11. Desarrollo de mecanismos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito deportivo (ej: Tribunal de Arbitraje Deportivo).
12. La puesta en funcionamiento de otras figuras e instituciones deportivas, como el voluntariado deportivo.

Paralelamente, junto a Ley del Deporte, de carácter estatal, se está desarrollando una legislación de “segunda generación” en los Estados Regionales. Obviamente, aunque las regiones gozan de autonomía normativa en sus territorios, la regulación de las cuestiones relacionadas con el deporte y sus competiciones estará condicionada al respeto del reparto de competencias con el Estado.

Un paradigma de esta dualidad puede observarse en España. Por un lado, la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, sigue en vigor para ordenar el marco de actuación de las federaciones deportivas, así como los principios rectores de la actividad deportiva y el deporte profesional. Por su parte, las Leyes del Deporte autonómicas, como es el caso de Andalucía (Ley 5/2016, de 19 de julio, del Deporte de Andalucía) o Canarias (Ley 1/2019, de 30 de enero, reguladora de la actividad física y del deporte en Canarias) tienen por objeto la regulación de las modalidades del deporte no profesional (deporte base, deporte universitario, etc.), la delimitación de las funciones que realizan sobre el deporte las Entidades Locales en el ejercicio de su competencia, entre otras cuestiones.

A efectos estructurales, existen diversas fórmulas estructurales para el desarrollo legislativo de las cuestiones relacionadas con el deporte. En torno a este extremo, podría indicarse que el deporte portugués se articuló sobre una Ley de Bases marcada por conceptos generales (régimen disciplinario, competiciones, etc.) o la posibilidad de una aprobación específica de una Ley para el deporte profesional.

Por último, la aprobación de una Ley del Deporte supone un avance social que refleja la situación de un país. De esta forma, la democratización política de un Estado puede llevar aparejada la democratización del modelo de gestión del deporte. Un fiel reflejo de esta realidad puede encontrarse en la derogada Ley 13/1980, de 31 de marzo, General de la Cultura Física y del Deporte de España, pues posibilitó la participación

generalizada de la ciudadanía en los órganos directivos de las entidades deportivas.

La normativa específica de las competiciones e instituciones deportivas

En la actualidad, las competiciones deportivas, como expresión fundamental de la práctica de una modalidad deportiva, gozan de una autonomía normativa para regular todos los aspectos relacionados con la organización y gestión de las competiciones deportivas.

En virtud del principio de jerarquía normativa, las normas concretas que normalmente se observan son las siguientes:

- Los Estatutos: Son aquellas normas de carácter fundacional, cuyo objetivo es recabar los fines y principios esenciales de una institución (por ejemplo, los Estatutos de la Federación Mexicana de natación).
- Los Reglamentos: Con carácter general, en el ámbito jurídico son normas de rango inferior. Sin embargo, en el ámbito deportivo, los Reglamentos hacen alusión a normas de carácter general y vinculantes para todos los agentes e instituciones del deporte. De hecho, los Reglamentos de la FIBA abarcan todos los aspectos del juego relacionados con las reglas.
- Las Circulares y Normas: Comprenden disposiciones cuyo ámbito de aplicación se circunscribe a un aspecto de la competición deportiva (ej: Circular FIFA nº 1709 Enmiendas al Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores).
- Disposiciones convencionales: En sentido estricto, no son consideradas como normas. Pero, los derechos y obligaciones acordados entre las partes pueden tener fuerza normativa. A modo de ejemplo, podrían citarse los Convenios de Coordinación entre LaLiga y la Real Federación Española de Fútbol.

A mayor abundamiento, junto a este elenco de normas, debe subrayarse la fuerza vinculante de estos textos. Esta situación de cumplimiento normativo viene reforzada por la existencia de cláusulas de jurisdicción y arbitraje en favor del TAS, la práctica de la mediación deportiva, etc.

EL DESARROLLO DE LAS COMPETICIONES PROFESIONALES Y PROFESIONALIZADAS COMO VÍA DE IMPULSO DE LAS COMPETICIONES DEPORTIVAS

La crisis de un modelo organizativo exige cambios y esfuerzos. Tampoco, el deporte iba a ser una excepción a esta realidad. En un principio, parece que la organización de competiciones deportivas está desfasada y la sociedad actual parece estar desconectando en el consumo de los productos derivados de esta industria.

Una vez señalados estos factores, ¿qué se podría hacer? En primer lugar, podría plantearse un estudio exhaustivo de la estructura y régimen jurídico de las entidades deportivas participantes de una competición, basado en “establecer un esquema de análisis que permita una visión lo más completa posible de sus contenidos y, a su vez, pueda sustraerse de la gran diversidad de fórmulas y variedades existentes en el conjunto normativo elaborado por los poderes públicos competentes en la materia” (Camps Povill, 1999).

De hecho, según PALOMAR OLMEDA, la organización deportiva se considera como «una solución ante un problema al que podemos estar situándonos» (Palomar Olmeda, 2014). También, el deporte está comprendido por un conjunto de actividades de diversa naturaleza.

Si se tiene en cuenta la anterior idea, ¿cuáles son los factores que deben ser tenidos en cuenta para la reforma del régimen jurídico de las competiciones deportivas?

- Aspecto económico: Fundamentalmente, la mercantilización de los derechos comerciales que pudieran derivarse de la celebración de la competición (merchandising, derechos audiovisuales, etc.).
- Régimen laboral del deportista: Un experto señaló que 1 de cada 16.000 deportistas llega a ser profesional, por lo que las buenas condiciones laborales (salarios altos y estables por convenio, incentivos, etc.) son solo una excepción. La regla general viene marcada por las dietas y pagos irregulares como contraprestación al rendimiento deportivo.
- La base antropológica: La muerte de algunas competiciones y disciplinas deportivas conllevaría la pérdida de símbolos y puntos de encuentro sociales para el pueblo. No debe olvidarse que el deporte está conformado por valores que pueden plasmarse a su vez en símbolos.

Ahora bien, tras estas variantes, ¿cómo podrían revitalizarse las competiciones deportivas? Al objeto de obtener un cambio estructural, podrían desarrollarse las siguientes propuestas:

1. Creación de las competiciones profesionales y profesionalizadas. Tradicionalmente, se ha hecho la distinción entre competiciones oficiales y no oficiales, así como competiciones profesionales y amateurs. Con vistas al futuro, esta clasificación debería simplificarse para dar paso a una nueva realidad competitiva, que podría tomar como base el Anteproyecto español de nueva Ley del Deporte (APL) (2019):
 - Competiciones profesionales: Destacan por una organización estructural sólida, marcada porque todos sus deportistas tienen un vínculo laboral estable y retribuido (Pérez Arias, 2020). Asimismo, según establece el APL (art. 87), se consideran como competiciones profesionales aquellas que cumplan con los requisitos que se determinen reglamentariamente, teniéndose en cuenta estos factores:
 - El volumen y la importancia económica de la competición
 - La capacidad de explotación comercial de la misma
 - La existencia de relaciones laborales generalizadas
 - La vigencia de Convenios Colectivos.
 - La tradición e implantación de la competición deportiva.
 - Competiciones profesionalizadas: Aquellas que, sin tener un carácter profesional, tienen una organización sólida, vínculos laborales de sus deportistas y/o entrenadores y son susceptibles de una explotación económica razonable que permita diferenciarlas, en su gestión, del resto de competiciones organizadas por una federación deportiva. Incluso, el APL (art. 88) califica a las competiciones profesionalizadas como aquellas que, “sin reunir los requisitos establecidos en el artículo anterior, tienen una organización sólida, vínculos laborales de sus deportistas y/o entrenadores y son susceptibles de una explotación económica razonable que permita diferenciarlas, en su gestión, del resto de competiciones organizadas por una federación deportiva española”.
2. Adopción de nuevas formas societarias para los clubes más flexibles, sin que esta formalidad constituya requisito de admisión a una competición.
3. La inclusión de fórmulas creativas: Resulta imprescindible la buena gobernanza de las competiciones, por lo que debe implantarse un Código de Buen Gobierno de forma generalizada para acabar con la mala praxis de los dirigentes.

En todo momento, no hay que olvidar que los clubes deportivos no dejan de ser asociaciones privadas, por lo que están respaldados por el derecho de asociación. Tal y como sostiene el Tribunal Constitucional peruano, el derecho de asociación tiene un contenido esencial marcado por el derecho a asociarse, el derecho de no asociarse y la facultad de autoorganización. Pero ¿los clubes estarían capacitados jurídicamente para organizar competiciones al margen de las grandes asociaciones deportivas y los Estados? Aunque, con importantes lagunas, en este punto entra la Superliga Europea de Fútbol, promovida por Florentino Pérez, Presidente del Real Madrid CF. En esencia, se pretende la organización de una competición con *numerus clausus* de clubes prestigiosos europeos, bajo nuevas fórmulas de explotación comercial del fútbol y en detrimento de la UEFA Champions League. La génesis de esta propuesta tiene su fundamento en la crisis económica provocada por la COVID-19. Según la consultora KPMG, los ingresos ordinarios de los grandes clubes europeos ya han disminuido un 13% (Estudio KPMG, 2021).

Como aspecto positivo, debe destacarse que la iniciativa parte con un respaldo jurídico, auspiciado por una medida cautelar *inaudita parte* otorgada por un Juzgado de lo Mercantil frente a la FIFA y a la UEFA (evitando que se produzcan medidas disciplinarias y económicas contra los clubes) y realizando un examen crítico de los modelos competitivos actuales del fútbol. Como inconveniente, debe señalarse que se trata de una competición excluyente, pudiendo ser contraria a la jurisprudencia de la UE (Sentencia TGUE Asunto T-93/18, Unión Internacional de Patinaje). En esta dimensión negativa, tampoco resulta oportuno obviar algunas estadísticas. La consultora “Brand Finance” ha sostenido que los clubes fundadores de la Superliga podrían sufrir pérdidas de entre 2.500 millones y hasta 4.300 millones de euros en valor de marca (Diario AS, 2021)

Por último, con independencia de las circunstancias indicadas, la pandemia del COVID-19 ha obligado a cultivar la resiliencia en la gestión deportiva. Una buena muestra de ello es la adopción en España del Pacto de Viana, que ha provocado la consecución de dos grandes objetivos: la constitución de la Fundación España Deporte Global y la articulación de una nueva fórmula de comercialización de derechos audiovisuales de las competiciones profesionales, destinando una parte de los fondos para el rescate del deporte federado, olímpico y paralímpico (García Caba, 2020).

CONCLUSIÓN HACIA UN NUEVO MARCO ORGANIZATIVO DEL DEPORTE

Quo in ludo est vadis? ¿Hacia dónde va el deporte? La sociedad actual vive bajo la sombra del cambio permanente, vislumbrándose la conformación

de un nuevo orden mundial. ¿Es la hora de un nuevo marco organizativo para el deporte?

