

LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y SU IMPACTO EN LA SOCIEDAD

Julio Cabrera Dircio
Héctor González Chévez
Daniel Montero Zendejas
(Coordinadores)



editorial
fontamara

Universidad Autónoma
del Estado de Morelos

**LA REFORMA CONSTITUCIONAL
EN MATERIA DE DERECHOS
HUMANOS Y SU IMPACTO
EN LA SOCIEDAD**

Colección
Argumentos



LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y SU IMPACTO EN LA SOCIEDAD

**Julio Cabrera Dircio
Héctor González Chévez
Daniel Montero Zendejas
(coordinadores)**



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE MORELOS**

**editorial
fontamara**

Primera edición: 2014

Cabrera Dircio, Julio

La reforma constitucional en materia de derechos humanos y su impacto en la sociedad / Julio Cabrera Dircio, Héctor González Chávez, Daniel Montero Zendejas. - - México : Universidad Autónoma del Estado de Morelos : Fontamara, 2014.

187 p. - - (Colección Argumentos; 244)

ISBN 978-607-8332-95-3 UAEM

ISBN 978-607-736-121-3 Fontamara

1. Derechos humanos – México 2. Reformas constitucionales – México 3. México – Política y gobierno I. González Chávez, Héctor, coaut. II. Montero Zendejas, Daniel, coaut.

LCC KGF3003

DC 342.72085

Esta publicación fue financiada con recursos del Programa Integral de Fortalecimiento Institucional (PIFI) 2013. Este programa es público ajeno a cualquier partido político. Queda prohibido el uso para fines distintos a los establecidos en el programa.

Reservados todos los derechos conforme a la ley

©Universidad Autónoma del Estado de Morelos

Av. Universidad 1001

Col. Chamilpa C.P. 62210

Cuernavaca, Morelos

©Distribuciones Fontamara, S. A.

Av. Hidalgo No. 47-b, Colonia Del Carmen

Deleg. Coyoacán, 04100, México, D. F.

Tels. 5659-7117 y 5659-7978 Fax 5658-4282

Email: coedicion@fontamara.com.mx

www.fontamara.com.mx

ISBN UAEM 978-607-8332-95-3

ISBN Fontamara 978-607-736-121-3

Impreso y hecho en México

Printed and made in Mexico

PRÓLOGO

Agradezco al doctor Julio Cabrera Dircio, responsable del Cuerpo Académico de Estudios Jurídicos Constitucionales, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, la oportunidad de prologar esta importante obra jurídica titulada *La reforma constitucional en materia de derechos humanos y su impacto en la sociedad*, la cual es el resultado de un arduo esfuerzo académico compartido por ilustres y consagrados investigadores del derecho y por jóvenes talentosos que inician su devenir en las ciencias jurídicas.

En primer término debo resaltar el gran aporte del responsable de la realización de estos trabajos, pues indudablemente referirse con eficiencia a “Los derechos humanos y la mediación”, hace posible entender estos nuevos mecanismos de justicia alternativa que se han instaurado en nuestra nación, pero más aún, nos lleva a comprender cómo deben aplicarse en un total respeto hacia la dignidad humana y, por supuesto, en total apego a la norma jurídica, por ello debo felicitar de nueva cuenta a Cabrera Dircio.

Que decir de mi estimado amigo y hermano Humberto Serrano Guevara, quien con el tema “Derechos humanos y ocupación temporal en la reforma energética” hace gala del cúmulo de conocimientos en la materia, lo cual le ha llevado a ser considerado todo un experto en la misma, en la que destaco que jamás se olvida de sus primeras aportaciones jurídicas en derecho agrario, y por si fuera poco, hoy la robustece con sus aportaciones al derecho de las energías renovables.

Marcela González Duarte nos deleita con su tema “Los retos de la policía frente al nuevo proceso penal acusatorio mexicano”; de Christian Benítez Núñez su aportación de “Un acercamiento a los retos de los jueces mexicanos ante el control difuso de constitucionalidad/convencionalidad”, y de Filiberto Eduardo R. Manrique Molina, jóvenes emprendedores del estudio e investigación del derecho, este último, con el apoyo del conocimiento, sabiduría y experiencia de Héctor González

Chávez, colabora para enseñarnos sobre la “Necesidad de regular el procedimiento en México para el cumplimiento de sentencias emitidas por organismos supranacionales protectores de derechos humanos”.

Por su parte, Rodolfo Bautista Jiménez se ocupa de “El principio *pro persona* en la implementación del control difuso de convencionalidad por los jueces nacionales”, sin lugar a dudas tema de vanguardia, debate y muchas horas de estudio para lograr su aportación. En los mismos términos que Daniel Montero Zendejas, distinguido investigador del derecho penal, quien abunda en temas de justicia alternativa con el tema “La mediación penal en el ámbito internacional y sus efectos en la legislación local. retos y perspectivas”, esta obra no estaría completa sin su colaboración.

Lidia Yolanda López García nos ilustra sobre “La viabilidad de la justicia restaurativa de los delitos de alto impacto en México”, mientras que Francisco Xavier García Jiménez, con toda su experiencia, nos enseña sobre el “Análisis dogmático del delito de delincuencia organizada”, que con su contribución redondea esta obra plagada de temas innovadores y actuales sobre el impacto de los derechos humanos y su aplicación desde diferentes perspectivas en México.

Sin duda, esta obra literaria jurídica contribuye ampliamente al conocimiento, desarrollo y aplicación de los derechos humanos en nuestra nación, pero sobre todo pone de manifiesto el alto desarrollo de la investigación jurídica en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos.

LIC. RAÚL VERGARA MIRELES.
2014

DERECHOS HUMANOS Y MEDIACIÓN

*Julio Cabrera Dircio**

Administración de justicia y función jurisdiccional

Uno de los principales problemas por los que atraviesa la sociedad mexicana es la falta de credibilidad en los órganos de procuración y administración de justicia; la lentitud con que recibe denuncias e investiga los delitos, y la incertidumbre e impunidad con la que actualmente se actúa, nos llevan a generar nuevas formas que den expectativas a la sociedad de que realmente se está trabajando en un proyecto eficaz que resuelva la problemática en la que estamos inmersos.

En la mediación, el eje principal en el que se trabaja es el ser humano, viéndolo como persona y no como objeto, un ente que reflexiona, pero sobre todo que actúa

* Licenciado, maestro y doctor en Derecho, con estancias posdoctorales en la Universidad Complutense de Madrid, en Madrid, España, en materia de políticas públicas, 2009, y mediación, 2011, en el Instituto de Resolución de Conflictos de la Universidad Castilla la Mancha, en España 2012, Universidad del Norte en Barranquilla, Colombia, 2012, Diplomado en Mediación por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011; profesor-investigador de tiempo completo, titular "C", definitivo, responsable del Cuerpo Académico Estudios Jurídicos Constitucionales, consolidado; presidente de la Academia de Derecho Civil, y consejero técnico propietario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos; miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel I, miembro del registro Conacyt de evaluadores acreditados; integrante del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, integrante de la Red Sociedad Civil y Calidad de la Democracia del Conacyt, integrante del Comité Científico en representación de México ante el Instituto de Resolución de Conflictos de la Universidad Castilla la Mancha, España, integrante de la Comisión de Investigación del Colegio Nacional de Mediadores; secretario académico del Colegio de Mediadores del Estado de Morelos, jefe del Departamento de Mediación de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, Reconocimiento al mérito académico 2014, por el pleno del H. Congreso del Estado de Morelos.

de manera racional; donde la libertad sea uno de los valores fielmente reconocidos no sólo por la autoridad, sino también con quienes interactuamos, donde la dignidad humana sea el fiel reflejo de todas las acciones que se realicen por o para él.

Encontrando la dignidad humana en el centro de la toma de decisiones en la organización colectiva, que no es más que un reflejo de un progreso moral que consiste en reconocer que todos los seres vivos valemos lo mismo, y de esta manera trabajar en la organización de las estructuras sociales que nos lleven de la mano con una serie de valores de seguridad, libertad, igualdad y solidaridad entre otros, que tienen como fin último su protección.¹

Una de las cualidades o virtudes más importantes del ser humano radica en su evolución, desde el momento que se distingue en el reino animal de otros seres vivos por el uso de la conciencia y la razón, tiene impulsos y necesidades, es capaz de aprender, lo cual le permite desarrollar su capacidad de organización, cuenta con un organismo capaz de sentir emociones, lo que hace posible al participar en la vida de su sociedad.²

Interactuar dentro de la sociedad nos lleva a resolver una de las necesidades más importantes: la de convivir con nuestros semejantes, partiendo que de esa manera se puede lograr la satisfacción de las necesidades colectivas, pues en la medida en que se organice va a ir tomando una serie de decisiones con las que se puede lograr una convivencia sana, pacífica, que le den la certeza de una vida con dignidad.

La persona tiene el reconocimiento de la existencia de valores intrínsecos, donde el dolor será un síntoma temporal y el ego u orgullo será para siempre de los que dependen los estímulos y sentimientos, que hasta nuestros días son considerados como bienes que deben de tutelarse, protegerse, partiendo de que el ser humano ha luchado por su vida, su libertad, integridad, por los elementos que le dan existencia en las estructuras sociales.

Para Nino,³ el hombre actúa como todas las demás cosas, tiende de manera natural a actuar de acuerdo con su esencia, que es hacer una cosa en función de lo que es, perfeccionándose al actuar sus potencialidades, en busca de su preservación y, como los animales, la procreación; pero la esencia del hombre está en ser racional y su fin último está relacionado con su naturaleza racional.

A partir de estos elementos, considerados como “fundamentales”, se justifica que cada individuo piense para sí mismo, antes de hacerlo en relación con los demás, esas pautas o ideales lo llevan a definir sus fines y su actitud puede ser de apro-

¹ Antonio Pele, *La dignidad humana, sus orígenes en el pensamiento clásico*, España, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid/Dykinson, 2010, pp. 26-27.

² Ely Chinoy, *La sociedad, una introducción a la sociología*, 16a. reimp., México, FCE, 1992, p. 70.

³ Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, España, Ariel, 2013, p. 385.

bación o desaprobación, emitiendo juicios sobre lo bueno o lo malo, lo deseable o lo indeseable, que al final, en su interactuar, será en su beneficio o en su perjuicio.

El derecho de autodeterminación se encuentra estrechamente vinculado con la dignidad humana como la base de todos los derechos humanos, es un presupuesto indispensable para la persona que nace del Estado de derecho democrático y liberal y que busca su reconocimiento en cualquier actividad que realice o pretenda realizar dentro de aquellas que permitan el libre ejercicio de sus libertades.⁴

En la sociedad, los integrantes del sistema se comportan de acuerdo con los roles previamente asignados; el médico se debe conducir diligentemente y buscar los recursos necesarios para asistir a quien padece alguna enfermedad, cuando este profesional viaja en el transporte público piensa que el conductor debe respetar las normas de tránsito y conducir lo mejor posible, de tal manera que nace un principio de confianza; por tanto, todo ciudadano que forme parte de una sociedad deberá ajustarse a los presupuestos que exigen el rol que va a desempeñar, y tendrá la expectativa de que los demás también se comporten según el rol que les ha sido asignado.

Esta necesidad de convivencia social nos lleva a entender que a partir de nuestra persona es como entendemos al universo, y éste es un proceso donde el individuo se socializa y las exigencias que se imponen a cada uno de sus miembros les llevan a buscar los satisfactores necesarios para la solución de sus necesidades, que cada día son mayores.

Para Bobbio,⁵ el individuo es racional en el sentido de estar en condiciones de valorar las propias acciones y al mismo tiempo de valorar los propios intereses con relación a los intereses de los otros, pero sobre todo, haciéndolos compatibles en el equilibrio inestable, pero siempre susceptible de ser restablecido mediante la lógica del compromiso con la sociedad.

Lo anterior nos permite comprender que a partir de la persona es como vamos a actuar frente a los demás, sabiendo que cada individuo es un ente con propia personalidad, de ahí que a cada quien pertenecen similares intereses como una consecuencia natural de los valores que han sido generados por la sociedad, buscando pautas de conducta afines que garanticen su permanencia y actuación.

El individuo realiza, en ejercicio de su autonomía, diferentes actos jurídicos y éstos desempeñan un papel prominente en la sociedad, pues tienen como propósito regular sus relaciones con los otros ciudadanos, o bien, cuando interviene la autoridad pública en ejercicio de su función y con el propósito de coordinar las actividades privadas de los ciudadanos bajo un gobierno.⁶

⁴ Ulrich Klug, *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho*, 2a reimp., México, Fontamara, 2002, pp. 91-93.

⁵ Norberto Bobbio, *Teoría general de la política*, 3a. ed., España, Trotta, 2009, p. 457.

⁶ Alf Ross, *El concepto de validez y otros ensayos*, 4a., reimp., México, Fontamara, 2006, p. 113.

El bienestar del individuo parte de la responsabilidad de que cada persona debe, fundamentalmente, reconocer y educar su dualidad con gustos y aspiraciones distintas, con derechos y obligaciones, con el cuidado de mirar al futuro colectivamente; la cooperación, el altruismo y la solidaridad nos llevan a buscar el control de nuestros juicios personales encontrando un equilibrio en la solución de los problemas personales y de grupo.

Esta solidaridad va de la mano con el sentido consciente que da contenido al ser humano y que desde el punto de vista de la educación va a generar la cohesión cultural, que da nacimiento a un sentido de pertenencia respecto a la comunidad, y desde el punto de vista de los valores lo acepta como bueno, pues al conservarse y desarrollarse de esta manera en el proceso de educación, da nacimiento al proceso cultural.⁷

En este sentido, Jeffrey D. Sachs⁸ nos dice que no puede haber felicidad duradera en la anarquía, y ésta es una responsabilidad moral del individuo en el bienestar humano, pues esto lo lleva a ser un miembro responsable de la sociedad política; las personas saben que es lo mejor para ellos, buscando un equilibrio personal y la base de la confianza en la sociedad, generando una colectividad más consciente que tome más en serio las relaciones con los otros como parte de su supervivencia.

Para encontrar la convivencia armónica de la sociedad, primero debemos partir de que en las relaciones humanas hay intereses personales, y que algunas resultan afines a todo individuo; esto parte de algunas conductas activas, pasivas u omisivas, de modo que cada individuo, según el grado de relación con los demás, sea cercana o distante, actuamos de diferente manera, dependiendo del nivel de interés, afecto o confianza que se desprenda de la relación que se establece con otra u otras personas en el aspecto positivo o negativo por la forma en que se conducen.

Es importante hacer mención que, si bien en las relaciones humanas hay intereses personales, para lograr que exista orden en esa relación, los intereses generales juegan un factor importante en el desarrollo diario de las actividades que como sociedad debemos realizar, y la identidad que se busca en los derechos individuales se encuentra en el valor primario de la libertad, y los intereses grupales en el valor primario de la igualdad.⁹

El ser humano cuenta con una conducta más o menos flexible que le permite involucrarse en la socialización desde el punto de vista racional y emocional, y reconocer esos problemas e implementar procedimientos que permitan mantenernos motivados en la tarea de su resolución, para construir un orden que permita a la sociedad entrar en el proceso de culturización.

Todas las habilidades, destrezas y conocimientos que pone en juego el ser humano tienen como finalidad resolver los problemas relacionados con la supervi-

⁷ Teresa Yurén, *Ciudadanía y educación*, México, Juan Pablos Editor/UAEM, 2013, p. 43

⁸ Jeffrey Sachs D., *El precio de la civilización*, España, Galaxia Gutenberg, 2012, pp. 198-201.