A lo largo de este análisis, se ha constatado que el deporte, y con ello las competiciones deportivas, precisan de un nuevo modelo organizativo y de gestión. En todo caso, la consecución de este gran objetivo pasa por la observancia de las siguientes claves:

- A nivel estatal, la Ley del Deporte actúa como la norma suprema del ordenamiento jurídico-deportivo. Adicionalmente, el desarrollo de esta norma constituye una oportunidad para el reconocimiento de nuevas realidades, como las competiciones profesionalizadas o la institucionalización de un sistema de becas deportivas, entre otras cuestiones. Por su parte, las normas de segundo nivel podrán estar orientadas al fomento y difusión de la práctica deportiva en aquellos puntos en los que los Estados no llegan por sus propios medios.
- Con respecto a la intervención de los poderes públicos en el deporte, ¿resulta necesaria o prescindible? Toca pensar en la organización de la competición deportiva y sus exigencias: mantenimiento del equilibrio competitivo, sostenibilidad económica, etc. Por ello, cuando exista una previsión legal que así lo justifique, las Administraciones Públicas han de ejercer como reguladores del sector deportivo. Al margen del entramado industrial, económico y social de las competiciones profesionales, subyacen entidades deportivas que cuentan con capacidad para afrontar una responsabilidad jurídica y económica, lo que se traduce en la necesaria existencia de las funciones privadas.
- La profesionalización del deporte es un fenómeno que contribuye al crecimiento integral del deporte en su conjunto. Aunque surjan iniciativas aparentemente robustas, como la Superliga de fútbol, la consolidación de un modelo organizativo moderno y eficaz, basado en el equilibrio competitivo y la buena gobernanza ayudará a una difusión global de los valores del deporte.

En definitiva, el modelo actual de organización del deporte se encuentra marcado por el surgimiento de inquietudes y debates permanentes. Por consiguiente, los proyectos de nueva legislación tienen la posibilidad de introducir un nuevo régimen jurídico de las competiciones deportivas en consonancia con los tiempos actuales.

BIBLIOGRAFÍA

- BERMEJO, J. (2020). *Derecho Para El Deporte (Referencia Especial Al Deporte Profesionalizado)*. Editorial Reus.
- CAMPS, A. (1999). *Manual de organización institucional del deporte, Colección Gestión y Administración*. Editorial Paidotribo.
- DESCALZO, A (2015). La aplicación a las federaciones deportivas de la Ley de Transparencia en *Revista Aranzadi de Derecho, Deporte y Entretenimiento*, (46). Aranzadi,.
- GARCÍA, M. (2020). El régimen jurídico del fútbol en España ante el covid-19. *Revista Aranzadi de Derecho, Deporte y Entretenimiento*, (68). Ed. Aranzadi.
- GUERRERO, A. y Barba, R (2002). El modelo privado del deporte en Europa: el deporte organizado convencionalmente en A. Palomar (Coord.), *El modelo europeo del deporte*. Bosch.
- PACHOT, K. (2016). El derecho constitucional al deporte en la doctrina y el Derecho Comparado. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (35), p. 138.
- PALOMAR, A. (2014). *Las Transformaciones Del Deporte y Su Repercusión En El Ordenamiento Jurídico*, Aranzadi.
- PÉREZ, J. (2020). El deporte profesionalizado en el anteproyecto de Ley del Deporte de 1 de febrero de 2019. *Revista Aranzadi de Derecho, Deporte y Entretenimiento*, (69).
- TEJEDOR, J. (2003). *Público y privado en el deporte*. Bosch.

Otros documentos

- ANTEPROYECTO de Ley del Deporte (España), 2019.
- DIARIO AS: *Superliga: podría dejar pérdidas de 2.500M€ en valor de marca*, 20-04-2021. https://as.com/futbol/2021/04/20/primer-1618931719_471566.html
- ESTUDIO KPMG: *Ingresos y beneficios de los clubes de fútbol afectados por la crisis del coronavirus*, 2021. https://footballbenchmark.com/library/football_clubs_revenues_and_profits_hit_by_coronavirus_crisis
- INFORME PwC: *Impacto económico, fiscal y social del fútbol profesional en España*, 2019.

EL DESLINDE INMOBILIARIO URBANO EN CUBA

LEONOR DE LOS DOLORES ESTRADA JIMENEZ

Tutoras: Dr. C. María Julia Rodríguez Saif y Dr. C. Marta Fernández Martínez

Resumen: El deslinde inmobiliario urbano en Cuba precisa vencer el rígido concepto de su reconocimiento formal para la rectificación de las medidas y linderos en los **títulos, y ser apreciado como la acción de protección a la propiedad relativa a los confines**. Su correcta enunciación es esencial por la progresiva transformación que experimenta el derecho inmobiliario, en un contexto histórico que impone la coincidencia entre la realidad física del inmueble urbano y la que rece en el título de dominio, para respaldar el derecho de propiedad y su consiguiente inscripción registral.

Es tarea primordial distinguir los mecanismos legales que precisen el ámbito físico de los inmuebles urbanos, para ofrecer una mayor protección a la relación jurídica real inmobiliaria y seguridad al tráfico jurídico inmobiliario. También lo es eliminar las limitaciones impuestas a los titulares de derechos reales para ejercer la acción y arribar a acuerdos, con dispositivos eficaces que provean de ejecutabilidad a estos últimos.

El artículo aborda el insuficiente tratamiento doctrinal que se le ha concedido al deslinde inmobiliario urbano. El objeto de estudio revelará su necesaria reconstrucción.

Palabras clave: deslinde inmobiliario urbano, facultad, derechos reales.

CONTENIDO DE LA CONSTRUCCIÓN TEÓRICA DEL DESLINDE INMOBILIARIO URBANO

Importa determinar si el deslinde es una facultad o una potestad dentro de los derechos subjetivos. “El derecho subjetivo consiste no en el presunto interés, sino en la protección jurídica”, (Kelsen, 1995:57).

Entre las manifestaciones del derecho subjetivo están el uso, el goce y la disposición que comprende el derecho de dominio. Son específicas:

la facultad de realización directa del interés, la facultad de exclusión, la de oponer la titularidad real, la de persecución, la de disposición y la de preferencia o prioridad (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 1997:53-4).

Según VALDÉS DÍAZ (2005: 128-34), el derecho subjetivo es “una situación de poder jurídico que se reconoce y protege por el ordenamiento jurídico, compuesta por una agrupación de facultades que se atribuyen al titular, dejando al arbitrio de éste su ejercicio y defensa”. Entre los bienes que forman su objeto están los derechos reales.

Existe una tendencia de confundirlos con las facultades, últimas que son posibilidades de actuación asignadas a una persona como contenido del derecho subjetivo, encaminadas a la satisfacción del interés personal dentro de una relación jurídica. Se diferencia de las potestades porque estas se conceden a un sujeto determinado para la realización de un interés ajeno o en beneficio público. Luego, el deslinde es una facultad del titular real derivada de un derecho subjetivo.

El deslinde genera una transformación del inmueble, es una acción de protección del dominio, nace de la contigüidad entre los predios y su naturaleza jurídica es mixta porque tiene de real y de personal. Constituye un acto plurilateral, en su ejecución pueden intervenir los titulares de las fincas colindantes, adyacentes, terceros u otras autoridades intervinientes. En su finalidad se engloba una prevención y seguridad de los derechos del titular y del tráfico jurídico inmobiliario urbano.

ZACHARIAE-CROME (1906) le atribuye esta acción al propietario, al usufructuario, al enfiteuta, al poseedor legítimo del fundo y a otros titulares de derechos reales, opinión compartida por DE RUGGIERO (1929), DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (1997), y LASARTE (2008). Para ALBADALEJO (2002) es facultad de los coherederos, condueños o propietarios de fincas colindantes.

Algunos teóricos (BORDA, 1992; JORGE MUSTO, 2000) legitiman a los que tienen derechos reales sobre el terreno contra el propietario del fundo contiguo. En Cuba, estudiosos afirman que pueden ejercerlo poseedores, usufructuarios y superficiarios de terrenos (RIVERO VALDÉS, 2001; SABORIT BELTRÁN, 2011; RODRÍGUEZ SAIF, 2016).

Respecto al elemento material del deslinde se identifica la finca. ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL (1997:152) y ALBADALEJO (2002: 534) evalúan para su denominación: la situación, encontrarse en la ciudad o en el campo; la construcción, estar o no edificada; el destino, dedicarse a casa-habitación o a explotación agrícola; y, la accesoriidad, rústica la finca utilizada para el cultivo y urbana un chalet dedicado a vivienda. RIVERO

VALDÉS (2001:255) identifica al predio urbano con los solares yermos y SABORIT BELTRÁN (2011: 11-3) con el inmueble urbano.

El poseedor

Es poseedor tanto el que ejercita el poder de hecho sobre un bien, como aquel que transfiere a otro las facultades que dimanen de ese poder de hecho, siendo la posesión en Cuba un derecho real a partir de la protección que le es concedida al titular en su relación material con el objeto.

La ley civil cubana lo regula con causa legítima o justo título¹, relacionada con los modos de adquirir y transmitir la propiedad y demás derechos reales². La detentación violenta de un bien, o sin el consentimiento del propietario, no genera posesión, sino mera tenencia, considerada carencia de causa legítima (RIVERO VALDÉS, 2001: 104).

El legislador cubano le restringe al poseedor sus facultades en relación al inmueble urbano, pudiendo considerarse un derecho real mínimo. HERNÁNDEZ GUZMÁN (2016:53) aduce que la presunción de la propiedad sobre bienes tiene basamento: en las amplias facultades del propietario, entre las que se encuentra la posesión; al identificar tenedor y poseedor para significar su derecho de accionar en defensa del dominio; en la exigencia de la causa legítima para considerar al sujeto poseedor; y al reconocer que la posesión no es afectada cuando existe detentación³.

El poseedor no está investido de la facultad de disposición para el deslinde por tener un concepto distinto al propietario-poseedor. El sujeto que refiere el legislador cubano es el poseedor-tenedor⁴ de bienes muebles, pues emplea ambas denominaciones para calificarlo.

La autora de este artículo considera a la posesión de última *ratio*, por lo endeble de su contenido, por lo que el poseedor cubano podrá ejercer el deslinde si le es transferida la facultad por el propietario.

1 De acuerdo con el artículo 196 del Código civil de la República de Cuba, Ley No. 59/1987, anotado y concordado por PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.; KENNEDY SUÁREZ, Ivón (ed.), ediciones ONBC, 2017, p. 187.

2 Reconocidos en el artículo 178 del Código civil de la República de Cuba...*cit.*, p. 177.

3 *Cfr.* Artículos 129.1.2, 196, 199 y 200, respectivamente, del Código civil de la República de Cuba...*cit.*, pp. 148, 187 y 188.