⁹ N. Bobbio, *Teoría general de la política*, p. 545.

vencia, o bien para resolver los problemas relacionados con vivir mejor, con mayor bienestar y felicidad, buscando una evidencia racional en el ámbito de la acción; cuando logramos comprenderla en el ámbito subjetivo de manera clara, buscando su aplicación sobre una acción dentro del contexto de los sentimientos, nos lleva a una comprensión racional real.¹⁰

La libertad es un elemento que concibe al hombre naturalmente libre, y que al constituir la sociedad lo hace sobre la idea de que el poder político se basa en el consenso de las personas, esto genera un acuerdo entre quienes deciden someterse al poder y que este poder deriva del presupuesto de que los individuos tengan derechos que no dependen del soberano; por tanto, la función principal es permitir el desarrollo máximo de estos derechos.¹¹

El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos, aunque esta obligación parece no encontrar eco en determinados países donde la anarquía es el común denominador donde se desenvuelven.

Desde el punto de vista del objeto y contenido de los derechos humanos, se comprenden grandes tipos o grupos de derechos, y generalmente son reconocidos por los textos normativos de la mayoría de los países, así como por los instrumentos internacionales de carácter general, éstos son los derechos civiles, derechos políticos, sociales y culturales.

Aunque, como lo comenta Aguilar Cavallo, el grave problema que enfrentamos en nuestro continente es que más que un reconocimiento jurídico se debería dar su cumplimiento, la realización efectiva para tener acceso a ellos, buscando el avance necesario para su desarrollo, cumplimiento y satisfacción individual, y por ende, de la colectividad.¹²

El derecho, desde el punto de vista funcional, no ha logrado resolver los conflictos sociales, no desaparece el conflicto de la estructura social y por tanto no consigue una interacción social armónica y pacífica, por el contrario, se parte de la consideración de una estructura social conflictual, es decir, que por la sola interacción de los individuos no llega a convertirla y el conflicto se caracteriza por exigencias en la estructura social de comportamientos antagónicos entre sí.¹³

Gran parte de la problemática actual a que se enfrentan todos los que interactuamos en el área del derecho es, entre otros, la falta de un comportamiento ético

¹⁰ Max Weber, *Conceptos sociológicos fundamentales*, 1a. reimp., España, Alianza, 2010, p. 71.

¹¹ N. Bobbio, *Liberalismo y democracia*, 14a. reimp., México, FCE, 2012, p. 15.

¹² Gonzalo Aguilar Cavallo, en Armin von Bogdandy (coord.) et al., *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*, México, UNAM, 2011, p. 204.

¹³ María José Fariñas, "El derecho como forma de organización social", en Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández y Rafael de Asís (coords.), *Curso de teoría del derecho*, Barcelona, España, Marcial Pons, 2000, pp. 54-55.

que genere confianza en la sociedad en el momento en que es necesaria su participación, donde cada uno de nosotros tengamos confianza de que en el momento en que socialicemos vamos a encontrar una respuesta que ayude a la solución de nuestros problemas y al mismo tiempo de la sociedad.

Para resolver los conflictos hay que tomar en cuenta ciertos elementos que se han aplicado desde el punto de vista tradicional y, como se puede ver, en nada han ayudado a resolver la problemática actual, es ahí donde encontramos los mecanismos formales o judiciales que forman parte del aparato judicial tradicional y los informales o extrajudiciales como: la mediación, conciliación, arbitraje, negociación, entre otros, mismos que han ayudado, donde se han instaurado, a generar una procuración y administración de justicia un poco más accesible y con menos tramitología.¹⁴

De esta manera hacemos participe a la sociedad de que la problemática que enfrentamos en este momento sólo puede ser resuelta por nosotros mismos y que el Estado sólo va a actuar como facilitador en la solución, buscando hasta donde sea posible el mínimo de intervención, pues con las últimas reformas al Código Penal único, a los policías los invisten con poderes que lo único que van a lograr es generar más problemas, pues ahora, si ellos tienen la presunción de que una persona (cualquiera) es sospechosa, podrán solicitar su revisión en su persona, propiedades y papeles, constituyendo una flagrante violación a los derechos humanos.

Aunque es importante establecer que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos regidos por un orden, que las normas lo determinan de manera normativa y no causal, por tanto, no hay conducta humana que no pueda ser sancionada.¹⁵

El poder del Estado es generalmente entendido con una relación en la que alguien manda y otros obedecen, de esta forma un individuo ejerce autoridad si manda en nombre del Estado, aunque Jean-Jacques Rousseau nos dice que “en el pacto fundamental, no hay más que voluntad general que obligue a los particulares, y no se puede jamás asegurar que una voluntad particular está conforme con la voluntad general sino después de haberla sometido a los sufragios libres del pueblo”,¹⁶ por tanto, es importante buscar la participación popular.

Aunque hay que tomar en cuenta que una de las promesas incumplidas de la democracia es la igualdad, pues al aplicar la doctrina del utilitarismo, en la democracia se gana con 50% de la votación más uno y el restante 49% se debe someter a esa mayoría, aunque sus planes, programas y proyectos sean mejores en la solución de la problemática.

Al respecto, H. L. A. Hart establece:

¹⁴ *Ibid.*, p. 55.

¹⁵ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, México, Coyoacán, 2008, p. 45

¹⁶ Jean-Jacques Rousseau, *Contrato social*, 11a. reimp., México, Colección Austral, 2000, p. 72.

En cualquier grupo grande el principal instrumento de control social tiene que consistir en reglas, pautas o criterios de conducta y principios generales, y no en directivas particulares impartidas separadamente a cada individuo. Si no fuera posible comunicar pautas generales de conducta, que sin necesidad de nuevas instrucciones puedan ser comprendidas por multitudes de individuos como exigiéndoles cierto comportamiento en ocasiones determinados, no podría existir nada de lo que hoy reconocemos como derecho.¹⁷

De lo anterior se desprende que debe haber un reconocimiento expreso del grupo social al que se va a aplicar, porque se identifica con sus aspiraciones y necesidades.

De esta manera, Alejandro del Palacio nos dice:

El Estado nace de un acuerdo que le da unidad a la organización social; es en su fundamento una entidad jurídica que culmina una larga elaboración filosófica y política producto de la razón humana; objetiviza la responsabilidad de proyectar en la historia el escenario donde el hombre actualice plena y armónicamente todas sus facultades, por eso para Hegel encuentra en él la gran institución normativa de la libertad¹⁸

elemento que sólo encontramos en aquellos países que poseen como forma de elección de sus representantes la participación democrática en mayor o en menor grado.

La democracia es un concepto inacabado y en constante perfeccionamiento, que debe lograr que la participación de la población se vea favorecida con representantes populares ejemplares –que en este momento no vemos por donde los podamos encontrar–, y que cuando tomen decisiones, siempre al hacerlo se piense en la voluntad de quienes votaron por ellos y creyeron en sus compromisos de campaña y no por el partido político que los postuló.

Desde el punto de vista de la administración pública, estos elementos los podemos ver aplicados cuando los recursos públicos que administra el Estado son sometidos a principios de eficacia, eficiencia, racionalidad y control del gasto público, de esta manera, la toma de decisiones como elementos esenciales de la administración pública nos lleva a garantizar su aplicación y factibilidad.¹⁹

Aquí es importante distinguir el pensamiento filosófico de Thomas Hobbes, quien dice que hay que hacer una distinción entre las formas buenas y malas, de aquí parte la distinción entre soberanos que ejercen el poder de acuerdo con las leyes y los que lo hacen sin respetar las leyes; si lo hacen respetando la ley, estaremos

¹⁷ Herbert L. A. Hart, *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 155.

¹⁸ Alejandro del Palacio Díaz, *Para comprender el derecho*, México, PAC, 1995, p. 62.

¹⁹ Andrés Morey Juan, *La función pública: necesidad de un análisis conceptual y de la revisión del sistema de libre designación*, España, Instituto Nacional de Administración Pública, 2004, p. 149.

ante un Estado de derecho y si no ante la anarquía, que no generaría la armonía social.²⁰

Los medios alternativos de solución de controversias juegan un papel importante en el proceso jurisdiccional, pues aquí lo que se busca es que las partes sean los protagonistas de su proceso y no sea el Estado quien se encargue de resolver un conflicto, donde la impugnación por medio de los recursos previstos en la ley hacen que el problema se salga del ámbito jurídico y entre en el emocional, donde el dolor causado no se va a lograr mitigar por el ego de la persona.

En el estado de Morelos, a partir de 1993, en materia de procuración y administración de justicia, se ha llevado a cabo una serie de reformas que buscan la agilidad procesal. Podemos ver cómo en el Código Procesal Civil se establece de manera importante la Audiencia de Conciliación y Depuración, donde se establece el principio de intermediación procesal, pues es “el juez quien debe examinar las cuestiones relativas a la legitimación procesal y luego se procederá a procurar la conciliación que previamente hubiere preparado al estudiar el expediente y propondrá a las partes alternativas de solución al litigio”, como lo afirma Ovalle Favela.²¹

El problema se refleja cuando vemos que se da la reforma y que ésta, sin ser novedosa, se realiza en el marco normativo, pero no en la realidad, pues la autoridad, al no estar consciente de la importancia procesal, no capacitó a los conciliadores ni tampoco se adecuaron las salas de conciliación, aunado a la no preparación de los abogados litigantes para aprovechar estas ventajas, no se ha podido aplicar de manera eficaz.

La función fundamental del sistema judicial es resolver la conflictiva social, los procedimientos y todos los actos que se realicen deben trascender buscando que quien solicite la protección del Estado reciba una atención adecuada y eficaz donde la gestión de sus asuntos encuentre una respuesta pronta y expedita.²²

Una administración de justicia eficiente necesita de reforma y ésta debe ser integral. Esto conlleva un proceso cultural donde todos los actores sociales tienen que participar de manera directa, incluyendo al Poder Judicial, la Procuraduría General de Justicia del Estado, los abogados, los estudiantes, los estudiosos del derecho y todos los grupos sociales, pero sobre todo, es necesario que exista voluntad política de quienes están al frente del Estado para poder realizar estos cambios necesarios.

De esta manera, las políticas públicas se deben inducir trabajando en un enfoque metodológico de elección racional, bajo el ángulo de un problema de acción

²⁰ T. Hobbes, citado por N. Bobbio, *Teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, 5a. reimp., México, FCE, 2007, p. 97

²¹ José Ovalle Favela, *Derecho procesal civil*, 9a. ed., México, Oxford, 2008, pp. 99-101

²² Rosa Bendala García, “La justicia como política pública”, en *Administración, procuración e impartición de justicia. Memoria del Congreso Nacional e Internacional*, México, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla-Instituto de Investigaciones Jurídico Políticas, 2008, p. 36.

colectiva que utiliza al individuo como un medio de análisis para la interpretación, donde, desde el punto de vista colectivo, busca un arreglo institucional con los factores que influyen con el desempeño de sus características materiales y físicas y las particularidades culturales propias de su comunidad.²³

Cultura de la paz

En la cultura de la paz, la mediación, como un medio alternativo, siempre será de suma importancia, pues siempre será mejor un acuerdo entre las partes, que un litigio largo prolongado y costoso; es siempre mucho más satisfactorio que las partes se pongan de acuerdo, que una sentencia que satisface sólo a uno, y se entiende que es quien gana, por eso la mediación es esencial en todas las sociedades evolucionadas y civilizadas, pues la gente tiende a participar en la resolución de sus propios conflictos y no a abandonarlos en manos de un tercero, como es el juez.

El ser humano, desde que se levanta y empieza a interactuar, se encuentra con situaciones que no son muy agradables; esos desencuentros que tenemos con nuestros compañeros de trabajo, con nuestros familiares, con cualquier ente que al igual que nosotros realiza sus actividades, cuando los vemos desde el punto de vista negativo, lo primero que ocasiona es estresarnos y generar una adversa relación y eso al final hace que se generen los conflictos, por malos entendidos o por la diferente forma de ver estos hechos.

Las Naciones Unidas, en su resolución A/RES/53/243 de 1999 A, del texto (documento A/53/L.79) titulado Declaración sobre una Cultura de Paz, expresaría su profunda preocupación por la persistencia y la proliferación de la violencia y los conflictos en diversas partes del mundo, cuyo principal objetivo es que los gobiernos, las organizaciones internacionales y la sociedad civil puedan orientar sus actividades por sus disposiciones para promover y fortalecer una cultura de paz en el nuevo milenio.

De esta manera, el artículo 1o. de la Declaración establece que una cultura de paz es un conjunto de valores, actitudes, tradiciones y modos de comportamiento y formas de vida sobre la base de:

- El respeto a la vida, fin de la violencia y la promoción, y la práctica de la no violencia mediante la educación, el diálogo y la cooperación.
- El pleno respeto de los principios de soberanía, integridad territorial e independencia política de los Estados y la no intervención en los asuntos

²³ André-Noel Roth, "Enfoques y teorías para el análisis de las políticas públicas, cambio de la acción pública y transformación del Estado", en *Ensayos sobre políticas públicas*, 1a. reimp., Colombia, Universidad de Externado de Colombia, 2013, pp. 40-41.

que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional.

- El pleno respeto y promoción de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.
- Compromisos de solución pacífica de conflictos.
- Esfuerzos para satisfacer la necesidad de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.
- El respeto y la promoción del derecho al desarrollo.
- El respeto y la promoción de la igualdad de derechos y oportunidades de hombres y mujeres.
- El respeto y promoción de los derechos de todos a la libertad de expresión, opinión e información.
- La adhesión a los principios de libertad, justicia, democracia, tolerancia, solidaridad, cooperación, pluralismo, diversidad cultural, diálogo y entendimiento a todos los niveles de la sociedad entre las naciones y animados por un entorno nacional e internacional que favorezca a la paz.²⁴

Como podemos ver, la postura de los organismos internacionales va ligada a encontrar una sociedad donde la cultura de la paz sea la que vaya generando un orden y éste se vea reflejado en las aspiraciones del ser humano a buscar un ambiente agradable para su subsistencia, donde asuma responsablemente sus derechos, pero también su obligación en la formación de un futuro donde el ciudadano sea el encargado de generar una vida sin violencia para las generaciones futuras.

Para Rawls,²⁵ la autonomía racional de los ciudadanos se modela mediante los aspectos estructurales; de esta manera, una sociedad bien ordenada en su vida pública son quienes gozan de una plena autonomía y ésta se ve reflejada cuando no sólo cumplen con los principios de justicia, entendiendo que para ellos en su interactuar son justos, que son guiados por el sentido efectivo de la justicia en la protección de los derechos y libertades básicos.

En una resolución de las Naciones Unidas (A/RES/52/13), se define a la cultura de la paz (cp) como: juego de valores, actitudes, modos de comportamiento y modos de vivir que rechazan la violencia y previenen los conflictos abordando sus causas de origen, solucionar problemas mediante el diálogo y la negociación entre individuos, grupos y naciones.²⁶

De estas ocho esferas generales del Programa de Acción sobre una Cultura de la Paz, podemos palpar que algunos de los valores fundamentales para que se logre tienen que ver con la educación, el respeto, la responsabilidad, la cooperación, to-

²⁴ <<http://www.un.org/News/Press/docs/1999/19990913.ga9590.doc.html>>, consulta: 31 de mayo de 2014.

²⁵ John Rawls, *Liberalismo político*, 4a. reimp., México, FCE, 2003, p. 91.

²⁶ <<http://www.um.es/paz/resolucion2.html>>, consulta: 31 de mayo de 2014.

lerancia, diversidad, flexibilidad, perseverancia, sensibilidad, compromiso, reciprocidad, beneficio mutuo, solidaridad, pero sobre todo la confianza.

En materia de educación destacan las medidas clave que deben adoptar aunadamente los ministerios de educación y otros actores del sistema escolar y de la sociedad civil para integrar de manera efectiva la educación en derechos humanos en los sistemas de enseñanza primaria y secundaria; para Yurén,²⁷ esta educación tiene dos elementos centrales en la formación del ciudadano, por un lado, favorecer su capacidad de autorregulación que lo lleve a ejercer su libertad, y por otro, debe aceptar la diversidad en una sociedad plural.

La educación es sin duda el proceso mágico que con creatividad miramos hacia el futuro tratando de innovar, preparando el camino de las aspiraciones del ser humano, por lo que el ciudadano ve el porvenir en la evolución social mediante el desarrollo armónico de todas sus capacidades, en un proceso de socialización y culturización del conocimiento de un futuro incierto que, guiado de la mejor manera, nos va a llevar a mejores estratos en la sociedad.

Para Freire,²⁸ en materia de educación, el conocimiento no es cosa hecha o acabada, el conocimiento implica la constante unidad de acción y reflexión sobre la realidad, como parte integrante de la sociedad y, por ende, del mundo, los seres humanos somos conscientes de que lo transformamos obrando y pensando, lo cual permite conocer a nivel reflexivo.

Otros elementos que son de suma importancia para la aplicación práctica de este programa de acción, los vemos reflejados en los principios rectores de la mediación como son: la voluntariedad, la confidencialidad, la neutralidad, la imparcialidad, la flexibilidad, celeridad y economía, entre otros, que de manera conjunta con los valores nos llevan de la mano a encontrar una salida satisfactoria a la problemática social en la que estamos inmersos.

El liberalismo democrático busca, entre otras cosas, que los elementos antes descritos se funden en el presupuesto filosófico del Estado liberal, donde la doctrina de los derechos del hombre que nace del derecho natural nos dice que todos los hombres indistintamente tienen por naturaleza algunos derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad, a la felicidad, que el Estado, o más bien quienes ejercen el poder legítimo, deben respetar y garantizar frente a cualquier intervención posible de los demás.²⁹

Este tipo de libertades, plasmadas en los documentos internacionales, han llevado a las autoridades de nuestro país a buscar la forma de instaurarlos con la finalidad de dar respuesta a dichos convenios para adaptar nuestro derecho a las necesidades en el ámbito externo; aunque podemos ver que la reforma constitucional

²⁷ T. Yurén, *Ciudadanía y educación*, p. 40.

²⁸ Paulo Freire, *La importancia de leer y el proceso de liberación*, 16a. ed., México, Siglo XXI, 2004, p. 68.

²⁹ N. Bobbio, *Liberalismo y democracia*, 14a. reimpr., México, FCE, 2012, p. 11.

tiene muchas deficiencias, sobre todo cuando hablamos de que su aplicación debe ser enfocada al ser humano, y establecen el arraigo; y lo más grave, las facultades que les dan a los policías en el Código Penal único, donde no se respeta al ser humano.

El respeto, o más bien el autorrespeto, como lo establece Pérez Triviño: “Que tenemos por nosotros mismos no es algo que dependa únicamente de nuestras acciones y juicios sobre ellas. Depende también de la estima que sienten los demás por nosotros”.³⁰ Por tanto, si un individuo juzga positivamente estas acciones, logra generar respeto; existiendo una estrecha vinculación entre el respeto hacia uno mismo y el respeto y estima de los demás, nace de las diversas relaciones sociales, generando una conciencia de valor.

Hay un adagio popular que habla del respeto y nos dice: “Que hay algo en esta vida que nunca pasa de moda, y esto son los buenos modales”, pero los buenos modales tienen como principal elemento el respeto, por tanto, si tú quieres que te respeten, tienes la obligación de respetar a los demás, que los actos que tu realices sean apreciados por los demás, consiguiendo con esto la autoestima, persiguiendo como un sentido propio de satisfacción la concepción del bien.

La cultura de la paz, vista desde el proceso de democratización, nos lleva a buscar la racionalización de la sociedad en la participación de la toma de decisiones, y que ésta se vea reflejada en las aspiraciones de los individuos buscando más y mejores satisfactores que le proporcionen una mejor calidad de vida, alcanzando un cierto grado de civilización para asegurar en sus ciudadanos el máximo de libertad, ideal de una organización constituida para su realización plena.

Pero Weber, cuando habla de racionalismo, nos dice que “es la teoría del conocimiento y de la ciencia, según la cual no es la experiencia sensible sino el entendimiento, el mejor camino para llegar al conocimiento. Según el racionalismo, la *ratio*, es decir, el pensamiento basado en la razón”.³¹

El ser humano es racional cuando está en condiciones de valorar sus propios actos, buscando un equilibrio entre sus pretensiones y las de los demás, tratando de hacerlos compatibles, con la finalidad de generar confianza entre las partes que conviven y generar un ambiente donde su actitud sea el orden y éste el eje primordial donde se desarrollen sus actividades, encontrando en la convivencia pacífica y organizada un mínimo de bienestar.

La razón de la libertad es que debe estar garantizada para los individuos, Stuart Mill habla de un interés individual y un interés colectivo y establece: “La humanidad está justificada, individual y colectivamente, para interferir en la libertad de acción de cualquiera sólo con el fin de protegerse”, razón por la cual “el único obje-

³⁰ José Luis Pérez Triviño, *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales*, México, Fontamara, 2007, p. 42.

³¹ Max Weber, *Conceptos sociológicos fundamentales*, 1a. reimp., España, Alianza, 2010, p. 179.

to por el que legítimamente se puede ejercer un poder sobre cualquier miembro de una comunidad civil, contra su voluntad, es para evitar daño a los demás”.³²

Uno de los elementos que hacen reflexionar en el sentido de que la mediación es una buena opción para resolver las disputas entre las partes, la podemos ver diferenciando el sistema inquisitivo, que se fundamenta en la cultura de la violencia que se basa en ganar uno a expensas del otro, y la mediación en la cultura de la paz, que establece la interacción de quién tiene la razón y quién está equivocado, admitiendo cada quien su propia responsabilidad en el conflicto.³³

Los tiempos actuales de grandes progresos logrados por la ciencia, la técnica y la política, especialmente en el área de comunicaciones, han roto fronteras; los ciudadanos cada vez estamos más cercanos unos de otros, por consiguiente, de igual forma nuestras problemáticas y la necesidad de resolverlas; por tanto, ahora se hace necesario mecanismos de solución uniformes, de fácil entendimiento y de tramitación accesible al individuo, dentro de un plazo razonable.

Si bien podemos apreciar, hablar de justicia pronta y expedita nos remite a que ésta se impartirá por los tribunales, es decir, la ley suprema no nos habla de una justicia expedita para todos los mexicanos en general; pero desde el punto de vista de la realidad, existe un grave problema de rezago dentro de los juzgados que está desfasando completamente el despacho de los juicios a nivel nacional.

Corresponde al legislador trazar los procedimientos y técnicas procesales idóneas que ofrezcan una duración razonable a los juicios, aunque desde el punto de vista práctico corresponde a las personas encargadas actuar de esta manera, pero muchas veces es tanta la carga de trabajo que desde el momento en que se ejercita el derecho de acción, es un peregrinar constante, desde la oficialía de partes, su radicación, hasta el momento de la resolución definitiva. Para Kelsen, “la eficacia del derecho significa que las normas jurídicas son realmente aplicadas y obedecidas, lo cual es una cualidad de la conducta real del ser humano y no del derecho”.³⁴

La mediación

Primero debemos tener en claro que la mediación tiene por fin fundamental proponer un medio alternativo para resolver situaciones conflictivas en aras de la paz y tranquilidad social, si bien es cierto que no presupone un proceso propiamente dicho, tiene como objetivo evitar la sustanciación del proceso judicial pos-

³² John Stuart Mill, citado por N. Bobbio, *Liberalismo y democracia*, p. 72.

³³ Trinidad Bernal Samper, “Conflicto y mediación”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid II (2007). Medios alternativos de solución de controversias*, Madrid, España, 2008, p. 111.

³⁴ Josef L. Kunz, *La teoría pura del derecho*, México, Editorial Nacional, 1974, p. 141.

terior, y la agilidad y celeridad para alcanzar el fin o resolución de la contienda conflictiva.

La mediación es un proceso estructurado de gestión de conflictos, en el cual las partes enfrentadas se reúnen en presencia del mediador o mediadora y, por medio del diálogo, buscan salidas al problema conjuntamente;³⁵ es un método extrajudicial en el que un tercero asiste a aquellos que deseen libremente explorar soluciones negociadas a su conflicto.

Un elemento importante para que se pueda cumplir con este fin es que las partes controlen por sí mismas y de la mejor manera sus emociones, aquí se utiliza la inteligencia emocional, permitiendo un mayor conocimiento de su yo interno y en ese mismo sentido un mayor control para poder modificar sus emociones negativas, dirigiendo su forma de pensar y buscando siempre un equilibrio entre razón y emoción.

La función principal del mediador es la de trabajar con las partes para alcanzar una solución aceptable para todos los interesados, utilizando para ello los medios necesarios para tener la información requerida, desmantelando expectativas irrealistas y persuadiendo a las partes para que dirijan sus intereses hacia posturas menos emotivas, pues aun en el caso en el que no se llegue a resolver el conflicto de fondo, las partes ya saben de un proceso que les va a ayudar a resolverlo en el futuro, partiendo de que ya se establecieron puentes de comunicación.³⁶

En este proceso no se necesita acudir a la ley para que un tercero imponga lo que se debe hacer, la negociación se utiliza en lugar del enfrentamiento y no es necesario el poder coercitivo del Estado para conseguir el respeto de la norma, es mejor generar condiciones de igualdad y participación de las partes para cumplir de manera más fácil una solución pactada.

Este proceso se funda en la voluntad de las partes y, por tanto, en un sistema pacífico de solución de conflictos; se evita la vía adversarial que nace de la cultura de la violencia, para pasar a una vía no adversarial que se basa en lo que los romanos llamaron pactos, y así encontramos que el concepto etimológico de *pactum* se deriva de *pacisci*, hacer las paces, así lo establece la ley VIII de las XII tablas, que en aquel momento lo definían como convenio jurídico; el primer reconocimiento de estos pactos se visualiza donde se utilizó para sustituir la venganza de un delito sufrido por el pacto de una composición voluntaria, sustituyéndola por la venganza legal del talión.³⁷

Es de singular importancia tener siempre presente que la mediación requiere inexorablemente la existencia de un proceso, de modo tal que el mediador busque,

³⁵ M. Carme Boqué Torremorell, *Tiempo de mediación*, Barcelona, España, Ceac, 2005, p. 130.

³⁶ Aurora Hernández Rodríguez, "Los mecanismos alternativos de resolución de litigios (ADR), en el ámbito de los contratos internacionales de la construcción", en *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Madrid, España, Reus, 2010, pp. 118-119.

³⁷ Sara Bialostosky, *Panorama del derecho romano*, 3a. ed., México, Porrúa, 2007, p. 180.

con base en sus habilidades y técnicas, lograr que las partes lleguen a un acuerdo, y si no, estarán en la posibilidad de litigarlo judicialmente, y será el juez quien decida la solución al conflicto.

El mediador debe percibir las cualidades positivas de las personas, partiendo por él y con quien se rodea, pero sobre todo buscando que las partes sean los protagonistas de las soluciones, permitiendo que los contendientes “sean sus propios jueces” y, por consecuencia, la decisión acordada por las partes sea cumplida puntualmente al reconocer que ellas mismas propusieron al alternativa de solución.³⁸

Son protagonistas en la toma de decisiones porque ésta se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes y son ellos quienes exploran y buscan la forma de lograr acuerdos donde puedan encauzar sus diferencias, donde por sí mismos, con base en el diálogo productivo, se empoderan y le dan valor a las acciones que los llevan a encontrar una solución pacífica.

En la mediación se considera que los seres humanos son capaces de resolver por sí mismos su conflictos de manera efectiva, pero cuando se empantanar, se busca rescatar esta capacidad que por algún motivo se encuentra obstaculizada,³⁹ y es que en el ser humano uno de los problemas principales es que no sabe escuchar, pues el proceso cultural en el que hemos crecido nace de la violencia.

Beneficios que aporta la mediación

La mediación proporciona una salida constructiva a los conflictos diarios y además favorece:

- a) El crecimiento personal.
- b) La mejora del clima social.
- c) El aprovechamiento de las actividades de enseñanza y aprendizaje.
- d) La innovación de la cultura.
- e) La participación activa y responsable.
- f) El trabajo en equipo de diferentes sectores de la comunidad educativa.
- g) La cohesión de un mundo diverso.
- h) El cultivo activo de la paz.⁴⁰

³⁸ Juan Francisco Mejías Gómez, *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, Madrid, El Derecho y Quantor 2009, p.11.

³⁹ Suares Marínés, *Mediando en sistemas familiares*, Argentina, Paidós, 2002, p. 28.

⁴⁰ M. C. Boqué Torremorell, *Tiempo de mediación*, pp. 130-132.

La persona mediadora

Es de suma importancia que al iniciar un proceso de mediación, quien realice esta función sea una persona que esté preparada profesionalmente, que sea sensible, que sepa escuchar, que busque ser empático y asertivo, pero además que conozca la forma de interactuar de ese determinado grupo social con el que va a trabajar como facilitador, que se adentre en sus tradiciones, costumbres e incluso su ideología, de esta manera se irá generando la confianza, que es indispensable para realizar su función.

El mediador trabaja de manera activa buscando recibir, atender y entender a los protagonistas del conflicto y centrar su presencia en una participación directa en la exploración del problema, como encauzarlo, y sus posibles alternativas de solución, buscando no juzgar, no sancionar, no aconsejar y no dar soluciones fáciles, procurando durante el proceso y después la confidencialidad, velar porque el acuerdo sea lo más equitativo posible.

El mediador es un ente con derechos y obligaciones, que trata de llevar a cabo un proceso como facilitador para resolver gran parte de los conflictos que nacen del interactuar de la sociedad y de la compleja vida moderna, pero qué características personales debe cumplir, cuál sería la persona ideal para lograr estos objetivos.

Para Loredana Di Stefano, cuando existe la necesidad de ofrecer una justicia de calidad, de una justicia más accesible a los ciudadanos y poder llegar a niveles de satisfacción que se vean reflejados en la percepción de la ciudadanía, es importante que cada acción se adapte a las necesidades y estructuras de los grupos a los que se pretende servir para que se genere la confianza, y también buscar legitimar el proceso a desarrollar.⁴¹

En cuanto a los requisitos que deben contar para ser mediador competente, aparte de ser profesionalista, algunas otras capacidades son:

- a) Una comunicación eficaz.
- b) Sensibilidad, habilidad para recibir y administrar información,
- c) Tener habilidad para negociar, para actuar y entender su papel de neutral e imparcial.
- d) Identificar los intereses de las partes, buscar soluciones creativas y adecuadas.
- e) Acertar en las opciones posibles, comprensión de los principios éticos, conocimiento del contexto institucional, entre otros.⁴²

⁴¹ Loredana Di Stefano, "Mediación conectada con los tribunales: estructuración y principios que regulan su funcionamiento", en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, España, Tecnos, 2011, pp. 287-288.

⁴² *Ibid.*, pp. 301-302.

No es fácil reunir estas características, pero es importante empezar a desarrollar un proceso cultural que, vinculado con la educación, nos lleve a establecer que el ser humano no nace con el conocimiento, que las habilidades y destrezas necesarias las vamos aprendiendo día con día, y así, lo primero que hacemos es leer y escribir, pensar con claridad y razonar, para dominar ciertos conocimientos elementales que nos van a dar una visión nueva de este proceso que nace con la cultura de paz.⁴³

Una de las principales tareas del mediador será establecer los puentes de comunicación entre las partes, su función como facilitador lo lleva a actuar de manera prudente, tolerante, reflexiva, cooperativa, con la finalidad de construir elementos para saber abordar el conflicto.