4 Es el sujeto que tiene la posibilidad de disponer físicamente del bien pero reconoce que la posesión es de otra persona, es un mero representante del poseedor, es decir, un poseedor a nombre de otro poseedor. El artículo 232 del Código civil de la República de Cuba, p. 196, prevé que le son aplicables las limitaciones al derecho de la propiedad y las concernientes a las relaciones entre propietarios

El usufructuario

El usufructo le confiere a su titular facultades de usar y disfrutar de un bien ajeno de forma temporal, regulado en leyes civiles latinoamericanas, similar a su análogo italiano⁵, bajo la idea de no alterar la sustancia⁶. Cobra relevancia la exigencia para el usufructuario de respetar la sustancia o entidad de la cosa usufructuada, así como su destino económico. La sustancia es la materia y la forma son los caracteres extrínsecos de ella, lo que la hace apta o adecuada para el fin o destino que el dueño le tuviere señalado, en función de su naturaleza (PUIG BRUTAU, 1979:308).

Por los postulados de la Ley de Reforma Urbana de 1960,⁷ el Estado cubano concertó contratos de usufructo con los ex-arrendatarios de cuartos y habitaciones. El usufructuario tiene facultad para administrar el inmueble, sin implicar una copropiedad con el nudo propietario.

5 Cfr. Artículos 999 y 1001 del *Código civil de Perú...cit.*, p. 354. Cfr. Artículo 980 del Código civil Federal de México...*cit.*, p. 96. Cfr. Artículo 1475 del *Código civil de la República de Nicaragua...cit.*, p. 166. Cfr. Artículo 619 Código civil de Italia, AGUILERA Y VELAZCO, D. Alberto, *Colección de Códigos Europeos...cit.*, p. 91. Cfr. Artículo 515 del Código civil español en DE LA CUESTA, José María, *Código civil y legislación...cit.*, p. 89.

6 La consagración básica de la separación entre los derechos del usuario y los del nudo propietario por la regla *salva rerum substantia*. Cfr. Artículo. 2807 del Código civil de la República de Argentina comentado por MALIZIA, Roberto, "Del usufructo", en *Código civil comentado. Derechos Reales. Artículos 2611 a 2969*, Tomo II, KIPER, Claudio (dir.), RUBINZAL - CULZONI editores, Buenos Aires, 2004, p. 631. Cfr. Artículo 365 del Código civil de la República de Costa Rica...*cit.*, p. 26. *Vid.* Sentencia número 672 dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo de la Villa de Madrid, a veintiséis de junio de dos mil tres, del recurso número 3489/1997, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Pontevedra, como consecuencia de autos, juicio de menor cuantía número 262/1994, sobre acción de deslinde. Fundamento Segundo. Magistrado Excmo. Sr. Don. Clemente AUGER LIÑÁN, Teófilo ORTEGA TORRES y Román GARCÍA VARELA. Cfr. Artículo 1003 del Código civil Federal de México, en el *Diario Oficial de la Federación...cit.*, p. 97.

7 Por los postulados de la Ley de Reforma Urbana de 1960, le fueron expropiadas forzosamente a sus propietarios las viviendas destinadas al arrendamiento. El Estado concertó contratos de usufructo con los ex-arrendatarios de cuartos y habitaciones. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 23, de 14 de octubre de 1960.

En los conflictos sobre el deslinde entre usufructuarios y otros titulares interviene el ente administrativo⁸, sujeto distinto al facultado para su aprobación⁹. Sin embargo, es juez y parte porque defiende su propiedad.

La naturaleza jurídica de este usufructo tipifica más como un derecho de habitación que como un verdadero usufructo, y en este caso tiene menos derechos el habitacionista de ejercitar el deslinde. Siendo el deslinde un acto de disposición, por interpretación flexible pudiera ser ejercido por este sujeto si el nudo propietario lo consiente.

El superficiario de terreno

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ (2016: 243-75) cataloga de dual la relación jurídica superficiaria. Diferencia la adquisición del derecho superficiario concedido para edificar de aquellos cuya constitución nace de los terrenos edificados.

La norma civil cubana no admite la concesión de derecho de superficie sobre terreno edificado en favor de particulares, tampoco la concesión de superficie en terreno de propiedad personal¹⁰. El Estado es el concedente¹¹, similar a las regulaciones en algunos países.¹²

Las direcciones municipales de Planificación Física podrán entregar solares yermos de propiedad estatal en concepto de derecho perpetuo de superficie a personas naturales mediante el pago correspondiente, para la construcción de sus viviendas¹³. Respecto a las construcciones en el

8 Dirección municipal de la Vivienda.

9 Dirección municipal de Planificación Física.

10 *Cfr.* Artículos 218.3, y 140 del Código civil de la República de Cuba...*cit.*, p. 196.

11 Las modalidades de constitución del derecho por el Estado en favor de personas que sin autorización hubiesen construido en terrenos de su propiedad, o de ajena pertenencia, fue regulada por la Resolución No. 2 de 14 de enero de 1991, dictada por el ex Instituto Nacional de la Vivienda, por lo que el derecho adquirido no se retrotrajo a la fecha anterior de realizada la obra. Resolución No. V-003 dictada el 27 de agosto de 2014 por el Ministro de la Construcción, en *Gaceta oficial extraordinaria de la República de Cuba No. 40 de 5 de septiembre de 2014*, Ministerio de Justicia, La Habana, p. 998.

12 *Cfr.* Artículo 17 del Decreto-Ley No. 322 modificativo de la "Ley General de la Vivienda", en *Gaceta Oficial de la República de Cuba Extraordinaria No. 40, Año CXII*, Ministerio de Justicia, La Habana, 5 de septiembre de 2014, p. 950.

13 *Cfr.* Artículos 17 y 21, 24, 25, 26, 27, 29, 32 y 37, de la Ley General de la Vivienda, en *Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Cuba No. 7, de 5 de febrero de 2015, Año CXIII*, Ministerio de Justicia, La Habana, pp. 163-166.

subsuelo: de concederse el derecho de superficie para construir, la construcción pertenece a quien la construyó; si el Estado es quien edificó la vivienda y luego concede el derecho de superficie, la construcción es del Estado pero al ceder dicho derecho se convierte en propiedad separada, por ende, es del superficiario; si se construye por el superficiario y el colindante, sea o no de común acuerdo, es de ambos, se genera una cotitularidad; si la construcción se hace en terreno ajeno, entonces rige el principio de accesión inmobiliaria y la construcción será del otro superficiario. Todo ello se complica cuando sobreviene un conflicto de deslinde porque el Estado es excluido y funge como sujeto interviniente entre los titulares con igual condición.

Del estudio de las sentencias decretadas por la máxima judicatura, la número 45 de 2007¹⁴ evalúa correcta la actuación de la Administración de aplicar el proceso de rectificación de área para conceder derechos sobre áreas estatales a personas naturales, cuando lo procedente es la concesión del derecho perpetuo de superficie que no había sido reconocido, como con acierto se fundamentó después¹⁵.

Los dictados dicotómicos posteriores evidencian un retroceso en la “doctrina sentada por el juez”. En el año 2016 dicho órgano judicial argumentó la improcedencia del reconocimiento de área de terreno adicional al que consta del tracto histórico del inmueble, en base a la prueba testifical.¹⁶

14 Sentencia No. 45 dictada el 31 de enero del 2007 por el Tribunal Supremo Popular en materia administrativa, radicado al No. 44/2006, que evalúa de correcta la actuación de la Administración al concederle al reclamante área estatal no incorporada a lo legalmente reconocido. Único Considerando Ponente. ACOSTA RICART.

15 Sentencia No. 1345 dictada el 26 de noviembre del 2012 por el Tribunal Supremo Popular en materia administrativa, radicado al No. 1331/2012. Primer Considerando Ponente. DÍAZ TENREIRO. La sentencia registra que sobre la fracción de terreno, que extravasa la extensión superficial legalmente reconocida a los litigantes, es improcedente su reconocimiento por medio de la rectificación de linderos, porque siendo un área de terreno que integra patrimonio estatal, es la autoridad competente la que concede su uso y disfrute a las personas naturales, de conformidad con la prerrogativa que le es exclusiva en representación del Estado.

16 Argumentó que los tribunales cuidarán de evitar que por simples testimonios queden definitivamente resueltos asuntos en que de ordinario suelen intervenir escrituras públicas, documentos privados o algún principio de prueba por escrito. Sentencia No. 336 dictada el 27 de abril del 2016 por el Tribunal Supremo Popular en materia administrativa, radicado al No. 281 de 2016. Segundo Considerando. Ponente GONZÁLEZ GARCÍA.

El desliz práctico yace al interpretar el alcance de los mecanismos que precisan el ámbito físico de los predios. La rectificación de área, apunta GONZÁLEZ BARRÓN (2015), significa la corrección de algún dato identificador de la finca o error en la medición de la cabida del área respecto a la consignada en el título, o en los linderos, cuando no sea demasiado relevante, y supone certeza de la delimitación. El deslinde opera cuando el límite jurídico es impreciso o inexistente, presupuesto que lo individualiza de esa hipótesis (pp.530-533).

El superficiario de terreno es un propietario simple investido del derecho a deslindar su propiedad. El reconocimiento de la propiedad superficial indica que le asiste el derecho de disposición.

DEFICIENCIAS EN LA EJECUCIÓN DEL DESLINDE INMOBILIARIO URBANO

En Europa el deslinde se regula como una transacción, y por procedimientos judiciales y administrativo son solucionadas las controversias.¹⁷ DE LA CUESTA (2019:144) comenta que la concordancia también puede obtenerse a través del expediente para rectificar la descripción, superficie o linderos de cualquier finca registral.

El artículo 298 del Decreto de 1947, Reglamento hipotecario español,¹⁸ considera ilícito alterar la cabida de un inmueble con aumento excedente de la quinta parte, es decir, del veinte por ciento de la cabida

17 El inciso c) del artículo 41 de la Ley del patrimonio de las administraciones públicas, les reconoce, entre las facultades y prerrogativas para la defensa de su patrimonio, la de deslindar en vía administrativa los inmuebles de su titularidad. Ley No. 33, de 3 de noviembre de 2003, desarrollada por el Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las administraciones públicas, *Boletín Oficial del Estado* núm. 264, de 4 de noviembre de 2003. Consultada en <https://www.boe.es>, el 2 de mayo de 2021. Cfr. Artículos 54, 55, 56 y 57 del Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, *Boletín Oficial del Estado* núm. 226, de 18 de septiembre de 2009, consultado en <https://www.boe.es>, el 2 de mayo de 2021. Ley italiana No. 241 de 7 de agosto de 1990, relativa a las Nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos, *Revista de Administración Pública* No. 124, enero-abril de 1991, pp. 461-478, consultado en <https://www.raco.cat>, el 3 de mayo de 2021.

18 Cfr. Artículo 298 del *Reglamento hipotecario español*, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947 y modificado el 4 de marzo de 2017.

inscrita. En este caso debe justificarse el exceso con el consentimiento de los restantes propietarios.