La comunicación, por tanto, desempeña un papel de suma importancia en el proceso de mediación, es un elemento que participa de manera interactiva buscando de manera oral o corporal llevar un mensaje para su procesamiento, el cual nos va a ayudar a generar en las partes su participación desde el punto de vista relacional.

Para Yolanda Esteban,⁴⁴ el concepto de comunicación, desde el punto de vista lineal, se entiende como toda transferencia de información, y el mensaje, como un conjunto fluido y multifacético de muchos modos de conducta, cuyos elementos de la comunicación, según este modelo, son:

- a) El emisor o fuente: punto de origen del mensaje.
- b) Mensaje, que son la serie de símbolos seleccionados por el emisor.
- c) Destino, ser o mecanismo a quien va dirigido el mensaje.
- d) Trasmisor o receptor.
- e) Canal, es el medio físico a través del cual se transmite la señal.
- f) Código, sistema de equivalencias que de manera convencional establecen las partes.
- g) Contexto, todo lo que rodea al acto de comunicación.
- h) Ruido, cualquier interferencia en la señal.
- i) *Feed-back*, es la retroalimentación.

El mediador requiere de una preparación para su formación y compromiso personal, así como desarrollar habilidades, actitudes y destrezas para afrontar un proceso de mediación; los mediadores deben aprender a analizar su propia capacidad para poder enfrentarlos y estas características pueden ser, además de la que ya mencionamos: *a)* la dinámica de sus conflictos, *b)* expresión de emociones y senti-

⁴³ Charles Fried, *La libertad moderna y los límites del gobierno*, Madrid, Kats, 2009, pp. 177-179.

⁴⁴ Yolanda Esteban Soto, "La comunicación: su utilidad y poder en el proceso de mediación", en Helena Soletto M. (coord.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Madrid, Tecnos, 2007, pp. 77-80.

mientos, c) herramientas de comunicación, d) de cooperación, e) pensamiento creativo, f) toma de decisiones, g) cultura pacífica.⁴⁵

Cuando hacemos un análisis del conflicto podemos ver que no todos los conflictos que se producen en el interactuar de las relaciones sociales tienen de protagonista la posición de dos partes, en muchas ocasiones hay pluralidad de personas, a partir de la bilateralidad de posiciones, criterios y sobre todo los diferentes puntos de vista.

Una buena inducción del conflicto nos lleva a encontrar nuevas formas de relación, nos genera una nueva dinámica de cambio y nos da la posibilidad de buscar nuevas formas de resolución de la conflictiva privada y social, y en ese sentido, el proceso de mediación comprende qué se negocia, cómo se negocia, el proceso apoyado en las partes, la forma de problema y cómo llegar a acuerdos duraderos que lo resuelvan de fondo.⁴⁶

Pasos de la mediación

Premediación, es una fase previa a la mediación donde principalmente se tiene el primer contacto del mediador con las personas del conflicto y se inicia teniendo este acercamiento con cada una de las partes; se escucha la primera versión de los hechos procediendo a la escucha activa, explorando sentimientos y necesidades, explicando en que consiste el proceso, reglas y compromisos, así como la importancia de su colaboración.⁴⁷

En este primer acercamiento con las partes es importante empezar junto con ellos y hacer un análisis de los elementos que nos van a aportar, para ir buscando las estrategias más adecuadas; cuáles son sus intereses y sus necesidades, buscando siempre cuáles son las diferencias más importantes y cómo podemos conectarlas para el caso y ver si son necesarias otras actuaciones previas, si el espacio y el tiempo son apropiados y si las partes están dispuestas a llegar a la mediación.

Para Farré Salvá, antes de empezar:

- a) Se debe analizar el conflicto, es mediable, hay disposición y si existe buena voluntad de las partes.
- b) Objetivo de la mediación, se generara el acuerdo, se contravienen los objetivos de las partes o algunos de los principios fundamentales.
- c) Cuales son las debilidades y fortalezas con las que contamos.
- d) Evaluemos nuestra imparcialidad y cuál es nuestro papel.

⁴⁵ M. C. Boqué Torremorell, *Tiempo de mediación*, pp. 130-131.

⁴⁶ T. Bernal Samper, "Conflicto y mediación", en *op. cit.*, pp. 113-114.

⁴⁷ Laura García Raga y Carmen Heras Martínez, *Cómo pueden ayudar las familias a resolver los conflictos en los centros educativos*, 3a. ed., Madrid, España, Confederación Española de Asociaciones de Padres y Madres de Alumnos (Guías para Padres y Madres, 24), 2011, p. 26.

- e) Tomar la decisión si se puede llevar a cabo esta mediación.⁴⁸

Es de suma importancia hacer el análisis del conflicto, pues cada mediación nos lleva a establecer un estilo de comunicación, buscando siempre acercarlos a la realidad del conflicto y reflexionando en lo que ellos pueden aportar fomentado un clima de diálogo, paz y colaboración, incrementando los valores mediante una responsabilidad compartida, sin dejar de observar su temperamento, sus rasgos particulares y su modo de reaccionar emocionalmente.

Conclusiones

Para la teoría política liberal, como sistema de pensamiento, y de manera general, que parte de que todos los seres humanos somos iguales, que todos somos poseedores de derechos inherentes a la naturaleza humana, todos por naturaleza somos iguales, todos hemos nacido libres y por tanto todos tenemos derecho a ser felices; para lograrlo estamos en condiciones de libertad e igualdad, que son los valores defendidos por la tradición liberal, tomando en cuenta que la libertad de cada uno de buscar la felicidad sólo es legítima si no interfiere en la búsqueda de la felicidad de los otros.

Si encontramos una situación problemática que nos va a generar un conflicto de cualquier tipo, es normal que la respuesta sea de carácter emocional, que de manera directa se relaciona con nuestra conducta, y actuamos en busca de algo que queremos o a la defensiva con un rechazo de algo que no deseamos, este mecanismo responde a las emociones básicas, de ahí que nuestro organismo este genéticamente programado.

La lógica de lo razonable nos lleva a resolver adecuadamente nuestro actuar cotidiano, el análisis de la existencia humana se funda en el ámbito práctico, donde el mundo que opera siempre es un mundo real que es limitado y que mediante la imaginación de lo que es posible producir tratamos de resolver sus necesidades, y donde intervienen múltiples valoraciones para satisfacer la necesidad, como justificarlo, la participación ética y hasta dónde va a ser eficaz.

Sin perder de vista que con el pensamiento realizamos tres operaciones básicas:

- a) Por medio de la memoria traemos imágenes recordadas de lo que hemos visto o conocido.
- b) Tratamos de construir conceptos para identificar nuestras imágenes.
- c) Razonamos, es decir, relacionamos unos conceptos con otros.⁴⁹

⁴⁸ Sergi Farré Salvá, *Gestión de conflictos: taller de mediación*, 4a. reimp., Barcelona, Ariel, 2010, p. 130.

⁴⁹ Enrique Serrano Gómez, *Consenso y conflicto. Schmitt, Arendt*, México, Cepcom, 1998, pp.

En este sentido, la solución al problema se traducirá en la propuesta que da nacimiento a postular una situación de plena concordia entre seres racionales, cuyo fin servirá de parámetro general para juzgar las acciones futuras que se vayan a desarrollar al buscar aquellos satisfactores que son necesarios en la convivencia humana, que nos lleven a generar la armonía social respetando la pluralidad de juicios y la diversidad de puntos de vista.

En este proceso encontramos a la conciencia como un elemento que es de suma importancia, porque de él depende un acto de voluntad tanto particular como general, encontrando tres enfoques básicos:

- a) El enfoque cognitivo, donde necesitamos estudiar las fuentes de nuestra propia felicidad y la de los otros.
- b) El reflexivo o meditativo, hasta donde nos llevan la publicidad con sus anuncios y las relaciones publicas con sus mensajes.
- c) Desde el punto de vista práctico, la encontramos cuando reforzamos las cualidades virtuosas que se autorrefuerzan, igual que las acciones dañinas.⁵⁰

De esta manera encontramos que las reformas que se han estado desarrollando siguen enfocadas hacia el objeto de la normatividad jurídica y no en el ser humano sobre el que se van a aplicar, lo que hace que no sean funcionales pues no es lo mismo realizar una reforma desde un escritorio, que una reforma que busque que el centro principal de su aplicación sea el ser humano en el campo práctico donde sea tratado con dignidad y que de esa misma manera los operadores del derecho entiendan que lo importante del derecho no son sus estadísticas, sino su eficiencia.

Bibliografía

Bendala García, Rosa, “La justicia como política pública”, en *Administración, Procuración e impartición de justicia. Memoria del Congreso Nacional e Internacional*, México, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla-Instituto de Investigaciones Jurídico Políticas, 2008.

Bobbio, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, 1a. reimp., Barcelona, Gedisa, 2000.

_____, *Teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, 5a. reimp., México, FCE, 2007.

142-143.

⁵⁰ Jeffrey Sachs D., *El precio de la civilización*, España, Galaxia Gutenberg, 2012, pp. 205-206.

- Cabrera Dircio, Julio, *Estado y justicia alternativa, reforma al artículo 17 constitucional*, México, Coyoacán, 2012.
- Del Palacio Díaz, Alejandro, *Para comprender el derecho*, México, PAC, 1995.
- Dworkin, Ronald, *La democracia posible*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2008.
- Hart, Herbert L. A. *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.
- Hirschman, Albert O., *Retóricas de la intransigencia*, trad. de Tomás Segovia, 1a. ed. en español 1991, 3a. reimp., México, FCE, 2004.
- Hobbes, Thomas, *Elementos de derecho natural y político*, trad. de Dalmacio Negro Pavón, Madrid, Alianza, 2005.
- José Fariñas, María, “El derecho como forma de organización social”, en Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández y Rafael de Asís (coords.), *Curso de teoría del derecho*, Barcelona, Marcial Pons, 2000.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Coyoacán, 2008.
- Larriera, Eduardo, *El conflicto como motor del cambio*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2004.
- Limbach, Jutta, “Europa y la defensa de los derechos humanos”, en Alfonso Guerra, *La calidad de la democracia*, Madrid, Sistema, 2009.
- Mangas Martín, Araceli, “La contribuciones de las organizaciones internacionales a la democratización y gobernabilidad de la sociedad internacional”, en Alfonso Guerra, *La calidad de la democracia*, Madrid, Sistema, 2009.
- Morey Juan, Andrés, *La función pública: necesidad de un análisis conceptual y de la revisión del sistema de libre designación*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2004.
- Muñoz, Francisco A., “Regulación y prevención de conflictos”, en Beatriz Molina Rueda y Francisco A. Muñoz, *Manual de paz y conflictos*, España, Universidad de Granada, 2004.
- Nohlen, Dieter, *Derecho y política en su contexto*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2008.
- Ortiz Andrade, Jacqueline G., *Crítica y dogmática jurídica*, México, Coyoacán, 2008.
- Ovalle Favela, José. *Derecho procesal civil*, 9a. ed. México, Oxford, 2008.
- Paramo Argüelles, Juan Ramón de, *Cuadernos Electrónicos De Filosofía Del Derecho*, núm. 2, 1999, Universidad Castilla la Mancha.
- Platón, *Diálogos. La República o de lo justo*, 27a. ed., México, Porrúa (Colección sepan cuantos, 13 b), 2001.
- Roth Deubel, André-Noël, *Políticas Públicas*, 8a. ed., 7a. reimp., Bogotá, Colombia, Aurora, 2012.

- _____, *Ensayos sobre políticas públicas*, 1a. reimp., Colombia, Universidad de Externado de Colombia, 2013.
- Rousseau, Jean Jacques, *Contrato social*, 11a. reimp., México, Colección Austral, 2000.
- Ruiz Sánchez, Carlos, *Manual para la elaboración de políticas públicas*, México, Plaza y Valdés, 2002.
- Serra Rojas, Andrés, *Teoría del Estado*, 12a. ed., México, Porrúa, 1993.

DERECHOS HUMANOS Y OCUPACIÓN TEMPORAL EN LA REFORMA ENERGÉTICA

*Humberto Serrano Guevara**

*La tierra no debe venderse a perpetuidad; la tierra es mía, y ustedes sólo están de paso por ella como huéspedes míos, por tanto, para cualquier terreno que ustedes tengan en propiedad, deben conceder a los dueños anteriores el derecho de volver a comprarla. Si uno de tus compatriotas se queda en la ruina y te vende alguno de sus terrenos, su pariente más cercano podrá venir y rescatar lo que su pariente había vendido.
(LEVÍTICO 25:23-25) LA BIBLIA*

El conflicto por la tierra

El conflicto surge cuando existe oposición o desacuerdo sobre un aspecto determinado donde existe interés de dos o más personas, por ello, al hablar de derechos humanos y ocupación temporal en la reforma energética de 2014, impulsada por el Ejecutivo federal, debemos advertir en principio que se aborda un escenario donde los hombres del campo enfrentan situaciones de incertidumbre jurídica relacionadas con la tenencia de la tierra a partir de la propia reforma a la Ley de Hidrocarburos.

En efecto, debemos considerar que, de conformidad con lo señalado por el artículo 27 constitucional, existen tres tipos de propiedad: la pública, donde el domi-

* Licenciado, maestro y doctor en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos; secretario académico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UAEM.

nio de todos los bienes corresponde a la nación; la privada, cuando se ha transmitido al particular, y la social, que le corresponde a los ejidos, comunidades y pequeñas propiedades, agrícolas, ganaderas y forestales.¹

No obstante lo anterior, resulta imperante precisar que el mismo dispositivo normativo en comento establece una clara diferencia entre lo que debemos considerar como las tierras superficiales y el llamado derecho a explorar, explotar y beneficiarse por parte de otros particulares mediante concesiones o licencias de los recursos naturales no renovables existentes en el subsuelo, pues en la parte que interesa, a la letra dice:

Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas; los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite ser utilizadas como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos, y el espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el derecho internacional.²

De lo anterior, además, es necesario señalar que es el mismo ordenamiento constitucional al que se refiere a la expropiación cuando dice: “Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización”, y nunca en su texto se refiere a la ocupación temporal, figura jurídica que encontraremos en las leyes reglamentarias, pero mediante la cual los conflictos que con los hombres del campo y los inversionistas en hidrocarburos entraran en severos conflictos derivados de la explotación de la tierra y más aún, en claro perjuicio de los primeros, cuyo trabajo agrario representa en la mayoría de los casos la única fuente de ingresos para el sostenimiento familiar.

Por ello es importante, a partir del presente estudio jurídico, determinar la función de los derechos humanos en relación a la ocupación temporal, como consecuencia de la reforma energética del 2014 en México.

¹ La propiedad social en el caso de ejidos y comunidades se rige por la Ley Agraria, en tanto que la pequeña propiedad por las normas jurídicas de derecho civil.

² *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, disponible en <www.diputados.gob.mx>. Leyes Federales de México

Los derechos humanos

Las recientes reformas constitucionales (fiscal, laboral, energética, etc.) adoptadas por el Estado mexicano obligan a todo estudioso del derecho a comprender qué son los derechos humanos, en qué consiste su alcance y trascendencia en la vida jurídica, pero sobre todo, cuáles son sus repercusiones en las personas; por ello, y para mayor comprensión, debemos analizar en principio lo que sostiene Rodolfo Lara Aponte, al decir:

Los derechos humanos son hoy una piedra angular en la construcción de un orden político digno para todos los grupos sociales. En México esta lucha es de vital importancia para la sociedad y para unas mejores relaciones de convivencia, como parte del desarrollo de nuestra vida pública.³

Vinculando los derechos humanos, debemos reflexionar su positivación con los derechos fundamentales; al respecto, Luigi Ferrajoli dice:

Son derechos fundamentales todos aquellos derecho subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por derecho subjetivo, cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica.⁴

En términos de lo anterior, y para no sufrir una confusión, nos referimos a los derechos humanos, de los cuales en nuestra nación debe ser imperante la igualdad de oportunidades para los diferentes grupos sociales, pues el Estado, en cabal cumplimiento a sus obligaciones para con el gobernado, debe satisfacer sus necesidades, en armonía con el orden jurídico. Esta finalidad es posible, en primer término, si la reforma en derechos humanos trasciende más allá de la Constitución a todos los ámbitos de la ciencia del derecho, sin dejar de lado los efectos de la globalización.

Ma. Isabel Garrido Gómez sostiene que, como es conocido por todos nosotros:

La ciencia del derecho que se apoyaba en el individuo concreto, que es sujeto de derecho y que, a su vez, es ciudadano y súbdito, ha sufrido grandes cambios. A mayor redundancia, el complejo fenómeno de la globalización trae consigo uniformidad y diferenciación, integración y fragmentación, codificación y deslegalización, formalismo e

³ Rodolfo Lara Ponte, *Derechos humanos y Constitución. Memoria del Simposio Internacional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, s.f.p.

⁴ Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, España, Trotta, 2009, p. 17.

informalismo, ordenamiento jurídico estatal y ordenes normativos autónomos infra-nacionales, supranacionales y trasnacionales.⁵

Ante dicha situación, surge entonces la interrogante de saber si el orden jurídico nacional está en condiciones propias de hacer frente a la globalización o si la propia reforma en sí, de derechos humanos, no es otra cosa que consecuencia de lo mismo.

Francisco J. Laporta sostiene que la globalidad de muchas acciones y actividades económicas y el de las normas jurídicas que las sustentan, son bastante escasas.

Pues de la anterior afirmación se derivan cuestiones tan relevantes como que las comunidades nacionales o estatales que no disponen de un derecho interno eficaz o idóneo no participan en el proceso globalizador o si lo hacen lo llevarán a cabo como afectados pasivos. Por lo que, en consecuencia, las sociedades que poseen una jurisdicción deficiente y un Estado poco articulado no gozan de los beneficios positivos de la globalización.⁶

Lo anterior parece ser la situación particular de nuestra nación, pues la reforma en derechos humanos, más que una medida jurídica apropiada, parece ser en principio de carácter político, pues está encaminada a hacer frente a la globalización sin que existan los instrumentos protectores necesarios de igualdad de los grupos sociales, por ello es importante analizar la siguiente propuesta.

En un panorama teórico, Ronald Dworkin refiere que la igualdad es un ideal político pero misterioso.

Las personas pueden ser iguales (pero al menos tener mayor igualdad) es un aspecto, con la consecuencia de que se vuelvan desiguales (o más desiguales) en otros. Por ejemplo, si sus ingresos son iguales, su grado de satisfacción con la vida será diferente casi con toda seguridad. De aquí no se sigue, claro está, que la igualdad sea un ideal que no sirve para nada. No obstante, es necesario establecer, con mayor precisión de lo habitual, qué forma de igual es importante en última instancia.⁷

La igualdad de los derechos humanos entonces debe estar encaminada a satisfacer sin distingos las necesidades de los individuos, de ahí el cuestionar si en la civilización actual es justo que diversos grupos aún no tengan acceso a servicios fundamentales, como la energía (eléctrica sobre todo), agua o internet, tomando

⁵ Ma. Isabel Garrido Gómez, *Las transformaciones del derecho en la sociedad global*, España, Aranzadi, 2012, p. 52.

⁶ Francisco J. Laporta, *Globalización e imperio de la ley*, citado por Ma. I. Garrido Gómez, *Las transformaciones del derecho...*, p. 47.

⁷ Ronald Dworkin, *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, España, Paidós, 2008, p. 25.

especial relevancia propuestas como la que a continuación se transcribe, Luis Magín Guárdela Contreras señala:

La planificación y la ordenación del territorio cruzan de manera transversal por la mayoría de las actividades económicas que se desarrollan dentro de un estado. Es así como el servicio público de energía eléctrica tiene injerencia en la planeación que realizan las entidades territoriales, nación departamento, municipio o distrito a través de sus representantes o entidades descentralizadas.⁸

Debemos entender el factor del desarrollo económico como el agente rector para generar condiciones de competitividad, local, regional, nacional e internacional, lo cual sólo es posible mediante la adecuada planificación, pues enseguida el mismo estudioso continúa diciendo:

Como parte del ordenamiento territorial se debe entender al conjunto de acciones político-administrativas y de planificación física, concertadas en ejercicio de la función pública que le compete a las entidades territoriales, dentro de los límites fijados por la Constitución y las leyes, en orden a disponer de instrumentos suficientes para orientar el desarrollo del territorio bajo su jurisdicción y regular la utilización, transformación y ocupación del espacio, de acuerdo con las estrategias de desarrollo socioeconómico y en armonía con el medio ambiente y las tradiciones históricas y culturales.⁹

Luego entonces, los derechos humanos son por excelencia la posibilidad real de exigir al Estado la igualdad de oportunidades y de que se garantice la igualdad de condiciones para el desarrollo integral de una sociedad en clara armonía con el orden jurídico nacional.

Para Carlos Alarcón Cabrera, la igualdad de oportunidades debe ser igual en su llegada a la igualdad de resultados, pues sostiene:

a) Como punto de partida, la igualdad de oportunidades es la no discriminación de ningún individuo en el ejercicio y desarrollo de sus aptitudes, de cara a su participación en el proceso productivo, la legislación, la cultura y en general cualquier faceta de la organización social.

b) Como punto de llegada la igualdad de resultados es la consecuencia del conjunto de medidas a tomar por los poderes públicos para el logro de una semejante calidad de vida y de una igual satisfacción de las necesidades humanas básicas.¹⁰

⁸ Luis Magín Guárdela Contreras, "La ordenación del territorio en relación con la infraestructura de la actividad de transmisión de energía eléctrica", en *Regulación energética y medio ambiente. Memoria del II Jornadas Internacionales de Derecho Cátedra Europa 2009*, Colombia, Uninorte 2009, p. 115

⁹ *Idem*.

¹⁰ Juan Ramón de Paramo Argüelles y Jerónimo Betegón (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, España, Ministerio de la Presidencia/Secretaría General Técnica, 2004, p. 185.

A pesar de todo lo anterior y de que los derechos humanos entendidos hasta este momento en los términos que se han precisado en esta investigación, se debe establecer que también existen posiciones en contra como la de Zygmunt Bauman, quien dice:

En este momento estamos obligados a hablar de derechos humanos internacionales (interestatales, intergubernamentales) en vez de globales (planetarios). Tacañamente, los derechos humanos internacionales aluden a acuerdos ratificados por gobiernos estatales en vez de apelar a instituciones políticas globales (inexistentes por el momento) y de instituciones legales dotadas de los suficientes recursos como para dar contenido a esas palabras.¹¹

Conforme al señalamiento anterior, es posible entender que si los derechos humanos son consecuencia de los tratados internacionales, la aplicación de los mismos está encaminada a la igualdad universal para todos ellos, ideal de los más desfavorecidos, pero utopía a la vez, surge entonces, conforme a Dworkin, la imperante necesidad de analizar las condiciones de dignidad humana y él las divide en dos principios que, sostiene, son:

Principio de valor intrínseco, sostiene que toda vida humana tiene un tipo especial de valor objetivo. Tiene valor como potencialidad, una vez que una vida humana ha empezado, es importante cómo evoluciona. Es algo bueno que esa vida humana tenga éxito y que su potencial se realice, y es algo malo que fracase y que su potencial se malogre.

Principio de responsabilidad personal, sostiene que cada persona tiene una responsabilidad especial en la consecución de un logro de su propia vida, una responsabilidad que incluye el empleo de su juicio para estimar que clase de vida sería para ella en una vida malograda.¹²

La reforma, vigencia y aplicación de los derechos humanos en México ahora enfrenta la dificultad más grande: su instauración, es decir, a conseguir su eficacia, pues es necesario que el Estado la cumpla, pero además haga efectivo su cumplimiento, para que así, dentro de una cultura de la legalidad, haga posible que el gobernado también la reconozca y haga suya en su beneficio, pues cuando su origen es la propia ciencia del derecho, debe ser como sostiene Vittorio Villa:

El objeto de la ciencia del derecho es la construcción de teorías factibles de ser contrastadas desde la perspectiva no simplemente de su veracidad y certeza en la descripción de la realidad, sino en la coherencia y la adecuación de sus reconstrucciones, empleando para ello criterios epistémicos basados tanto en la pluralidad metodológica como en

¹¹ Zygmunt Bauman, *El tiempo apremia, conversaciones con Citlalli Rovirosa-Madrado*, España, Arcadia, 2010, p. 171.

¹² R. Dworkin, *La democracia posible...*, p. 53.

las características del saber normativo que se sustenta en la interacción intersubjetiva y que presupone tanto conocimiento de sentido común, como intuiciones.¹³

Lograr entonces que los derechos humanos sean una realidad y que su exigibilidad por el gobernado pueda darse de forma eficaz, guarda especial relación con el deber constitucional del Estado, de así garantizarlo, situación que a continuación estudiaremos a partir de la reflexión jurídica de éstos y la propiedad.

Los derechos humanos y la propiedad en la historia

La Constitución de Juan Sin Tierra de 1215 señala que los barones ingleses a principios del siglo XIII obligaron al rey Juan Sin Tierra a firmar el documento político de los derechos y libertades en Inglaterra; en el mismo año, Enrique III aprobó un documento conocido como la Carta Magna inglesa, el cual contemplaba en su artículo 29 la prohibición de detenciones, desposesiones de propiedad, de exiliar y de molestar de manera alguna a los hombres libres, salvo que fuera mediante un juicio legal de sus pares y según la ley del país.¹⁴

De lo anterior se deriva que el concepto de “ley de la tierra” equivale desde entonces al conjunto *law* (ley), el cual determina la protección a la libertad y a la propiedad, creando así una garantía de legalidad, con la finalidad de que en caso de presentarse la privación de este derecho, sólo será legal mediante una causa jurídica suficiente, que este permitida por el derecho consuetudinario.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, mediante la cual los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han decidido exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, señalando en la parte que interesa respecto de la propiedad lo siguiente:

Artículo 17. Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exige claramente y con la condición de una indemnización justa y previa.¹⁵

La Constitución de Cádiz (España) de 1812, en su artículo 4o. señala: “La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil,

¹³ Vittorio Villa, “Constructivismo y teoría del derecho”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 22, España, 1999, pp. 285-302.

¹⁴ Enrique Sánchez Bringas, *Derecho constitucional*, México, Porrúa, 2007, pp. 59-60.

¹⁵ Magdalena Aguilar Cuevas, *Derechos humanos*, México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2003, p. 111.

la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen”, dispositivo normativo a partir del cual se deben establecer varios supuestos, entre los que encontramos el reconocimiento a la libertad y la propiedad privada y demás derechos “legítimos” de los españoles (y sólo de ellos) a pesar de sus virreinos, entre ellos el de la Nueva España hoy nuestro México.

Se debe destacar, además, que la Constitución en comento estableció la necesidad de dictar leyes para conservar y proteger el conjunto de derechos legítimos que estableció, entre los que desde luego debemos de considerar a la libertad y la propiedad.¹⁶

Los Sentimientos de la Nación de 1813; José María Morelos y Pavón estableció en el artículo decimoséptimo: “Que a cada uno se le guarden las propiedades y respete a su casa como en asilo sagrado señalando penas a los infractores”, lo anterior en mérito de la ambición insaciable de conquistadores y colonizadores europeos por las vastas tierras del Nuevo Mundo, donde bajo figuras de la propiedad individual, intermedia y colectiva se apropiaron de las tierras de los nativos.

El Plan de Ayala de 1910, mediante el cual Emiliano Zapata Salazar señaló con precisión y como parte de la lucha fratricida en México:

Los que subscribimos, constituidos en Junta Revolucionaria, para sostener y llevar a cabo las promesas que hizo la Revolución de 20 de noviembre de 1910, próximo pasado, declaramos solemnemente ante la faz del mundo civilizado, que nos juzga, y ante la Nación a que pertenecemos y amamos, los propósitos que hemos formulado para acabar con la tiranía que nos oprime y redimir a la patria de las dictaduras que nos imponen, las cuales quedan determinadas en el siguiente Plan.

En cumplimiento a este postulado y como claro reflejo de la indignidad e injusticia sufrida por la clase campesina en México, el citado Plan señaló en sus artículos sexto y séptimo, respectivamente:

6o. Como parte adicional del Plan que invocamos, hacemos constar: que los terrenos, montes y aguas que hayan usurpado los hacendados, científicos o caciques a la sombra de la tiranía y de la justicia venal, entrarán en posesión de estos bienes inmuebles desde luego, los pueblos o ciudadanos que tengan sus títulos correspondientes de esas propiedades, de las cuales han sido despojados por la mala fe de nuestros opresores, manteniendo a todo trance, con las armas en la mano, la mencionada posesión y los usurpadores que se crean con derecho a ellos, lo deducirán ante tribunales especiales que se establezcan al triunfo de la Revolución.

7o. En virtud de que la inmensa mayoría de los pueblos y ciudadanos mexicanos no son más dueños que del terreno que pisan, sufriendo los horrores de la miseria sin poder mejorar en nada su condición social ni poder dedicarse a la industria o a la agricul-

¹⁶ Véase *Constitución de Cádiz*, disponible en <www.cervantesvirtual.com/portales/constitucion_1812/>.

tura por estar monopolizados en unas cuantas manos las tierras, montes y aguas, por esta causa se expropiarán, previa indemnización de la tercera parte de esos monopolios, a los poderosos propietarios de ellas, a fin de que los pueblos y ciudadanos de México obtengan ejidos, colonias, fundos legales para pueblos, o campos de sembradura o de labor, y se mejore en todo y para todo la falta de prosperidad y bienestar de los mexicanos.¹⁷

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976, mediante el cual los Estados Partes que lo suscriben consideran que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana, estableciendo además:

Artículo 2o. El derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos Pactos Internacionales de Derechos Humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales.¹⁸

Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986, reconoce que el desarrollo es un proceso global económico, social, cultural y político, que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la población y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la distribución justa de los beneficios que de él se derivan.

Este instrumento jurídico internacional reconoce que con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, así, en la parte que se refiere a la propiedad, señala:

Artículo 2o. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

Artículo 3o. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, pro-

¹⁷ *Plan de Ayala*, disponible en <www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/CH8.pdf>.

¹⁸ M. Aguilar Cuevas, *Derechos humanos*, p. 115.

moverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

Más aún, continúa diciendo:

Artículo 8o. 1. Los Estados deben adoptar, en el plano nacional, todas las medidas necesarias para la realización del derecho al desarrollo y garantizarán, entre otras cosas, la igualdad de oportunidades para todos en cuanto al acceso a los recursos básicos, la educación, los servicios de salud, los alimentos, la vivienda, el empleo y la justa distribución de los ingresos. Deben adoptarse las medidas eficaces para lograr: Que la mujer participe activamente en el proceso de desarrollo. | Deben hacerse reformas económicas y sociales adecuadas con objeto de erradicar todas las injusticias sociales.¹⁹

Principios y directrices de los derechos humanos

La oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en México ha establecido los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

De esta forma, ha señalado que al adoptar un enfoque orientado a las víctimas, la comunidad internacional afirma su solidaridad humana con las víctimas de violaciones del derecho internacional, incluidas las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como con la humanidad en general, de conformidad con los siguientes principios y directrices básicos, que en relación con la propiedad podemos señalar:

Número 15. Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario. La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. Conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales, los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario. Cuando se determine que una persona física o jurídica u otra entidad están obligada a dar reparación a una víctima, la parte responsable deberá conceder reparación a la víctima o indemnizar al Estado si éste hubiera ya dado reparación a la víctima.