Algunos países latinoamericanos establecen el procedimiento de deslinde por la jurisdicción voluntaria¹⁹ si no existe debate entre las partes. En otros se establecen procedimientos para su ejecución: judicial, para el deslinde;²⁰ y la mensura, para la comprobación de su superficie cuando los límites estuvieren confundidos. De existir controversia se resuelve por el proceso ordinario precedido de la conciliación.

En Cuba, el deslinde es exigible para la rectificación de los títulos de propiedad y su inscripción en el Registro de la Propiedad inmobiliaria. Corresponde a la Dirección Municipal de Planificación Física emitir el dictamen técnico para la descripción, tasación, medidas y linderos de las viviendas.²¹ En el supuesto donde exista superposición de lindes del inmueble, respecto al colindante, se resuelve conforme a lo establecido para los litigios sobre medidas y linderos.²²

Una de las deficiencias del proceso empleado para las viviendas de propiedad personal, está en que la Administración fundamenta el reconocimiento sobre terreno adicional en base al deslinde, con expresión de

19 *Cfr.* Apartado IV del artículo 519 del Código Federal de procedimientos civiles de México, última reforma aplicada el 29 de mayo de 2000, consultado en <http://www.leyes.mx.com> el 3 de abril de 2020, p. 98. *Cfr.* Artículos 886 al 888 del Código procesal civil de Costa Rica, Ley No. 7725 de 9 de diciembre de 1997, consultado en <http://www.boe.es/legislacion/codigos/>, el 17 de octubre de 2019, pp. 302-303. Artículo 450 del Código general procesal de la República Oriental de Uruguay, Ley 15.982 de 18 de octubre de 1988, Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental de Uruguay, Montevideo, p. 73, consultado en <https://www.iberred.org> el 5 de mayo de 2020.

20 *Cfr.* Artículo 673 al 675 del Código procesal civil de Argentina. *Cfr.* Artículos 682 al 686 del Código de procedimiento civil de Bolivia del 2 de abril de 1976, pp. 147-148. *Cfr.* Artículos 266, apartados 14 y 15 y 409, Código de procedimiento civil de la República de Nicaragua, consultado en <https://www.derechoteca.com/gacetanicaragua/código-procedimiento-civil-nicaragüense/> el 14 de junio de 2019.

21 *Cfr.* Artículos 76 y 77 de la Resolución No. 57 de 30 de octubre de 2020, en Gaceta Oficial Ordinaria No. 81 de 19 de noviembre de 2020, Ministerio de Justicia, La Habana, p. 2573.

22 *Cfr.* Artículo 12.1 inciso b).2 y artículo 13, de la Resolución No. 60 dictada el 30 de octubre de 2020 por el Instituto de Planificación Física, "Procedimiento para la emisión de las certificaciones catastrales en los asentamientos humanos urbanos, en Gaceta Oficial Ordinaria No. 81 de 19 de noviembre de 2020, Ministerio de Justicia, La Habana, p. 2580.

los elementos que le sean suministrados por el Catastro,²³ amparado en la Resolución No. 59 de 2020.²⁴

Existe un abuso en la aplicación del método de rectificación de área, y la resistencia del legislador de marcar diferencias en la aplicación de los procesos que proceden en Derecho. De esta forma, al aplicar la norma, dicha autoridad no consigue distinguir cuándo procede el deslinde y en cuáles es improcedente la rectificación de las medidas y linderos. El siempre aplicado proceso de rectificación de área no resulta beneficioso para la protección de la relación jurídico real inmobiliaria urbana.

Existen títulos formales que teniendo los elementos de descripción adolecen de error y entonces son susceptibles de rectificación,²⁵ en otros son omisas las medidas, los linderos y las superficies de la vivienda, y precisan del deslinde.

La unificación y división de una vivienda suponen mutaciones en la cabida de la parcela. Al acrecer la cabida por la unificación, o la transformación de la finca por la división, se indeterminan sus confines, inexactitud en las superficies que se corrige por medio del proceso de deslinde.

23 *Cfr.* Artículo 79 de la Resolución No. 54, dictada el 26 de agosto de 2014 por el Presidente del Instituto de Planificación Física, complementaria a la Ley No. 65, Ley General de la Vivienda, en Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Cuba No. 7, de 5 de febrero de 2015, p 1019.

24 Dispone la posibilidad de reconocer derechos sobre un área de terreno superior a la descrita en el título de propiedad, que no sea de interés estatal, por el proceso de rectificación de medidas y linderos, teniendo en cuenta el disfrute pacífico, de forma pública y notoria por el interesado, y que por su reducida cabida o su acceso no permita la construcción de un nuevo inmueble. Resolución No. 59, “Procedimiento para la actualización de la descripción de la vivienda en los títulos de propiedad, a los efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad”, en Gaceta Oficial Ordinaria de la República de Cuba No. 81 de 19 de noviembre de 2020, pp. 2575-2577.

25 *Cfr.* Artículo 112.2 del Decreto Ley 322, modificativo de “Ley General de la Vivienda”, en Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Cuba No. 40 de 5 de septiembre de 2014, p. 955. Artículo 80 de la Resolución No. 54 del Instituto de Planificación Física de fecha 26 de agosto del 2014, en Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Cuba No. 40, 5 de septiembre de 2014, Ministerio de Justicia, La Habana, p. 1019, modificado el primero por Resolución No. 57 de 30 de octubre de 2020, en Gaceta Oficial Ordinaria No. 81 de 19 de noviembre de 2020, Ministerio de Justicia, La Habana, p. 2573. Resuelvo Cuarto de la Resolución 59 complementaria al Decreto Ley 322, modificativo de la “Ley General de la Vivienda”, en Gaceta Oficial Ordinaria de la República de Cuba No. 81 de 19 de noviembre de 2020, p. 2576.

Las ampliaciones crean un ensanchamiento del dominio y en consecuencia un conflicto de deslinde; mientras, la rehabilitación o remodelación de una vivienda no ensancha ni contrae el dominio. En el primer caso es procedente el deslinde, pero en el segundo la rectificación del título obedece al cambio de uso de locales, no es aplicable ni éste ni la rectificación de área.

Otra imperfección es que la norma²⁶ no exige en el proceso la citación de los restantes titulares colindantes por los extremos no discutidos. A todo esto se le suma la imprescriptibilidad de la acción de deslinde.²⁷

El cumplimiento de esa diligencia propiciaría constatar la extensión superficial de las fincas para evitar que por las medidas y linderos determinadas, o con la rectificación de las existentes, se generen futuras invasiones de terrenos por el entrecruzamiento de esas medidas. En conexión, en la Resolución No. 114 de 2007, Normas y procedimientos para la organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad, no constan los porcentajes en que puede ser alterada la cabida de terrenos, siendo el soporte legal para que en el ámbito jurisdiccional judicial se dicten sentencias ratificadoras de resoluciones administrativas donde se reajustan las longitudes en correlación con la poseída por cada litigante, sin evaluar que la porción constituya un exceso de cabida susceptible de justificación, en sustento a la eficacia de la inscripción de los títulos en el registro correspondiente.²⁸

El ejercicio del deslinde se trunca por la incorrecta interpretación de la norma civil, que les admite a los interesados arribar a un acuerdo e impone el requisito de su aprobación por una autoridad aún indefinida en ese cuerpo legal. Su formulación no deja otra opción que tramitarla en sede administrativa, pues los tribunales interfieren ante la presencia de una situación conflictual y el deslinde no siempre supone el conflicto.

26 *Cfr.* Artículo 90 de la Resolución No. 54 del Instituto de Planificación Física de fecha 26 de agosto del 2014...cit., p. 1020, por la el cual se faculta a la Administración de hacer comparecer a las partes en cualquier estado del proceso, para conocer sobre los hechos del litigio. Modificada por Resolución No. 57 de 30 de octubre de 2020, según consta en la Gaceta Oficial Ordinaria No. 81 de 19 de noviembre de 2020, Ministerio de Justicia, La Habana.

27 Refrendada por el inciso b) del artículo 124 del Código civil de la República de Cuba...cit., p. 142.

28 Sentencia No. 1425 dictada el 30 de noviembre del 2012 por el Tribunal Supremo Popular en materia administrativa, radicado al No. 1412/2012. Primer Considerando. Ponente DÍAZ TENREIRO.

La mera reclamación por el titular de derechos ante la Administración induce pensar la inexistencia de un acuerdo con el titular colindante, y ello colisiona con lo estipulado en el artículo 177 del Código civil que prevé el acuerdo previo a la solicitud de aprobación.²⁹

Por la vía jurisdiccional judicial civil la controversia entre titulares colindantes no puede resolverse, atendiendo a que las relaciones jurídicas relativas a la vivienda urbana se rigen por la legislación especial.³⁰ De esta forma se podría entender que la solución de los conflictos sobre el deslinde solo compete a la vía jurisdiccional administrativa,³¹ con evidente desapoderamiento de los titulares en favor de la autoridad administrativa aludida.

UNA ALTERNATIVA PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS POR EL EJERCICIO DEL DESLINDE URBANO

El derecho de las personas a resolver sus controversias utilizando métodos alternativos de solución de conflictos³² es uno de los novedosos cambios al ordenamiento jurídico introducidos por la Constitución de la República por su artículo 93, atemperado al marco jurídico internacional.

29 El artículo 177 del Código civil de la República de Cuba, Ley No. 59/1987, anotado y concordado por PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.; KENNEDY SUÁREZ, Ivón (ed.), ediciones ONBC, 2017, p. 177. Prevé que el propietario de un inmueble de conjunto con propietarios colindantes pueden precisar los límites de sus fincas mediante acuerdo, que para ser válido requiere de la aprobación por una autoridad competente.

30 *Cfr.* Disposición Final del Código civil cubano, en Código civil cubano...*cit.*, p. 391. El Proyecto de Ley de proceso administrativo mantiene la regla de que las personas primero deben reclamar ante la Administración para, luego, acudir a la vía judicial, Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba, La Habana, 14 de mayo de 2021, p. 7, consultado en <https://www.tsp.gob.cu>, el 15 de mayo de 2021.

31 El Proyecto Código de procesos, Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba de 14 de mayo de 2021, integra los procedimientos para resolver las reclamaciones en materias civil, familiar, mercantil, del trabajo y la seguridad social. Deja para una norma independiente la regulación del proceso administrativo. Proyecto Código de procesos, Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba, La Habana, 14 de mayo de 2021, consultado en <https://www.tsp.gob.cu>, el 15 de mayo de 2021.

32 Entre estos procedimientos se encuentran: como métodos adversariales de solución de conflictos, el arbitraje y el juicio; y como no adversariales la negociación, la conciliación y la mediación.