¹⁹ *Ibid.*, p.121.

De igual forma, debemos señalar la referente a la restitución de los derechos humanos, que a la letra dice:

Número 19. La *restitución*, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.²⁰

Todo lo hasta aquí expresado determina qué son, cómo funcionan, cuál es su evolución histórica y cómo se aplican los principios y directrices de los derechos humanos, para lo cual ahora es necesarios entender si existe alguna diferencia entre expropiación y ocupación temporal o que distingue una de otra.

Expropiación y ocupación temporal

Para la Real Academia Española, “expropiar” se entiende como privar a una persona de la titularidad de un bien o de un derecho, dándole a cambio una indemnización. Se efectúa por motivos de utilidad pública o interés social previstos en las leyes. El concepto de ocupación temporal corresponde a un frase compuesta que debemos entender, en el caso de la ocupación, como el modo natural y originario de adquirir la propiedad de ciertas cosas que carecen de dueño, y temporal, a lo que pasa con el tiempo, que no es eterno.²¹

Desde el punto de vista totalmente jurídico, la expropiación es el acto de quitar a uno la propiedad de una cosa que le pertenece. Se usa ahora para designar la venta, cesión o renuncia que una persona o cuerpo tiene que hacer de una cosa cuando se le exige este sacrificio para obras de interés público.²² Por su parte, la “ocupación” es la aprehensión o apoderamiento de una cosa que carece de dueño con ánimo de hacerla propia, es uno de los modos originarios de adquirir el dominio de las cosas que carecen de dueño, o porque nunca lo ha tenido o por que han sido desamparados por él con intención de que no sean suyos.²³

La figura jurídica de la expropiación que, como ya se ha establecido en el cuerpo de esta investigación, deriva del artículo 27 constitucional y la denominada ocupación temporal la encontraremos a partir de las leyes reglamentarias; para

²⁰ *Derechos Humanos*, Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, disponible en <www.acnur.org/t3/recursos/publicaciones>.

²¹ *Diccionario*, Real Academia Española, disponible en <www.rae.es/>.

²² Joaquín Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1851, p. 661.

²³ *Ibid.*, p. 1292.

comprender a plenitud cómo funcionan, es necesario estudiarlas dentro de su aplicación en los dispositivos normativos federales que han tenido vigencia en nuestra nación, que las han establecido, desde luego, a partir del punto de vista de las consecuencias que sobre las tierras y su aprovechamiento tendrán los hombres del campo.

Leyes de expropiación en México

Ley de Expropiación de 1936, fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de noviembre de 1936, entre sus dispositivos señalo y considero como causas de utilidad pública, entre otras:

VII. La defensa, conservación, desarrollo o aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de explotación.

VIII. La equitativa distribución de la riqueza acaparada o monopolizada con ventaja exclusiva de una o varias personas y con perjuicio de la colectividad en general, o de una clase en particular.

X. Las medidas necesarias para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la colectividad.

De advertirse en principio que en el contenido de su normatividad procura el no causar perjuicio a la sociedad y a un grupo determinado, pero además considera necesario que la propiedad no sufra perjuicio y que no se dé la destrucción de elementos naturales, es decir, se adelanta a la Declaración de Estocolmo Sobre el Medio Ambiente Humano de junio de 1972 en cuyos postulados segundo y tercero se advierte:

2. La protección y mejoramiento del medio ambiente humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero, un deseo urgente de los pueblos de todo el mundo y un deber de todos los gobiernos.

3. El hombre debe hacer constante recapitulación de su experiencia y continuar descubriendo, inventando, creando y progresando. Hoy en día la capacidad del hombre de transformar lo que le rodea, utilizada con discernimiento, puede llevar a todos los pueblos los beneficios del desarrollo y ofrecerles la oportunidad de ennoblecer su existencia. Aplicado errónea o imprudentemente, el mismo poder puede causar daños incalculables al ser humano y a su medio ambiente. A nuestro alrededor vemos multiplicarse las pruebas del daño causado por el hombre en muchas regiones de la tierra, niveles peligrosos de contaminación del agua, del aire, de la tierra y de los seres vivos; grandes trastornos del equilibrio ecológico de la biosfera; destrucción y agotamiento de recursos insustituibles y graves deficiencias, nocivas para la salud física, mental y social del

hombre, en el medio ambiente por él creado. Especialmente en aquel en que vive y trabaja.²⁴

Precisado lo anterior, se debe señalar por igual que lo mismo sucede con la Declaración de Río de Janeiro (Brasil), Sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de junio de 1992, en cuyo principio décimo primero se advierte la congruencia de esta Ley de Expropiación de 1936, ya derogada con el Derecho al Medio Ambiente, pues refiere:

Principio 11: Los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente. Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican. Las normas aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo.²⁵

De igual forma, debemos destacar que es en esta ley en comento cuando aparece la figura jurídica de la *ocupación temporal*, pues en su artículo tercero refería: “La Secretaría de Estado, departamento administrativo o Gobierno del Distrito Federal, según corresponda, tramitará el expediente de expropiación, de *ocupación temporal* o de limitación de dominio, y en su caso, el Ejecutivo federal hará la declaratoria en el Decreto respectivo”.

La consecuencia de la expropiación o de la ocupación temporal se determinaba señalando que el Ejecutivo federal, hecha la declaratoria, ordenaría la ocupación de los bienes objeto de la expropiación o de la ocupación temporal o imponer la ejecución inmediata de las disposiciones de limitación de dominio, sin que la interposición del recurso administrativo de revocación suspenda la ocupación del bien o bienes de que se trate o la ejecución de las disposiciones de limitación de dominio.

En el mismo sentido, se advierten, en relación con la llamada ocupación temporal, otros dispositivos normativos con relación a ella, los cuales a continuación se refieren textualmente en los términos precisados por la propia Ley de Expropiación de 1936:

Artículo 9o. Si los bienes que han originado una declaratoria de expropiación, ocupación temporal o limitación de dominio no fueren destinados total o parcialmente al fin que dio causa a la declaratoria respectiva, dentro del término de cinco años, el propietario afectado podrá solicitar a la autoridad que haya tramitado el expediente, la rever-

²⁴ Cfr. Declaración de Estocolmo Sobre el Medio Ambiente Humano, Adopción: Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, 16 de junio de 1972.

²⁵ Cfr. Declaración de Río de Janeiro (Brasil), Sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de junio de 1992.

sión total o parcial del bien de que se trate, o la insubsistencia de la ocupación temporal o limitación de dominio, o el pago de los daños causados.

Dicha autoridad dictará resolución dentro de los cuarenta y cinco días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud. En caso de que se resuelva la reversión total o parcial del bien, el propietario deberá devolver únicamente la totalidad o la parte correspondiente de la indemnización que le hubiere sido cubierta.

El derecho que se confiere al propietario en este artículo, deberá ejercerlo dentro del plazo de dos años, contado a partir de la fecha en que sea exigible.

Artículo 18. Si la ocupación fuere temporal, el monto de la indemnización quedará a juicio de peritos y a resolución judicial, en los términos de esta ley. Esto mismo se observará en el caso de limitación de dominio.

Esta ley será reformada completamente en 2009, como consecuencia de la reforma energética de 2008 impulsada por el entonces Ejecutivo federal.

Ley de Expropiación de 2009

Este cuerpo normativo, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de junio de 2009, propone establecer las causas de utilidad pública y regular los procedimientos, modalidades y ejecución de las expropiaciones, determinando que éstas procederán previa declaración de utilidad pública, pero además refiere que su declaratoria de expropiación, de ocupación temporal o de limitación de dominio se hará mediante decreto del Ejecutivo federal que se publicará en el *Diario Oficial de la Federación*.

De igual forma, sostiene que los propietarios e interesados legítimos de los bienes y derechos que podrían resultar afectados, serán notificados personalmente del decreto respectivo, así como del avalúo en que se fije el monto de la indemnización.

En su texto refiere que, una vez decretada la expropiación, ocupación temporal o limitación de dominio, la autoridad administrativa que corresponda procederá a la ocupación inmediata del bien de cuya expropiación u ocupación temporal se trate, o impondrá la ejecución inmediata de las disposiciones de limitación de dominio que procedan, puntualizando que si el afectado por la misma interpusiera cualquier medio de defensa, no se suspenderá la ocupación o ejecución inmediata, según se trate.

Otro de los aspectos fundamentales que garantizan al gobernado el derecho de ser oídos y vencidos en juicio establece que “el decreto en el que se ordene la ocupación temporal o la limitación de dominio no admitirá recurso administrativo alguno y sólo podrá impugnarse a través del juicio de amparo”. Lo que desde luego se relaciona con la indemnización de que debe ser objeto el afectado, lo cual se establece en el artículo vigésimo de la ley en comento, que a la letra dice:

Artículo 20.- La indemnización deberá pagarse en moneda nacional a más tardar dentro de los cuarenta y cinco días hábiles siguientes a la publicación del decreto de expropiación, sin perjuicio de que se convenga su pago en especie.

La indemnización por la ocupación temporal o por la limitación de dominio consistirá en una compensación a valor de mercado, así como los daños y perjuicios, si los hubiere, que pudieran ocasionarse por la ejecución de dichas medidas, misma que deberá pagarse conforme al plazo referido en el párrafo primero de este artículo.²⁶

Lo señalado por la Ley de Expropiación de 2009 pareciera letra muerta si se considera lo señalado en los nuevos dispositivos normativos considerados en la reforma energética de 2014 y más aún en la Ley de Hidrocarburos que a continuación analizamos.

Ley de Hidrocarburos en la reforma energética 2014

En el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de agosto de 2014 se expidió la Ley de Hidrocarburos y se reforman diversas disposiciones de la Ley de Inversión Extranjera; la Ley Minera y la Ley de Asociaciones Público Privadas prevén de forma distinta la ocupación temporal de las tierras del régimen de la propiedad social dejando en total incertidumbre jurídica a los hombres del campo.

En efecto, pues la Ley de Hidrocarburos señala que cuando estén involucrados terrenos, bienes o derechos sujetos a los regímenes previstos en la Ley Agraria, además de las disposiciones de dicha ley y las demás contenidas en el presente capítulo, se observará lo siguiente:

I. El ejido, los ejidatarios, comunidades o comuneros podrán solicitar la asesoría y, en su caso, representación de la Procuraduría Agraria en las negociaciones a que se refiere el presente capítulo.

II. La autorización para el uso, goce o afectación y demás actos de disposición permitidos, deberá sujetarse invariablemente y sin perjuicio de las demás disposiciones aplicables, a las formalidades previstas en los artículos 24 a 28, 30 y 31 de la Ley Agraria para los actos señalados en las fracciones VII a XIV del artículo 23 de dicho ordenamiento;²⁷

III. Tratándose de ejidatarios o comuneros que, conforme a las disposiciones aplicables, tengan reconocidos derechos de manera individual, se les deberá entregar directamente la contraprestación respectiva por el uso, goce o afectación de tales derechos...

En claro perjuicio de la clase campesina y volviendo la propiedad social a un claro supuesto mercantilista, refiere que se deberán “mantener actualizados los ta-

²⁶ Ley de Expropiación, *Diario Oficial de la Federación* del 05 de junio de 2009.

²⁷ Cfr. Ley Agraria, *Diario Oficial de la Federación* el 26 de febrero de 1992.

buladores sobre los valores promedio de la tierra y, en su caso, de sus accesorios, para uso, ocupación o adquisición, según sus características, así como demás tabuladores y mecanismos de referencia que determine...”

En el mismo sentido mercantilista refiere que las partes podrán acordar la práctica de avalúos por el instituto o instituciones de crédito del país que se encuentren autorizadas, corredores públicos o profesionistas con posgrado en valuación, en los que deben considerar si el proyecto a desarrollar generará, dentro de su zona de influencia, una plusvalía de los terrenos, bienes o derechos de que se trate; la existencia de características en los inmuebles, bienes o derechos que, sin reflejarse en su valor comercial, los hace técnicamente idóneos para el desarrollo del proyecto de que se trate; la afectación en la porción remanente de los inmuebles del cual forme parte la fracción por adquirir, usar o gozar.

Por si esto no fuera lo suficientemente grave, también señala que en algunos casos será necesaria la emigración de los hombres del campo, pues textualmente dice:

Los gastos complementarios no previstos en el valor comercial, para que los afectados sustituyan los terrenos, bienes o derechos por adquirir, cuando sea necesaria la *emigración de los afectados*.

En los casos de otorgamiento del uso o goce de los terrenos, bienes o derechos, la previsión de los daños y perjuicios, las molestias o afectaciones que sus titulares podrían sufrir con motivo del proyecto a desarrollar, incluyendo aquéllos correspondientes a bienes o derechos distintos de la tierra, o el eventual perjuicio por el tiempo que la propiedad será afectada, calculado en función de la actividad habitual de dicha propiedad.

En una clara incongruencia y pretendiendo legitimar un acto jurídico en donde se advierte en todo momento la inequidad en las partes, donde uno pierde su patrimonio y forma de sostenimiento económico de vida y, en contra, el otro logra el enriquecimiento a partir de la explotación de recursos naturales, se involucra al impartidor de justicia pretendiendo hacer pasar por legal lo totalmente injusto, pues la aparente reforma, en la parte que interesa, dice:

El acuerdo alcanzado en cualquier tiempo entre las partes deberá presentarse por el Asignatario o Contratista ante el Juez de Distrito en materia civil o Tribunal Unitario Agrario competente, con el fin de que sea validado, dándole el carácter de cosa juzgada.

Para lo anterior, el juez o Tribunal Unitario Agrario procederá a:

- Verificar si se cumplieron las formalidades exigidas tanto en la presente Ley como, en su caso, en la Ley Agraria y demás disposiciones aplicables.

- Ordenar la publicación de un extracto del acuerdo alcanzado, a costa del Asignatario o Contratista, en un periódico de circulación local y, en su caso, en los lugares más visibles del ejido respectivo.

El juez de Distrito o Tribunal Unitario Agrario emitirá su resolución, que tendrá el carácter de sentencia, dentro de los quince días siguientes a la primera publicación a que se refiere la fracción II anterior, siempre que no tenga conocimiento de la existencia de un juicio pendiente que involucre los terrenos, bienes o derechos en cuestión.

En contra de la resolución emitida sólo procederá el juicio de amparo. Si lo hasta aquí expresado de la reforma a la Ley de Hidrocarburos y otras disposiciones legales pareciera grave, lo más complicado lo hemos dejado para el final, pues textualmente se señala:

En caso de no existir un acuerdo entre las partes, transcurridos ciento ochenta días naturales contados a partir de la fecha de recepción del escrito referido en la fracción I del artículo 101 de esta Ley, el Asignatario o Contratista podrá:

I. Promover ante el Juez de Distrito en materia civil o Tribunal Unitario Agrario competente la constitución de la servidumbre legal de hidrocarburos a que se refiere el artículo 109 de esta Ley, o

II. Solicitar a la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano una mediación que versará sobre las formas o modalidades de adquisición, uso, goce o afectación de los terrenos, bienes o derechos, así como la contraprestación que corresponda.

En otras palabras, no es si el campesino quiere, ahora al inversionista privado se le ha dotado de un ordenamiento legal que le permite en todo momento y lugar imponer su voluntad, que podrá disponer de bienes ajenos sin titular de los derechos de los mismos, los explotará hasta agotarlos y cuando los desocupe entregará tierras vejadas, infértiles y muertas.

Conclusiones

Primera. Desde el punto de vista jurídico no existe el concepto de ocupación temporal y no debe aplicarse como en mérito de que sólo puede existir si los bienes a afectar no tienen dueño, y en el caso de la reforma a la Ley de Hidrocarburos, se trata de inmuebles que en su mayoría están en dominio de campesinos.

Segunda. La llamada reforma energética se aparta de los postulados y principios de los derechos humanos en claro perjuicio de la clase campesina.

Tercera. Se debe proveer lo necesario para garantizar el Estado de derecho y un marco jurídico adecuado ahora que ha desaparecido la paraestatal y que las empresas que explotan el sector energético en nuestro país han permitido la participación del capital privado.

Cuarta. Resulta de explorado derecho que la incertidumbre jurídica de las reformas analizadas, indudablemente y a pesar de que pretendan ser legitimadas por la ley, dejan en estado de indefensión a la clase campesina, puesto que no es de libre decisión y voluntad permitir la explotación irracional de sus tierras.

Bibliografía

Aguilar Cuevas, Magdalena, *Derechos humanos*, México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2003.

Bauman, Zygmunt, *El tiempo apremia, conversaciones con Citlalli Rovirosa-Madrado*, España, Arcadia, 2010.

Constitución de Cádiz, disponible en <www.cervantesvirtual.com/portales/constitucion_1812/>.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en <www.diputados.gob.mx>. Leyes Federales de México.

Declaración de Estocolmo Sobre el Medio Ambiente Humano, Adopción: Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, 16 de junio de 1972.

Declaración de Río de Janeiro (Brasil), Sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de junio de 1992.

Derechos Humanos, Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, disponible en <www.acnur.org/t3/recursos/publicaciones>.

Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, disponible en <www.rae.es/>.

Dworkin, Ronald, *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, España, Paidós, 2008.

Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1851.

Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, España, Trotta, 2009.

Garrido Gómez, Ma. Isabel, *Las transformaciones del derecho en la sociedad global*, España, Aranzadi, 2012.

Guárdela Contreras, Luis Magín, “La ordenación del territorio en relación con la infraestructura de la actividad de transmisión de energía eléctrica”, en *Regulación energética y medio ambiente. Memoria de II Jornadas Internacionales de Derecho catedra Europa 2009*, Colombia, Uninorte 2009

- Laporta, Francisco J., *Globalización e imperio de la ley*, citado por M. Isabel Garrido Gómez, *Las transformaciones del derecho en la sociedad global*, España, Aranzadi, 2012.
- Ley Agraria, *Diario Oficial de la Federación*, 26 de febrero de 1992.
- Ley de Expropiación, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de junio de 2009.
- Lara Ponte, Rodolfo, *Derechos humanos y Constitución. Memoria del Simposio Internacional*, México, UNAM, s.f.p.
- Paramo Argüelles, Juan Ramón de y Jerónimo Betegón (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, España, Ministerio de la Presidencia/Secretaría General Técnica, 2004.
- Plan de Ayala*, disponible en <www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/CH8.pdf>.
- Sánchez Bringas, Enrique, *Derecho constitucional*, México, Porrúa, 2007.
- Villa, Vittorio, “Constructivismo y teoría del derecho”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 22, España, 1999.

LOS RETOS DE LA POLICÍA FRENTE AL NUEVO PROCESO PENAL ACUSATORIO MEXICANO

Marcela González Duarte*

Introducción

El 18 de junio de 2008 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) la reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública.¹ Esta reforma (en adelante RJP-08) tiene por objeto introducir el sistema procesal penal acusatorio en el derecho mexicano, así como aplicar diversas modificaciones al sistema penitenciario y al sistema de seguridad pública.

La RJP-08, conocida como “Reforma de juicios orales”, introduce al sistema jurídico mexicano el proceso penal de corte acusatorio y garantista, lo cual supone una serie de transformaciones en el sistema de justicia penal que se traducen en profundos retos para los actores en dicho proceso, incluyendo a la policía.

Los legisladores, técnicos, juristas, investigadores y servidores públicos que la gestionaron y aprobaron, argumentaron buscar con la RJP-08: “Dotar al Estado de elementos suficientes que le permitan combatir la criminalidad, la impunidad, procurar e impartir justicia en forma pronta, clara y expedita, y la posibilidad de garantizar de esta forma la seguridad pública que hace falta, que se anhela por cada mexicano...”, y por qué no decirlo, nos merecemos todos.²

* Licenciada en Derecho por la UNAM, maestra en Ciencias Políticas y Sociales por el CIDHEM, y maestra en Administración Pública por la UBO de Francia; directora general de Planeación y Evaluación de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Morelos, y directora general de Legislación de la Consejería Jurídica del mismo estado. Actualmente, estudiante becaria del Conacyt del Doctorado en Derecho y Globalización de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos.

¹ Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación* 18 de junio del 2008.

² Lo anterior quedó plasmado en la exposición de motivos del decreto que puede consultarse en la Minuta con Proyecto de Decreto por el que se reforman diversas disposiciones de la Constitución

Posteriormente, el 5 de marzo del año que transcurre (2014), se publicó en el DOF el Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP), que regula las actuaciones y principios del nuevo proceso penal mexicano, de corte acusatorio a nivel nacional.³

La *vacatio legis* de este nuevo código es heterogénea. Entrará en vigor conforme los estados de la República expidan declaratorias de su adopción, pero no se puede rebasar la fecha límite original que estableció la RJP-08. Es decir, en junio de 2016.⁴

En un proceso penal los actores procesales son el ministerio público (en adelante MP), la defensa y el juez o tribunal. Sobre ellos recae la mayor parte de los retos que supone la RJP-08 y la aplicación del CNPP. Sin embargo, una parte fundamental de las nuevas normas procesales corresponde a la actividad que desarrolla la policía en el marco del nuevo proceso penal.

Hay muchos procesos penales que se inician sin detenidos, y otros que se inician cuando se detiene a una persona; en cualquier caso, la policía es casi siempre el primer acto de la autoridad que detona todo el proceso penal.

Zaffaroni opina que, en realidad, quien realiza la selección de las personas que serán sometidas a un proceso es la policía; afirma que el poder punitivo no es ejercido por las agencias jurídicas del sistema penal, sino por las policiales, y las jurídicas lo único que pueden hacer en la práctica, y hasta cierto punto, es contenerlo.⁵

Lo anterior revela la importancia que tienen las actuaciones policiales para el desarrollo del proceso penal, con mayor razón, si es acusatorio. El modelo de proceso acusatorio es garantista, lo que quiere decir que el proceso, en sí mismo, es un mecanismo para asegurar el respeto al derecho fundamental de libertad de las personas, de seguridad jurídica y de acceso a la justicia de las víctimas del delito.

El papel de la policía en los procesos acusatorios responde a dos fines, los cuales deben cumplirse por igual: tanto a la finalidad de que el proceso sea una garantía de los detenidos e imputados de un delito, como que, dicho proceso, sea eficaz en reunir los elementos necesarios para dictar una sentencia condenatoria a quien ha cometido un delito.

Dado lo anterior, es necesario señalar específicamente el impacto que la introducción del proceso acusatorio tiene para las funciones de los elementos de las corporaciones policiales, y éste, aunque no de forma absoluta ni exhaustiva, es el objetivo de este texto.

Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados*, año XI, número 2450-IV, anexo IV, del 21 de febrero del 2008.

³ Decreto por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales, *Diario Oficial de la Federación* del 5 de marzo de 2014.

⁴ *Ibid.*, artículo transitorio segundo.

⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando Tenorio Ragle, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de derecho penal mexicano. Parte general*, México, Porrúa, 2013, pp. 13-14.

El contenido de la reforma constitucional del 2008 en materia de seguridad pública

La RJP-08, en su completitud, tiene cuatro grandes temas: introduce el sistema procesal penal acusatorio para México; reforma el sistema penitenciario; establece disposiciones especiales para los procesos en materia de delincuencia organizada, y establece los principios que regirán el nuevo sistema de seguridad pública. Dentro de estos temas, interesan a la policía los siguientes cuatro, que son los que analizaremos en este documento:

- a) (Entre otros) el principio acusatorio, de legalidad y la presunción de inocencia, como principios que deben imperar durante todo el procedimiento y, desde luego, desde la detención de una persona.⁶
- b) La obligación de un registro inmediato de las detenciones.⁷
- c) Los derechos de los detenidos e imputados y los derechos de las víctimas de un delito, que deben respetarse y ser tutelados desde el momento de la detención.⁸
- d) La facultad investigadora con la cual se inviste no sólo al MP, sino también “a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función”,⁹ entendiéndose por policías a todas aquellas que formen parte del sistema de seguridad pública.

Veamos en qué consisten estas disposiciones, cómo han sido reguladas por las leyes secundarias y cómo se relacionan con las actuaciones de la policía.

Los principios acusatorio, de legalidad y de presunción de inocencia y su relación con las funciones de la policía

El proceso penal acusatorio está fundado, entre otros, por los principios de legalidad, acusatorio y presunción de inocencia. A lo largo de todo el proceso (de hecho, desde la detención) deben respetarse estos principios para que la autoridad judicial pueda legitimar una sentencia condenatoria. Estos principios impactan todas las actividades que debe realizar la policía en el nuevo proceso, y a la inversa, también las actividades de la policía impactan directamente en el respeto de dichos principios.

⁶ Artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁷ *Ibid.*, artículo 16, párrafo quinto.

⁸ *Ibid.*, artículo 20, apartado B, fracciones II y III.

⁹ *Ibid.*, artículo 21, párrafo primero.

El principio acusatorio

Este principio consiste en la separación entre el juez y quien acusa, que normalmente es el MP. Es el elemento constitutivo más importante del sistema acusatorio, es un presupuesto estructural y lógico de todos los demás elementos del sistema.

Luigi Ferrajoli establece que este principio responde al principio de *nullum iudicium sine accusatione*, “no hay juicio sin acusación”. Constituye la base de las garantías orgánicas de un modelo acusatorio y garantista.¹⁰ Por lo anterior, este principio es condición de la imparcialidad del juez respecto de las partes y, por consiguiente, constituye el presupuesto de la carga de la imputación y prueba para quien acusa.¹¹

El hecho de que el MP tenga la carga de la prueba de la acusación quiere decir que debe reunir todos los elementos necesarios para sustentarla frente a un juez; si no está cabalmente sustentada, el juez rechazará la imputación y el proceso penal ni siquiera se inicia.

En este sentido, Ferrajoli explica que la acusación es el acto introductorio del proceso que debe formularse en términos unívocos y precisos, idóneos para denotar exactamente el hecho atribuido al imputado, apoyada en los adecuados indicios de culpabilidad expresados de manera completa para permitir su conocimiento y refutación a la defensa, y debe hacerse con oportunidad, de manera expresa y formal.¹²

Precisamente, la relación que tienen las actividades de la policía con el principio acusatorio es que, los indicios con los que cuenta el MP para realizar una acusación efectiva derivan, en gran medida, de los informes y actividades que realiza la policía al momento de la detención de las personas y con los cuales el MP reúne sus elementos para imputar un delito y hacer una acusación.

Principio de legalidad

El principio de legalidad obliga a que todos los procedimientos se desarrollen bajo pena de nulidad, bajo la forma legal previamente establecida por la ley.¹³ La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM), el CNPP y la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública (en adelante LGSNSP) establecen actos específicos que debe realizar la policía en relación con el proceso penal, sobre todo, en lo relativo a detenciones.

¹⁰ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, 9a. ed., España, Trotta, 2009, p. 567.

¹¹ *Ibid.*, p. 567.

¹² *Ibid.*, pp. 606 y 607.

¹³ *Ibid.*, pp. 616-621.

Estos actos pueden clasificarse en: obligaciones *de hacer* o acciones, y obligaciones de *no hacer* o abstenciones por parte de los policías; ambas clases de obligaciones constituyen garantías, lo cual significa que son derechos subjetivos del imputado.

Las acciones pueden, a su vez, clasificarse en acciones de dos tipos: *a)* actos procedimentales o procesales, como elaborar el registro inmediato de la detención o informes policiales, y *b)* actos en relación con el imputado, por ejemplo, informarle de sus derechos desde el momento de la detención.

Por su parte, las omisiones consisten en abstenerse de realizar cualquier acción que vulnere los derechos y garantías del detenido o imputado, por ejemplo, actos de tortura o intimidación, o tratar como culpable al detenido, maltratarlo, vulnerar su dignidad, etcétera.

Tanto las acciones como las omisiones a que están obligados los policías están determinadas en las normas ya descritas, y por tanto, el incumplimiento de dichas obligaciones o el cumplimiento defectuoso o parcial vulneran el principio de legalidad y ponen en riesgo todo el proceso penal.

Presunción de inocencia

La presunción de inocencia efectiva es el mecanismo para garantizar la libertad y la seguridad de las personas, derechos fundamentales que se vulneran cuando el proceso penal no cumple con los estándares acusatorios o garantistas.

Este principio se incorporó como el principal derecho del imputado en el proceso, en el artículo 20, apartado B, fracción I, de la CPEUM, el cual establece que el imputado tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.¹⁴

Este principio se expresa con la máxima *nulla culpa sine iudicio*, “no hay culpabilidad si no hay juicio”, y por tanto, sólo mediante una sentencia que pone fin a un juicio penal, puede decirse que alguien es culpable de la comisión de un delito.

Baños y Buján definen la presunción de inocencia como *principio de inocencia*, y explican que no es otra cosa que el derecho de todo ser humano a que se le dispense un trato jurídico de inocente, hasta tanto pueda exhibirse en su contra el único título válido que puede legitimar una restricción definitiva de la libertad. Esto quiere decir, explican, que cualquier persona goza de un estado jurídico de inocencia, hasta en tanto medie una condena firme.¹⁵

Por tanto, el principio de presunción de inocencia no se aplica o se deja de aplicar por el hecho de que, incluso, se haya visto a la persona cometer un delito; ni la

¹⁴ CPEUM, artículo 20, apartado B, fracción I.

¹⁵ Javier Ignacio Baños y Fernando Buján, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Lajouane, 2009, pp. 112,113.

policía, ni el MP, ni persona alguna tienen la capacidad quitar esta calidad jurídica a una persona detenida.

Es una calidad jurídica de la que goza el imputado, de ser tratado como inocente durante todo el proceso, con independencia de quien sea, cuáles sean sus antecedentes, lo que haya hecho, o cómo se comporte. Esta calidad jurídica, derecho o garantía, sólo se le quita al imputado cuando hay una sentencia firme condenatoria.

La presunción de inocencia tiene muchas implicaciones en el ámbito procesal, entre ellas están el derecho a ser tratado como inocente; el derecho a conocer la imputación; el derecho a no ser incomunicado; el derecho de defensa en juicio; la no utilización del imputado como órgano de prueba; el derecho a ser juzgado en un plazo razonable; el derecho a guardar silencio,¹⁶ etcétera.

Estas implicaciones se traducen en derechos del detenido o imputado, que deben ser no sólo respetados, sino también tutelados por la policía desde el momento de su detención y durante el tiempo que se tenga al detenido bajo custodia.

Registro inmediato de la detención e inmediata puesta a disposición del detenido ante el Ministerio Público

El artículo 16 de la CPEUM establece la obligación de que la policía realice un registro inmediato de las detenciones. Este registro tiene por objeto transparentar los actos de restricción de la libertad y se encuentra regulado tanto por el CNPP como por la LSNSP. La motivación es garantista; se trata de que desaparezcan definitivamente las figuras de retención, incomunicación y la de privación indebida de la libertad de las personas, y como consecuencia, el abuso de cualquier autoridad durante la custodia.

Se trata de un instrumento de control y seguimiento de la detención que busca fortalecer la transparencia en las actuaciones de la autoridad y que pretende documentar, con constancia fehaciente, la forma y momento de las detenciones en todo el país, lo que dará la pauta para sancionar los actos arbitrarios o excesivos cometidos por la autoridad en el ejercicio de sus funciones.