La mediación propicia a las partes solucionar pacíficamente sus controversias con la conducción de un tercero neutral. El mediador ayuda a los mediados³³ a procurar un acuerdo, propiciándoles cierto protagonismo en el proceso. CASANOVAS, MAGRE y LAUROBA (2011: 45) aclaran que “la función del tercero mediador encuentra su límite en el respeto del contenido del principio de neutralidad, de forma que éste no puede proceder a proponer formalmente o imponer soluciones, de aquí su importante distinción formal con la conciliación”.

La finalidad del proceso es la materialización del acuerdo, en beneficio de las partes. Para mayor seguridad jurídica éste debe quedar instrumentado.

Se aboga que para ser título ejecutivo el acuerdo de mediación debe ser homologado ante un juez competente o ante notario público. FERNÁNDEZ BALLESTEROS (2013:285) opina: “si se alcanza el acuerdo no es necesario que la mediación se instrumente de una manera determinada”.

La instrumentación del acuerdo sobre el deslinde inmobiliario urbano por medio de escritura pública trascenderá a la rectificación de los títulos formales, y para su inscripción en el Registro de la Propiedad. Desde este punto de vista el acuerdo requiere de la aprobación por una autoridad competente.

La opción de elevar a público el acuerdo de mediación propicia ser fuente de obligaciones para las partes, resuelve de manera efectiva las cuestiones, resulta oponible, excepcionalmente, frente a la parte que pretenda replantear aspectos; y, gozar de eficacia ejecutiva, siempre que las partes deseen configurarlo como título ejecutivo.

El propósito actual es desvincular el arbitrio judicial del proceso de mediación.³⁴ En correspondencia, las relaciones jurídicas de contenido patrimonial están sometidas en su regulación a la autonomía de la voluntad, aún en el plano de subordinación a la ley. El ejercicio del deslinde no tiene como presupuesto esencial el conflicto, los comparecientes pueden

33 Término empleado para identificar a los titulares en conflicto, pues al someterse al proceso de mediación dejan de figurar como contendientes para convertirse en sujetos pacíficos.

34 Ante la inexistencia de un órgano de mediación, tres oficinas de resolución de conflictos han sido habilitadas en la sede de la Unión Nacional de Juristas de Cuba que ofrecen este servicio, y a dichos efectos existen otras, creadas por la Organización Nacional de Bufetes Colectivos. Hasta el momento los especialistas no han mediado en conflictos sobre deslinde.

acudir ante notario voluntariamente, partiendo de que éste ejerce su actividad en la esfera antilitigiosa.

Dotar de eficacia jurídica al acuerdo desencadenaría garantías jurídicas al proporcionarle al instrumento de las notas de certeza, veracidad, autenticidad y el carácter indubitado, por ser depositario de la fe pública por excelencia, criterio de VEGA CARDONA (2019: 7) que sigue la autora. Le ofrece salvaguardia, lo dota de virtualidad jurídica como título ejecutivo, contribuye a la rectificación de los títulos formales para su inscripción registral, y es garante de seguridad jurídica inmobiliaria urbana.

A MODO DE CONCLUSIONES

La marcada intervención del Estado en el ámbito inmobiliario urbano cubano, a través de sus órganos de representación, vulnera el principio de autonomía de la voluntad de los titulares y cotitulares, cuyos derechos y deberes, en sus relaciones internas, se ven limitados o restringidos. El tipo de proceso por el cual se dirimen los conflictos exige el ejercicio de la acción de deslinde por medio de una reclamación, de lo cual se deduce la inexistencia de un acuerdo entre colindantes.

Estar obligados a acudir a la vía jurisdiccional administrativa para la solución de sus conflictos, y a procesos judiciales por vía contenciosa, les genera frustraciones a los titulares que originan nuevos enfrentamientos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBADALEJO, M. (2002). *Derecho civil I. Introducción y Parte general*. Bosch.
- AGUILERA, D. y FLORES, A. (1875). *Colección de Códigos europeos, concordados y anotados, primer grupo-primera sección* (tomo I). Fomento. Establecimiento Topográfico de la Colección de Códigos Europeos.
- BORDA, G. (1992). *Tratado de Derecho civil - Derechos reales* (tomo I). Abeledo-Perrot.
- CASANOVAS, P., MAGRE, J. y LAUROBA, M. (2011). La mediación ciudadana y comunitaria en el ámbito local en *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, Universidad Autónoma de Barcelona.
- DE LA CUESTA, J. (2019). Código civil y legislación complementaria. *Boletín Oficial del Estado*. <https://www.boe.es/legislacion/codigos/>

- DE RUGGIERO, R., Serrano, R. y Santa Cruz, J. (trad.) (1929), *Instituciones de Derecho Civil. Introducción y parte general. Derechos de las personas, Derechos reales y Posesión* (4ª ed. italiana, anotada y concordada con la legislación española). Reus.
- DÍEZ, L., De León, P., Gullón, A. (1997), *Sistema de Derecho civil, El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual* (volumen III, 6ª ed). Tecnos.
- FERNÁNDEZ, M. (2013), *Avenencia o ADR: Negociación, mediación, peritajes, conciliación, pactos y transacciones*. Iurgium.
- FERNÁNDEZ, M. y Pérez, L. (dir.) (2016). Comentarios al artículo 118, 219, 220 del Código Civil cubano en *Comentarios al Código civil cubano, artículos del 127 al 169* (tomo II, volumen I, pp. 243-275). Félix Varela.
- HERNÁNDEZ, S. (2016). Comentarios al artículo 202 del Código civil cubano en L. Pérez (dir.), *Comentarios al Código civil cubano, artículos 196 al 232* (tomo II, volumen II, pp. 60-73). Félix Varela.
- KELSEN, H. y García, E. (trad.) (1995) *Teoría general del Derecho y del Estado*. UNAM.
- LASARTE, C. (2008), *Propiedad y Derechos reales de goce. Principios de Derecho civil* (tomo IV, 8ª ed). Marcial Pons.
- MALIZIA, R. y Kiper, C. (dir.) (2004). Del usufructo en *Código civil de la República de Argentina comentado. Derechos reales. Artículos 2611 a 2969* (tomo II). Rubinzal – Culzoni.
- MARIANI, M. y De Zavalía, V. (coord.) (2004) *Derechos reales* (tomo I, 7ª ed). Abeledo-Perrot.
- MARIANI, M. y De Zavalía, V. (coord.) (2004a) *Derechos reales* (tomo II, 7ª ed). Abeledo-Perrot.
- JORGE, N. (2000). *Derechos reales* (tomo I). Astrea y Depalma.
- PÉREZ, L. y Kennedy, I. (ed.) (2017). *Código civil de la República de Cuba, Ley No. 59/1987*. ONBC.
- RIVERO, O. (2001). *Temas de Derecho reales*. Félix Varela.
- ROCA, R. y ROCA, L. (1997). *Derecho hipotecario* (tomo IV, 8ª ed). Bosch.
- RODRÍGUEZ, M. y PÉREZ, L. (dir.) (2016). Comentario al artículo 177 en *Comentarios al Código civil cubano. Derechos de propiedad y otros derechos sobre bienes, (artículos del 170 al 195)* (tomo II, volumen II, 1ª ed). Félix Varela.
- RODRÍGUEZ, M. y PÉREZ, L. (dir.) (2016). Disposición común, comentarios al artículo 232 en *Comentarios al Código civil cubano. Derechos de*

- propiedad y otros derechos sobre bienes, (artículos del 196 al 232)* (tomo II, volumen III). Félix Varela.
- VALDÉS, J. y Feldman, F. (trad.) (2013). *Código civil de Francia* (en su redacción vigente del 1 de julio). Juriscope.
- VALDÉS, C. (2005). Norma jurídica y relación jurídica en el ámbito del Derecho civil en *Compendio de Derecho civil*. Félix Varela.
- VEGA, R. (2019). La elevación a público del acuerdo derivado de mediación. Acotaciones a la intervención notarial en la solución alternativa de conflictos en el ámbito privado en *Evento anual provincial de las Sociedades Científicas de la Unión Nacional de Juristas de Cuba*.
- ZACHARIAE, M., Ascoli y Cammeo (trad.) (1906). *Allgemeiner Theil den modernen französischen Privatrechtswissenschaftl*. Mannheün, *Parte generale del Diritto privato francese moderno*. Milán.

Legislaciones

- CÓDIGO civil de España de 1888, concordado y anotado hasta el 8 de marzo de 1975, *Publicación de Legislaciones, 2, publicación oficial del Ministerio de Justicia*. Orbe.
- LEY de Reforma Urbana de 1960, Gaceta Oficial Extraordinaria N° 23, de 14 de octubre de 1960.
- CÓDIGO civil de Perú por Decreto legislativo No. 295, 14 de noviembre de 1984 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 16ª ed. 2015.
- LEY italiana No. 241 de 7 de agosto de 1990, relativa a las Nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos, *Revista de Administración Pública*, (124), pp. 461-478. <https://www.raco.cat>.
- LEY del patrimonio de las administraciones públicas, Ley No. 33, de 3 de noviembre de 2003, desarrollada por el Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las administraciones públicas, *Boletín Oficial del Estado*, (264), <https://www.boe.es>.
- CÓDIGO civil Federal de México, en *Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 2004*.
- CÓDIGO civil de la República Oriental de Uruguay, en División Estudios Legislativos Cámara de Senadores de República Oriental del Uruguay.
- LEY General de la Vivienda, en *Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Cuba*, (7). Ministerio de Justicia.
- LEY No. 65, Ley General de la Vivienda. *Colección de Textos Legales*. Ediciones ONBC.

CONSTITUCIÓN de la República de Cuba, Editora Política.

CÓDIGO civil de Francia, Dernier texte modificateur signalé : Loi 2003-516 du 18 juin 2003, s/p, Mise a Jour Legifrance Le 15 sept 2003.
https://www.legifrance.gouv.fr/html/A_propos.htm

CÓDIGO civil de España en DE LA CUESTA, José María, *Código civil y legislación complementaria*, *Boletín Oficial del Estado*, edición actualizada a 28 de enero de 2019. <https://www.boe.es/legislacion/codigos/>

CÓDIGO civil y comercial de la nación Argentina, aprobado por Ley 26.994, promulgado según Decreto 1795 de 2014, 2ª ed., editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. <https://www.sajj.gob.ar>

CÓDIGO civil francés, Ley de 20 de agosto de 1881 Diario Oficial de 26 de agosto de 1881, Ley nº 67-1253 de 30 de diciembre de 1967, Diario Oficial de 3 de enero de 1968 rectificativo DORF de 12 de enero. <https://es.scribd.com/doc/20568571/Codigo-Civil-Frances-Traducido>.

CÓDIGO civil de Italia, DRAGO, Massimo editor, presentación de Flavio LAPERTOSA, editorial Alpha Test. <http://www.studiocataldi.it/codice-civile/codice-civile.pdf>

CÓDIGO procesal civil de Perú. <http://www.iberred.org>

CÓDIGO de procedimiento civil de la República de Nicaragua. <https://www.derechoteca.com>

CÓDIGO Federal de procedimientos civiles de México, última reforma aplicada el 29 de mayo de 2000. <http://www.leyes.mx.com>

CÓDIGO general procesal de la República Oriental de Uruguay, Ley 15.982 de 18 de octubre de 1988, Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental de Uruguay. <https://www.iberred.org>

CÓDIGO de procedimiento civil de Bolivia del 2 de abril de 1976, pp. 147-148. <https://www.derechoteca.com>

LEY italiana No. 241 de 7 de agosto de 1990, relativa a las Nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos, *Revista de Administración Pública*, (124), pp. 461-478. <https://www.raco.cat>

CÓDIGO procesal civil de Costa Rica, Ley No. 7725 de 9 de diciembre de 1997. <https://www.boe.es>

CÓDIGO procesal civil y comercial de la nación, Ley 17.454 con sus modificaciones, la última por Ley 25.488, sancionada el 3 de mayo de 2010. *Boletín oficial de 27 de agosto de 1981*. http://www.uba.ar/archivos_secyt/image/Ley%2026994.pdf

- DECRETO-LEY No. 322 modificativo de la “Ley General de la Vivienda”. *Gaceta Oficial de la República de Cuba Extraordinaria*, (40). Ministerio de Justicia, La Habana, 5 de septiembre de 2014.
- REAL Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. *Boletín Oficial del Estado*, (226), de 18 de septiembre de 2009. <https://www.boe.es>
- RESOLUCIÓN No. 2 del 14 de enero de 1991 del Instituto Nacional de la Vivienda. *Gaceta Oficial de la República de Cuba Extraordinaria*, (40). Ministerio de Justicia, La Habana.
- RESOLUCIÓN No. 114 de 29 de junio de 2007, Normas y procedimientos para la organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad. *Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Cuba*, (39), 6 de agosto de 2007, Ministerio de Justicia, La Habana.
- RESOLUCIÓN No. 54 del Instituto de Planificación Física de fecha 26 de agosto del 2014, en *Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Cuba* No. 40, de 5 de septiembre de 2014, Año CXII, Ministerio de Justicia, La Habana, modificada por Resolución No. 57 de 30 de octubre de 2020. *Gaceta Oficial Ordinaria*, (81). Ministerio de Justicia, La Habana.
- RESOLUCIÓN No. V-003 dictada el 27 de agosto de 2014 por el Ministro de la Construcción. *Gaceta oficial extraordinaria de la República de Cuba*, (40), Ministerio de Justicia, La Habana.
- REGLAMENTO hipotecario español, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947 y modificado el 4 de marzo de 2017.
- RESOLUCIÓN No. 57 de 30 de octubre de 2020. *Gaceta Oficial Ordinaria*, (81), Ministerio de Justicia, La Habana.
- RESOLUCIÓN No. 59, Procedimiento para la actualización de la descripción de la vivienda en los títulos de propiedad, a los efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, complementaria al Decreto Ley 322, modificativo de la “Ley General de la Vivienda”. *Gaceta Oficial Ordinaria de la República de Cuba*, (81).
- RESOLUCIÓN No. 60 dictada el 30 de octubre de 2020 por el Instituto de Planificación Física, Procedimiento para la emisión de las certificaciones catastrales en los asentamientos humanos urbanos. *Gaceta Oficial Ordinaria*, (81). Ministerio de Justicia, La Habana.
- PROYECTO Código de procesos, Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba, La Habana, 14 de mayo de 2021. <https://www.tsp.gob.cu>

PROYECTO de Ley de proceso administrativo, Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba, La Habana, 14 de mayo de 2021.
<https://www.tsp.gob.cu>

Fuentes judiciales

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DEL REINO DE ESPAÑA

SENTENCIA número 672 dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo de la Villa de Madrid, a veintiséis de junio de dos mil tres, del Recurso número: 3489/1997 contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Pontevedra, como consecuencia de autos, juicio de menor cuantía número 262/1994, sobre acción de deslinde. Fundamento Segundo. Magistrado Excmo. Sr. Don. Clemente AUGER LIÑÁN, Teófilo ORTEGA TORRES y Román GARCÍA VARELA.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR DE CUBA

SENTENCIA No. 45 dictada el 31 de enero del 2007, rollo No. 44/2006
SENTENCIA No. 1345 dictada el 26 de noviembre del 2012, rollo No. 1331/2012.
SENTENCIA No. 1425 dictada el 30 de noviembre del 2012, rollo No. 1412/2012.
SENTENCIA No. 336 dictada el 27 de abril del 2016, rollo No. 281 de 2016.

EL DERECHO, LAS NEUROCIENCIAS Y LA INVESTIGACIÓN MULTIDISCIPLINARIA

KARLA ALEJANDRA OBREGON ÁVELAR
Universidad Juárez del Estado de Durango

Tutora: Dra. Zitlally Flores Fernández

Resumen: El ser humano como ente individual y social es el elemento fundamental de las ciencias sociales y, por tanto, del derecho, el cual es un ordenador social al estudiar las normas jurídicas, principios e instituciones que regulan la conducta humana para garantizar la armonía y la paz social, entre otros. Los recientes descubrimientos de las neurociencias y la intrínseca relación de la conducta humana y el cerebro humano, han trascendido hacia la ciencia del derecho como ordenador social y han permitido una visión más integral del ser humano, lo cual, en el contexto de las investigaciones científicas multidisciplinarias, habrá de brindar nuevas alternativas de solución a las grandes problemáticas sociales

Palabras clave: Ciencia, Derecho, Neurociencias

EL SER HUMANO, LA CIENCIA Y EL DERECHO

“Son el ser humano y la vida social los elementos condicionantes del derecho” (Cárdenas Gracia, 2009). Las ciencias son muy importantes para el ser humano y éste es trascendental para todas las ciencias, en especial para las ciencias sociales, ya que es su propio objeto de estudio y además es quien las crea, formula, deconstruye y aplica.

El ser humano siempre ha buscado instintivamente “la verdad”, “la sabiduría” y “la felicidad” a través del estudio de la historia, las ciencias y la filosofía; no han sido pocos los científicos y/o filósofos de la antigüedad que han emprendido esta búsqueda, tratando de encontrar las respuestas que brinden luz a las famosas interrogantes que han inquietado a la humanidad desde sus orígenes, proporcionando explicaciones bastante válidas e interesantes acerca de estos temas, tratando de acercarse de alguna manera a un entendimiento más cabal y concreto del ser humano, de su relación con sus semejantes, con el universo y con Dios o un ser superior.

De estos intentos no está exento el Derecho o la Ciencia Jurídica, pues su objeto de conocimiento o de estudio son precisamente las normas jurídicas, los principios e instituciones con los que se pretende regular la conducta del ser humano en sociedad, con el objetivo de alcanzar diversos fines, como: la convivencia armónica, la paz, la igualdad, la justicia y la certeza jurídica, entre otros.

Es así, que el ser humano a lo largo de su evolución se ha intentado definir y redefinir a si mismo de numerosas maneras, determinándose propósitos positivos, negativos o ambos respecto de su propia existencia, esto ha derivado en numerosas teorías o hipótesis en materia científica y no científica (Serra Rojas, 1964).

Cabe mencionar que a través de la historia se ha dado la censura y persecución de quienes han expresado ideas, puntos de vista o teorías que no han sido acordes con los paradigmas de la época o del lugar en cuestión. Se afirma incluso que información y evidencias valiosas han sido destruidas o tergiversadas, y que muchos filósofos, científicos o estudiosos, pagaron con sus vidas la expresión de sus ideas respecto del origen del ser humano y de su relación con sus semejantes, con el universo y con Dios o un Ser superior.

Esto nos da una clara idea de lo complejo que ha sido este tema a lo largo de la historia de la humanidad. Hoy en día el ser humano sigue discutiendo por la supremacía e infabilidad de su visión o interpretación personal por encima de la de otros; se debe reconocer que el ser humano no ha resuelto su tendencia a esa actitud o necesidad, un tanto obstinada, de “tener la razón”, y es dicha actitud, con frecuencia, la que ha generado múltiples entornos de violencia, opresión, censura, o crítica.

Eduardo Andrade Sánchez, en su obra: “Teoría General del Estado”, considera que un primer método que se ha utilizado durante mucho tiempo para el planteamiento de hipótesis o respuestas a estos cuestionamientos, es el que podría llamarse filosófico-deductivo, en el sentido de que va de lo general a lo particular basándose en una mera reflexión, a partir de ciertos principios generales que el filósofo o científico extrae de la observación de la naturaleza humana (Andrade Sánchez, 1987); en la antigüedad los autores planteaban los problemas como un tema de reflexión de carácter filosófico-racional a ser resueltos por la meditación deductiva desenvuelta a partir de ciertos principios generales fincados en determinadas características observables en el ser humano, las cuales según el autor, les permitían reconstruir lógicamente las respuestas. El propio autor estima que hoy en día se ha dejado atrás la mera reflexión filosófica y se

emplean en mayor medida datos concretos que pueden aportar otras ciencias, como la antropología, la etnología, la sociología e incluso la biología.

En el presente artículo, se realiza una reflexión de carácter científico, señalando que actualmente se suman de manera muy importante y sin precedentes, al propósito de definir y redefinir al ser humano y sus relaciones, las neurociencias, las cuales gracias a los grandes avances tecnológicos brindan una mayor objetividad y rigor académico al demostrar lo importante del estudio del cerebro y su relación con la conducta del ser humano.

Los pensadores, filósofos y científicos siguen buscando y debatiendo respecto de qué y quién es el ser humano, así como las mejores alternativas para su convivencia social, esto atañe a todas las ciencias sociales. **Hoy en día, es indispensable el análisis de estos temas desde una perspectiva multidisciplinaria, con una visión más integral y amplia que conduzca a mejores resultados.**

Como muestra de lo anterior, de ese afán e interés de los estudiosos, Andrés Serra Rojas en su libro: *Teoría General del Estado*, expone diversas teorías relativas a la creación del mundo y la existencia humana, señalando: que se originó la Tierra primero dando nacimiento a los cielos, ríos, montañas, océanos como bases que dan nacimiento a los dioses; pasando por Emmanuel Kant que formuló su hipótesis nebular expuesta en aquel libro que conmovió al mundo en 1775: “La historia natural universal y teoría de los cielos”; o el astrónomo Laplace con su sorprendente “*Exposition de Systeme du Monde*”, cuando el sol comenzó como una gran nebulosa caliente compuesta de gas que había adquirido un movimiento de rotación que arrojaba anillos de materia solar, fuente y origen de todos los planetas. Más tarde Chamberlin (1843-1928), que abandona la teoría de Laplace y expone la teoría planetesimal que sostiene que, en la etapa inicial del desarrollo de nuestro sistema solar, el sol fue hecho pedazos por una estrella, dando origen a explicaciones de esa edad incierta en la que el hombre no es un juguete de las circunstancias, sino un esquema en las manos generosas del Creador, que señaló como término de su obra. Un doble acontecimiento ha registrado la historia del Cosmos: el primero la formación de la Tierra como un espléndido Planeta y el segundo la aparición de los seres humanos. Época prehistórica que llega hasta la aparición de los primeros testimonios escritos, una edad en la que los seres humanos sufren una gran evolución e inician su lucha contra la naturaleza y la construcción de una vida social. En más de una ocasión el ser humano habrá de preguntarse las causas por las que fue elegido para tener el privi-

legio único de ser el observador de un mundo maravilloso. Y la pregunta ha sido contestada desde varias perspectivas, con el frío del escalpelo de la Ciencia, con la intuición genial del filósofo o con las palabras de los hombres llenos de fe, como nos dice D. Domínguez S.J.: “por encima de las voluntades libres que producen los hechos particulares y por encima de las leyes generales que regulan la vida de la Humanidad, ¿no existe una voluntad superior que gobierna las voluntades individuales, o a lo menos, una ley suprema que enderece el curso de los acontecimientos y los haga converger a un fin supremo?” (Serra Rojas, 1964).

Es así, como Andrés Serra Rojas, en una gran obra, muestra cómo estos cuestionamientos han sido objeto de estudio y reflexión de muchos científicos y pensadores, y sería muy ambicioso y más aún pretencioso tratar de determinar en este artículo la respuesta a tales planteamientos, que incluso podemos decir son tarea de la filosofía y de otras ciencias, pero sí queremos destacar que estas ciencias tienen una relación intrínseca con el Derecho y que en la medida en que avancen sus descubrimientos y aportaciones, deben ser tomadas en cuenta por la ciencia jurídica.

En este artículo, se pretende hacer un análisis y síntesis de algunos significados del concepto “ser humano” al ser el objeto de estudio de las ciencias sociales y creador y ejecutor del derecho y a partir de eso la importancia de las neurociencias en el análisis de la conducta humana y por tanto su impacto en el derecho y en la construcción de la vida social.

Se puede decir que el ser humano es un ente muy complejo, que puede ser observado, estudiado y/o definido desde múltiples puntos de vista: biológico, cósmico, religioso, antropológico, social, cultural, entre otros, pero además desde cada uno de ellos existen definiciones, descripciones o conceptualizaciones tanto antagónicas, como similares. Por mencionar un ejemplo, para algunos el ser humano es un ente finito y para otros es infinito; algunos dicen que el ser humano es bueno por naturaleza y otros que es malo por naturaleza; hay quien dice que uno de sus principales atributos o características es que es racional, pero también algunos otros afirman que es tanto racional como irracional.

En este artículo se utilizará el término o significante “ser humano” de manera genérica para referirnos tanto al hombre como a la mujer, esperando respetuosamente no generar confrontaciones en cuanto a las corrientes o teorías de equidad y género; etimológicamente, podemos decir que la palabra tiene sus raíces del griego “*Anthropos*”, el alemán “*Mensch*” y del latín “*Homos*” (Arruda, 2005).

Hay documentos en los que se afirma¹: sabemos por la ciencia que todos los seres humanos compartimos la misma naturaleza. La naturaleza humana es el genoma humano, idéntico en todos nosotros en el 99,9%. El uno por mil de diferencia genética nos distingue a unos de otros. Esto no es una hipótesis, sino una verdad científica. (ACFILOSOFIA, 2018).

El concepto de ser humano para muchos es un concepto biológico: somos humanos por una simple razón genética. Sin embargo, el criterio biológico resulta insuficiente para muchos pensadores, que ven en el ser humano algo que trasciende la naturaleza, que va más allá del mundo natural. A diferencia del resto de seres naturales, el ser humano posee la capacidad cerebral de reflejar la realidad en forma de sensaciones, percepciones y pensamientos, esto como resultado de un desarrollo extenso de la evolución de los organismos en su forma física y cerebral, hasta llegar a lo que hace a los humanos tan diferentes: la conciencia.

Asimismo, es definido como: especie animal vinculada al *homo sapiens*, pero cuyas principales características y diferencias para con el resto de las especies, todas inferiores, es que el ser humano a diferencia de estas puede llevar a cabo operaciones como ser, pensar o hablar y, además, en lo estrictamente corporal, presenta tanto a nivel externo como interno, una importantísima evolución respecto del resto de las especies (Ucha, 2009). El *homo sapiens* pertenece a una estirpe de primates conocidos como hominoideos, la cual evolutivamente hace mucho se diferenció del resto y de ese ancestro surgió la familia de los homínidos. Entonces, la principal diferencia que presentó este *homo sapiens* respecto del resto de las especies, es que el ser humano es un animal racional, que puede realizar operaciones conceptuales y simbólicas muy complejas, entre ellas el uso de sistemas lingüísticos realmente sofisticados, razonamiento abstracto, capacidades de introspección y especulación, esto gracias a la evolución y capacidad de su cerebro, por eso, la designación de *sapiens* que se refiere a sabio.

El propio ser humano ha creado teorías o formas para definir los objetos, las palabras y cualquier cosa; ello, permite observar que en la mayoría de las definiciones expuestas se hace un ejercicio por encontrar las diferencias específicas del ser humano respecto del género animal o bien, construir una definición denotando las principales características.

Es importante destacar que en términos esencialistas, es decir, pretender definir la esencia, en este caso del hombre, sería muy complejo, casi imposible, seguramente caeríamos en errores y en un excesivo subje-

tivismo, tal como ya se ha mencionado; de ahí que de acuerdo a la teoría de la definición aristotélica o de la filosofía analítica, se hace un ejercicio para tratar de identificar, conocer y comprender la principal diferencia específica del ser humano, respecto de las otras especies animales y organismos vivos.

Marcos Arruda afirma en su obra “Humanizar lo Infrahumano”, que: “El ser humano es en primer lugar la especie de las que conocemos que alcanzó y sintetizó determinadas cualidades que están ausentes en otras especies o que están presentes en ellas, en grados menos desarrollados, señalando que las más importantes son algunas de carácter individual y otras de índole social, destacando la conciencia reflexiva y la capacidad de trabajar y educarse, como dimensión única de nuestra especie”(Arruda, 2005).

Los lingüistas al igual que Arruda afirman que el ser humano ha desarrollado y evolucionado como un animal hablante un *homo loquens* (Rodríguez Lapuente, 2014) y de igual forma podemos decir que ha evolucionado como *homo juridicus* (Rodríguez Lapuente, 2014).

Hay documentos que afirman que, el ser humano supone el nivel más alto de complejidad alcanzado por la escala evolutiva. El cerebro tiene un gran desarrollo y le permite concretar numerosas actividades racionales y elaborar pensamientos abstractos, creativos y de otro tipo, de aquí la importancia e impacto de las neurociencias.

En el mismo sentido, Manuel Rodríguez Lapuente afirma en su obra: “*Sociología del Derecho*”: “Lo que caracteriza al hombre y lo distingue de las demás especies es su capacidad para pensar a base de conceptos generales y por consiguiente abstractos, a diferencia de los animales que sólo reflejan mentalmente imágenes concretas” (Rodríguez Lapuente, 2014).

El ser humano se ha organizado territorialmente y a partir de ello comenzó a dividir las diferentes tareas que cada integrante, en función de capacidades y géneros, debía desplegar para sumar a la comunidad creada; se ocupó de formular leyes y normas que le garantizaran una vida armónica y lo más justa posible, también se encargó de proponer políticas, como buen animal político (el *zoon politikón* a que se refería Aristóteles), para así concretar desarrollos más específicos que hacen por la vida en sociedad; en todo este proceso, el lenguaje, resultó ser fundamental, porque sin esa posibilidad de comunicarse ordenadamente y convencionalmente con sus iguales, no habría sido posible su desarrollo.

Al respecto, Manuel Rodríguez, señala, que el lenguaje no sólo sirve para comunicarse, sino también para pensar. Pensamos por medio de las

palabras; afirmando además que el lenguaje articulado supone una evolución anatómica y fisiológica que incluye el desarrollo del cerebro.

“La corteza cerebral es lo que nos separa de otras especies en nuestra capacidad de aprender y recordad de manera consciente, procesando datos que derivan de nuestros sentidos. El neocórtex es el asiento de nuestra mente ejecutiva, nuestra identidad, nuestra personalidad y de las funciones cerebrales del cerebro” (Dispenza D.C., 2008). De aquí la importancia de la relación de las neurociencias y el derecho con el estudio del ser humano y la regulación de su conducta, no solo para vivir más armónicamente, sino para comprender y poder plantear soluciones más integrales a los grandes problemas sociales.

LAS NEUROCIENCIAS Y LA INVESTIGACIÓN MULTIDISCIPLINARIA.

Durante siglos, científicos y filósofos han especulado acerca de las inusuales diferencias que separan a nuestra especie de todas las otras formas de vida, comprobando gracias a los avances tecnológicos que lo que realmente hace singular al ser humano en comparación con otros seres vivos no es que tengamos los pulgares oponibles, que nos paremos erguidos y caminemos en dos piernas o que poseamos dos ojos que apuntan hacia delante, que tengamos poco pelo corporal, que hablemos un idioma elaborado y nos organicemos de manera gregaria y social, ni si quiera que nuestro cerebro sea más grande, pues hay otros animales que tienen cerebros mayores como el elefante, sino el tamaño del lóbulo frontal, la evolución del cerebro y las conexiones cerebrales, de aquí la importancia de las neurociencias y sus grandes avances.

Las Neurociencias, se refieren al estudio de la anatomía y funcionamiento del cerebro, la cuales se consideran de reciente desarrollo, con apenas poco más de cien años. Eso no significa que los científicos y filósofos no hayan estado pensando en la naturaleza del cerebro, de la mente y del pensamiento durante mucho más tiempo. Los griegos y grandes pensadores postularon ideas acerca del origen y naturaleza de la conciencia, pero sólo a medida que la tecnología ha avanzado se ha podido observar las partes del cerebro y conocer o saber que partes funcionan durante tareas específicas y de qué manera, y es así como han evolucionado las neurociencias. Se han tenido grandes logros del estudio de la anatomía y funcionamiento del cerebro, aunque todavía quedan importantes interrogantes sin responder.

La neurociencia o las neurociencias han sido definidas por Eric Candell, premio nobel de medicina por sus estudios sobre la memoria, como: el estudio de la relación del cerebro y el desarrollo del mismo, especialmente del encéfalo o neocórtex y la conducta del ser humano; es un estudio multidisciplinario que involucra áreas como la neuropsicología cognitiva, la neuropsicología clínica, la neurobiología, para tratar de comprender como funciona el cerebro, y a través de ese estudio tratar de saber cómo es que somos lo que somos y como lo somos. (García-López, E., 2017,1m41s)

Lo que en realidad distingue al ser humano es el tamaño del lóbulo frontal en relación con resto del neocórtex, por poner algunos ejemplos, científicamente está comprobado que en los gatos el lóbulo frontal constituye el 3.5% de la anatomía de su cerebro superior, en los perros comprende el 7% de la totalidad del cerebro y en los chimpancés y otros primates constituye entre el 11 y 17% del resto del neocórtex, mientras que en el ser humano el lóbulo frontal representa entre el 30 y el 40% del volumen total del neocórtex.

Derivado de lo anterior, es comprensible que el ser humano sea considerado un organismo bio, psico, social, racional que se distingue por su cerebro, específicamente por su neocórtex y su lóbulo frontal que le otorga capacidades neuronales que le permiten tener consciencia, evolucionar, inventar, crear, aprender, enseñar, trabajar, y utilizar estructuras lingüísticas complejas, lógicas, matemáticas, escritura, música, ciencia y tecnología; crear organizaciones, religiones, leyes, normas y complejos sistemas sociales para vivir de manera más organizada, con más paz y bienestar.

La investigación científica, particularmente las neurociencias, hoy en día permiten una comprensión más profunda de lo que el cerebro es y hace. El surgimiento de nuevas tecnologías ha provisto a los investigadores con una visión renovada de su funcionamiento interno y el vasto potencial inexplorado que hay al respecto y ello pone a prueba objetivamente los dogmas, paradigmas y teorías que han prevalecido en los últimos siglos.

El cerebro, la mente, el pensamiento, la consciencia, el libre albedrío son temas que históricamente se han considerado exclusivos de los filósofos, psicólogos y místicos religiosos, sin embargo, ahora gracias a los descubrimientos recientes de la neurociencia estos temas han encontrado un punto común de referencia para muchas o todas las ciencias. Ante los complejos problemas sociales y las enfermedades del siglo la depresión y el estrés, las investigaciones sociales deben ser

multidisciplinarias e incorporar los recientes descubrimientos científicos del cerebro y por tanto de las neurociencias, pues el gran reto es dar plantar soluciones viables y reales a los problemas estructurales sociales que es evidente no se han resuelto solamente con los mejores marcos normativos.

Es así que, se puede concluir que, el ser humano existe, aun cuando no podamos demostrar científicamente su origen, sin embargo, si se ha demostrado científicamente que las diferencias con las demás especies en el planeta tierra son: **la capacidad del cerebro, particularmente del neocórtex y el lóbulo frontal y sobretodo las conexiones neuronales o sinapsis que puede realizar** y que justo estas diferencias explican su desarrollo y evolución en ocasiones no tan lineal como debiera ser, pues el cerebro está configurado por una combinación de rasgos genéticos (de corto plazo, que son la herencia de nuestros padres y de largo plazo, que son funciones generalizadas de la especie desarrolladas a lo largo de millones de años) y de experiencias aprendidas a lo largo de la vida derivadas del entorno y de otros seres humanos. **El cerebro ha evolucionado no sólo por la naturaleza o sólo por el entorno, sino por una notable interacción de ambos procesos** (Dispenza D.C., 2008) y sin duda en ello, el derecho ha jugado un papel trascendental y ahora a la inversa estos nuevos descubrimientos del cerebro humano deben servir para nuevos replanteamientos jurídicos, pues los mismos permiten visualizar y comprender mejor o desde una perspectiva más integral al ser humano.

Partiendo entonces de dicho supuesto, es muy acertado mencionar que tal y como lo dijo el Director del Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), el Dr. Gerardo Laveaga en su videoconferencia denominada: “Neurociencias: una perspectiva jurídica”: “Las neurociencias ya no pueden ser ignoradas por nadie que se interese por el derecho” (Laveaga, G., 2016, 2m49s). **Por tanto, el derecho no puede estar apartado o dejar de tomar en cuenta la neurociencia y sus importantes e interesantes aportaciones respecto del ser humano como ente individual y social.**

El cerebro humano ha evolucionado significativamente en comparación otras especies, cuyas principales preocupaciones siguen siendo la comida, la protección de los predadores y la procreación; las preocupaciones del ser humano también se han modificado como resultado del desarrollo de la sociedad, por lo que para plantear soluciones viables, reales y duraderas es indispensable comprender de manera integral al ser humano y para ello, es necesario hacerlo incorporando los nuevos descubrimientos de **las neurociencias.**

Hasta los 80 prevaleció la noción de que el cerebro era fijo y estaba estructurado en compartimientos organizados, ahora se sabe que **el cerebro se reorganiza a sí mismo de manera continua a lo largo de la vida del ser humano**. También se creía que las células nerviosas eran incapaces de dividirse y reproducirse, se decía que permanecerían fijas y que si se dañaban nunca podrían reemplazarse; sin embargo, estudios recientes demuestran que un cerebro normal adulto puede reparar y regenerar naturalmente las células dañadas y además generar nuevas células, proceso al cual se le denomina: **neurogénesis**. (Dispenza D.C., 2008)

Los neurocientíficos afirman que, ciertamente el ser humano tiene instaladas porciones de cerebro, de modo que los seres humanos compartimos las mismas estructuras y funciones físicas; actualmente se dice más de la mitad de los genes que expresamos como seres humanos (**herencia genética de padres y herencia genética de antepasados**). El cerebro es la memoria del pasado, configurado por la adaptación de nuestra especie al medio ambiente durante millones de años) (Dispenza D.C., 2008) y, por otra parte, se sabe que el **entorno externo e interno de la mujer embarazada** juega un papel muy importante en el desarrollo fetal; **“luego de nacer, la genética y el entorno interactúan mientras el cerebro sigue desarrollándose”** (Dispenza D.C., 2008).

Es así que depende del propio individuo agregar conexiones sinápticas, a través de la compleja interrelación de aprendizaje y experiencia del entorno, pudiéndose generar nuevos circuitos y redes neuronales. “Cualquier cosa que haga el hombre, primero debe efectuarla con su mente, cuya maquinaria es el cerebro. La mente puede hacer sólo aquello para lo que el cerebro está equipado, de modo que el hombre debe averiguar qué tipo de cerebro tiene antes de poder entender su propia conducta” (Dispenza D.C., 2008)

Las neurociencias han venido a ayudarnos a conocer y comprender mejor la configuración cerebral del ser humano y a responder muchas preguntas que parecían difíciles de explicar, además de poder romper un sin número de mitos y paradigmas, de ahí su importancia para el Derecho como ordenador social y de la conducta humana y por tanto para realizar investigación multidisciplinaria que proporcione alternativas de solución viables y eficaces a los problemas sociales.

Héctor Fix-Fierro, en el prólogo de la obra: Estado, Sociedad y Derecho, una visión prospectiva, señala que, la investigación jurídica que se realiza en México, no es suficiente para el tamaño y la complejidad que ha adquirido nuestro sistema jurídico, **que ahora deber responder a las necesidades y demandas, cada vez más frecuentes e intensas, de muchos**

habitantes. Por ello, es una necesidad apremiante promover e impulsar la investigación multidisciplinaria que permita alternativas concretas, eficientes y eficaces a los problemas sociales (Uribe Arzate, 2012).

PROPUESTA

La implementación de un Seminario Permanente Derecho y Neurociencias por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, la Facultad de Medicina y Enfermería y la Facultad de Psicología y Ciencias de la Comunicación de la UJED, en la que participen docentes-investigadores para el impulso de la investigación multidisciplinaria que planten soluciones a los fenómenos y problemas sociales actuales.

BIBLIOGRAFÍA

- ACFILOSOFIA. (02 de mayo de 2018). *El ser humano persona y sociedad*. <https://www.acfilosofia.org/materialesmn/filosofia-y-ciudadania/el-ser-humano-persona-y-sociedad/182-ser-humano-y-persona>
- ANDRADE, E. (1987). *Teoría General del Estado*. Harla.
- ARRUDA, M. (2005). *Humanizar lo infrahumano la formación del ser humano integral: homo evolutivo, praxis y economía solidaria*. <https://books.google.com.mx/books?hl=es&lr=&id=B7xuoyFOvOsC&oi=fnd&pg=PA11&dq=definici%C3%B3n+de+ser+humano&ots=-HkAG-T25UY&sig=WmKf1HyF3IFgs-MVvrpSHE42G2k#v=onepage&q&f=true>
- CÁRDENAS, J. (2009). *Introducción al Estudio del Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM y Ediciones NOSTRA.
- DISPENZA D. (2008). *Desarrolle su cerebro*. Ed.Kier.
- GARCÍA, E. (20 de abril de 2017) *Neuroderecho*. [Archivo de Video]. <https://www.youtube.com/watch?v=9YB3TS4svAA>.
- LAVEAGA, G. (6 de diciembre de 2016) *Neurociencias: una perspectiva jurídica* [Archivo de Video]. <https://www.youtube.com/watch?v=xmJ-dFBLiGA>
- RODRÍGUEZ, M. (2014). *Sociología del Derecho*. Porrúa.
- SERRA, A. (1964). *Teoría General del Estado*. Manuel Porrúa.
- UCHA, F. (Septiembre de 2009). *Definición ABC*. <https://www.definicion-abc.com/general/ser-humano.php>.
- URIBE Arzate, E. (2012). *Estado, sociedad y derecho*. UNAM-Miguel Ángel Porrúa.

**TEMAS ACTUALES SOBRE
INVESTIGACIÓN JURÍDICA
EN IBEROAMÉRICA**

se terminó de imprimir en las instalaciones
de Ediciones La Biblioteca, S.A. de C.V.,
el 30 de septiembre de 2021.

La edición consta de 500 ejemplares.

El presente libro es el resultado de la selección de trabajos de investigación que se desarrollan en los diferentes programas de Doctorado en Derecho en el espacio iberoamericano. Trabajos de investigación novedosos que abordan diferentes temáticas agrupadas en seis categorías.

Las investigaciones están relacionadas principalmente con los Derechos Humanos con temas relativos al derecho al Desarrollo, Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario frente a Migrantes, Principio Pro Persona, Acceso a la Justicia y Ponderación Judicial en el Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales. Otra temática recurrente es sobre el Derecho Penal y Derecho Penitenciario en el que se abordan temas relativos a Políticas Públicas, Justicia Restaurativa y Tribunal de Jurados. Una tercera y cuarta categoría agrupa los trabajos sobre Estado, Corrupción y Economía y temas sobre política. La quinta categoría es un tema recurrente en los trabajos de investigación doctoral, el de Género y Vida Libre de Violencia, temas del Corpus Iuris Internacional de Protección de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, la Tutela Penal de la Violencia de Género, la Identidad de Género en las Niñas y los Niños, Violencia Política contra las Mujeres y las Victimizaciones en el contexto de los procedimientos judiciales familiares, por último, una sexta categoría que contempla temas diversos de relevancia jurídica.