Conforme a la LGSNSP¹⁷ y al CNPP,¹⁸ este registro es una obligación a cargo de la policía, quien normalmente tiene el primer contacto y detiene a los señalados o imputados de algún delito. La actividad específica consiste en realizar, al momento

¹⁶ *Ibid.*, p. 113.

¹⁷ Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, artículos 40, fracción XIX, y 112.

¹⁸ Código Nacional de Procedimiento Penales, artículos 132, fracción VI, 147 y 150, tercer párrafo.

de detener a cualquier persona, un registro inmediato¹⁹ con las características que establece la LGSNSP.

Este documento es llamado Registro Administrativo de la Detención por el artículo 112 de la LGSNSP, se debe realizar mediante el Informe Policial Homologado (IPH) y su contenido mínimo quedó expresado en el artículo 43 y 113 de la LGSNSP. Incluye, para el caso de las detenciones: señalar los motivos de la detención; la descripción de la persona; el nombre del detenido y apodo, en su caso; la descripción de estado físico aparente; los objetos que le fueron encontrados; la autoridad a la que fue puesto a disposición, y el lugar en el que fue puesto a disposición.

También establece que el IPH debe ser completo, los hechos deben describirse con continuidad, cronológicamente y resaltando lo importante; no deberá contener afirmaciones sin el soporte de datos o hechos reales, por lo que deberá evitar información de oídas, conjeturas o conclusiones ajenas a la investigación.

Este registro es trascendente desde dos puntos de vista. El primero es que el registro constituye una garantía para los detenidos en virtud de que al obligar a la policía a realizar el registro bajo las condiciones arriba detalladas, se limita la posibilidad de que existan violaciones a los derechos humanos, como retenciones ilegales, dilaciones que dan pauta a actos de intimidación y tortura, y en general, a cualquier tipo de incomunicación del detenido por parte de la policía.

En este sentido, el *Informe sobre el uso preventivo de la prisión preventiva en las Américas 2013*, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) establece lo siguiente:

En el derecho internacional de los derechos humanos, uno de los puntos fundamentales relativos al tratamiento de las personas privadas de libertad ha sido el deber del Estado de mantener registros de las personas que se encuentran bajo su custodia. El objeto de estas disposiciones, que originalmente se circunscribía de manera muy específica a la protección de derechos como la vida y la integridad personal, se ha ido desarrollando de forma tal que ha llegado a considerarse como un elemento necesario para la garantía del derecho a la libertad personal, el derecho al debido proceso; e incluso, como un requisito indispensable para el diseño de políticas criminales y penitenciarias.²⁰

La Comisión Interamericana considera que la existencia de un registro centralizado, técnicamente organizado, eficiente y accesible no sólo es una salvaguarda esencial para preservar la vida e integridad física de las personas privadas de libertad, sino que es también uno de los componentes básicos de un sistema de justicia penal que funcione apropiadamente.²¹

¹⁹ La calidad de inmediato se lo da la CPEUM.

²⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, OEA/CIDH, 30 de diciembre de 2013, p. 112.

²¹ *Ibid.*, p. 113.

De manera que debemos entender que este registro, al ser una garantía de derechos fundamentales y al estar plasmado en la CPEUM como un derecho del detenido, su falta o insuficiencia, constituye una violación al debido proceso.

Es este sentido, es muy ilustradora la tesis aislada de la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 20 de marzo de 2013, relativa al amparo directo en revisión 517/2011 interpuesto por Florance Cassez,²² un caso emblemático de la justicia mexicana y que, sin duda, ha sentado un precedente de muchas interpretaciones que deben imperar en el proceso penal acusatorio a partir de la RDH-08.

Dicha tesis establece los elementos que deben ser tomados en cuenta por el juzgador a fin de determinar una dilación indebida en la puesta a disposición; se trata de la interpretación del derecho fundamental del detenido a ser puesto a disposición inmediata ante el MP. Esta tesis menciona entre otras cosas lo siguiente:

Se está ante una dilación indebida en la puesta a disposición inmediata del detenido ante el Ministerio Público cuando, no existiendo motivos razonables que imposibiliten la puesta a disposición inmediata, la persona continúe a disposición de sus aprehensores y no sea entregada a la autoridad que sea competente para definir su situación jurídica. Tales motivos razonables únicamente pueden tener como origen impedimentos fácticos reales, comprobables y lícitos. Además, estos motivos deben ser compatibles con las facultades estrictamente concedidas a las autoridades. Lo anterior implica que los agentes de policía no pueden retener a una persona por más tiempo del estrictamente necesario para trasladarla ante el Ministerio Público...

De manera que el registro inmediato de la detención, si está bien hecho, puede resultar el documento que justifique legalmente la detención o retención legal de un detenido cuando existen condiciones que no permiten la puesta inmediata a disposición del MP. Pero en caso de que dicho registro no sea realizado y existan dilaciones, éstas se reputarán violatorias de los derechos fundamentales del detenido con las consecuencias que ya hemos señalado.

Adicionalmente, el artículo 16, en su párrafo cuarto, establece, además del registro inmediato de la detención, la obligación de poner a disposición del MP al detenido inmediatamente o con prontitud.

Este derecho tiene los mismos fundamentos que el registro inmediato de la detención; se trata de evitar dilaciones indebidas cuando no existan motivos para el retraso. Lo anterior es de suma trascendencia porque el tiempo que el detenido está bajo custodia de la policía sin estar a disposición del MP es un “hoyo negro” en donde suelen ocurrir la mayor parte de las violaciones graves a los derechos humanos, como la tortura, las confesiones forzadas, las amenazas e intimidación o los tratos degradantes e inhumanos.

²² Tesis Aislada 1a. Sala CLXXV/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro xx, Tomo 1, mayo de 2013, p. 535, registro: 2003545.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 7, numeral 5, establece que: detenida o retenida una persona debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales; y en su numeral 6 establece que toda persona privada de su libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención para que ordene la libertad si es que dicha detención se hubiese hecho de manera ilegal.²³

En concordancia con lo anterior y como reglamentación del artículo 16 de la CPEUM, el CNPP establece, en su artículo 145, que los agentes policiales que detengan a cualquier persona por una orden de aprehensión o comparecencia, pondrán al detenido inmediatamente a disposición del juez de control y deberán informarle al juez la fecha, hora y lugar en que se realizó la detención.²⁴

Los derechos de los detenidos en relación con la policía

En un sistema penal garantista, como el que prevé nuestra CPEUM, los derechos fundamentales de las personas y las garantías para hacerlos efectivos son el eje sobre el cual debe girar toda la actividad del Estado. Luigi Ferrajoli expresa que un sistema garantista se refiere al modelo normativo de derecho de estricta legalidad, propio de un Estado de derecho, que en el plano jurídico es un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos.²⁵

De manera que el sistema acusatorio está concebido como el mecanismo por el cual el Estado es controlado en su actividad punitiva a partir de límites en su actuación, que son los derechos fundamentales. Estos límites, para que no sean burlados, deben establecerse en la máxima norma del sistema jurídico positivo.

Zafaroni nos muestra con una bella analogía la lógica y epistemología del funcionamiento correcto de un sistema acusatorio. Se trata de un sistema de diques que protege de inundación a la “isla” y cuya función es dejar pasar sólo cierta cantidad y ciertas aguas hacia la “isla”. El sistema de diques debe dejar pasar cierta cantidad de agua, no cerrarse por completo, porque de lo contrario el sistema se rompe e inunda la isla.²⁶

El agua, que amenaza con inundar la isla, es el poder policiaco del Estado; el sistema de diques es el proceso penal que se construyó con los derechos funda-

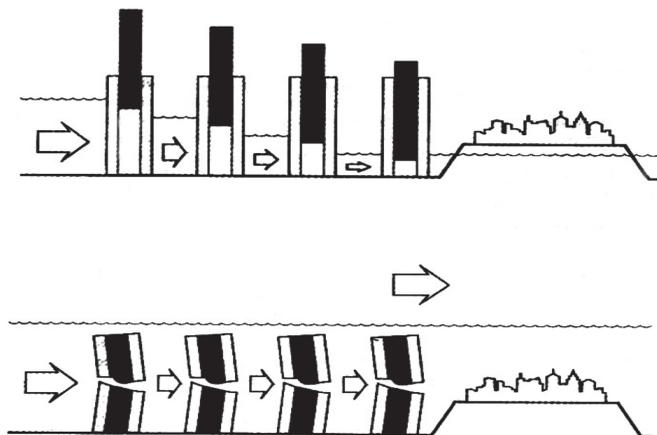
²³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, suscrita el 22 de noviembre de 1969, ratificada por el Estado Mexicano el 3 de febrero de 1981, artículo 7 numerales 5 y 6.

²⁴ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 145 párrafos primero y tercero.

²⁵ L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, pp. 851-852.

²⁶ E. R. Zafaroni, F. Tenorio Ragle, A. Alagia y A. Slokar, *Manual de derecho penal mexicano. Parte general*, p. 58.

mentales y garantías procesales, y que funciona de manera compleja, pero sistemática y racional, para dejar pasar “agua” solamente cuando se han respetado dichos derechos y garantías; y la “isla” es el Estado constitucional y democrático de derecho, en donde las personas gozan de sus derechos fundamentales, y es, por tanto, el valor a proteger por el dique.



Lo anterior podría dar pie a suponer erróneamente que, cuando la detención sucede en cualquier caso en el que no haya iniciado el proceso penal, es decir, que cuando todavía no se ha realizado la imputación y, por tanto, el detenido no es imputado, sino sólo detenido, ya que la etapa es aún procedimental, el mismo no goza de los derechos establecidos en el artículo 20.

Por el contrario, se debe entender que una persona detenida, que no ha sido imputada, goza de los derechos del artículo 20 de la CPEUM que le sean aplicables por la circunstancia de estar privado de su libertad y no por su calidad procesal de detenido o imputado. Una vez aclarado lo anterior, veamos cuáles son los derechos de los imputados que aplican a los detenidos y los cuales impactan las tareas de la policía.

Conforme al artículo 20, apartado B, de la CPEUM, la policía debe observar, sin excepción, los siguientes derechos cuando detiene a una persona: derecho a que se le presuma, y por tanto ser tratado, como inocente; derecho a guardar silencio; derecho a que se le informe el porqué se le detiene, y en caso de que exista imputación, a saber los hechos que se le imputan por el MP; derecho a no ser sometido a ningún trato indigno, cruel, degradante, tortura o intimidación; derecho a comunicarse con quien desee, es decir, a no estar incomunicado; derecho a llamar a un abogado, y derecho a que se le informen sus derechos. Veamos de qué trata cada uno de estos derechos y cómo debe tutelarlos la policía.

Derecho a ser tratado como inocente

La policía es la depositaria y ejecutora de *ius puniendi* del Estado, es decir, del uso legítimo de la fuerza pública, pero también tiene la función preventiva del delito y de protección ante las víctimas del delito. De ahí que deba existir un delicado balance y absoluta racionalidad en el uso de la fuerza pública, ya que cualquier abuso de la misma implica una violación a las garantías antes descritas.

Para la policía es compleja y delicada la tutela del derecho de presunción de inocencia, sobre todo cuando se detiene a una persona en flagrancia, ya que es complicada la gestión de la situación frente a la víctima y a la comunidad.

Al respecto, Alejandro J. Rodríguez-Morales comenta que, ante la falta de seguridad surge una *histeria punitiva*, la cual genera que en la conciencia colectiva... no suela verse mal la violación de derechos y garantías fundamentales, en aras de garantizar la efectiva represión de los delincuentes, siendo lugar común la idea conforme a la cual no puede reconocerse derecho alguno al delincuente por haber desconocido, éste, los derechos de su víctima (resurgiendo en el ámbito penal la ley del talión y el entendimiento del instrumento penal como venganza).²⁷

El derecho a ser tratado como inocente por parte de la policía debe respetarse desde el momento de la detención de una persona y durante todo el tiempo que dicha persona esté bajo su custodia, e implica: la racionalidad en el uso de la fuerza; el trato digno y respetuoso al detenido, y la consecuente abstención de cualquier trato degradante.

Desde luego, como lo establece el CNPP, cualquier detenido, bajo cualquier circunstancia, tiene derecho a no ser expuesto a los medios de comunicación, y a no ser presentado ante la comunidad como culpable.²⁸

Derecho a guardar silencio

Este derecho deriva del principio de la no autoincriminación, es un corolario del derecho de presunción de inocencia y, por tanto, la policía no debe forzar al detenido a aceptar ningún tipo de culpabilidad. Pero además, la policía debe informar al detenido en qué consiste este derecho para que el imputado no cometa declaraciones que lo puedan inculpar.

Al respecto, la exposición de motivos de la RDH-11 refiere que el objeto de este derecho fue transformar el sentido de la tradicional declaración preparatoria, de manera que no exista un tiempo o etapa específica en la cual el imputado debe de-

²⁷ Alejandro J. Rodríguez-Morales, "Dimensionamiento del rol de los cuerpos policiales en un sistema penal de carácter garantista", en *Revista Criminalidad*, vol. 52, núm. 1, pp. 351-362, Colombia, Policía Nacional/Dirección de Investigación Criminal/Interpol, junio 2010, p. 353.

²⁸ Código Nacional de Procedimientos Penales, art. 113, fracciones XIV y XV.

clarar. Según este documento, el derecho consiste en declarar, en el momento en que el imputado lo desee, si es que lo desea, o a guardar silencio, sin que este último pueda ser usado como indicio de culpabilidad.²⁹

En efecto, el artículo 113, fracción III, del CNPP establece, en concordancia con la CPEUM, el derecho del imputado a declarar o a guardar silencio, en el entendido que su silencio no podrá ser utilizado en su perjuicio. Es relevante mencionar que incluso cuando el detenido haga cualquier tipo de declaración de culpabilidad, responsabilidad o participación en un delito, esta declaración no puede ser utilizada en el proceso. La única declaración que es válida en el proceso es la que se realiza frente al juez.

Derecho a que se le informe porqué se le detiene, y en caso de que exista imputación, a saber los hechos que se le imputan por el Ministerio Público

La Convención Americana de los Derechos Humanos establece que toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.³⁰ Dado lo anterior, la CPEUM establece en su artículo 20 que, al momento de hacer una detención, la policía debe informar al detenido las razones por las cuáles se le detiene.³¹

Existen dos supuestos para el desarrollo de esta actividad: el primero es que se detenga a una persona en flagrancia; mientras que el segundo es que se detenga a una persona con una orden judicial. En este último caso, si la policía detiene a una persona con una orden judicial, el policía debe entregar la orden al detenido para su lectura y cerciorarse de que la puede leer, y de que la entiende; en caso contrario, el policía debe expresar al detenido lo que dicha orden establece.

En efecto, el artículo 113, fracción V, del CNPP, en concordancia con la CPEUM, establece que el imputado tiene derecho a que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el MP o el juez de control, los hechos que se le imputan, así como, en su caso, el motivo de la privación de su libertad y el servidor público que la ordenó, exhibiéndosele, según corresponda, la orden emitida en su contra.³²

Lo anterior deriva del derecho que tiene el imputado a defenderse, el cual es parte del principio acusatorio que vimos anteriormente. Nadie puede defenderse

²⁹ Dictamen con Proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por el que se reforman diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados*, Año XI, número 2401-VIII, anexo VIII, del 12 de diciembre del 2007, pp. 28-29.

³⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 7, numeral 4.

³¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 20, fracción III.

³² Código Nacional de Procedimientos Penales, art. 113, fracción V.

de lo que no conoce.³³ Este derecho importa a todo el proceso penal, pero para la policía importa específicamente al momento de la detención; de manera que la policía debe comunicar siempre al detenido el motivo de la detención.

Derecho a no ser sometido a ningún trato indigno, cruel, degradante, tortura o intimidación

El *Informe de Acceso a la Justicia en México*, presentado con motivo del último Examen Periódico Universal de México (oct. de 2013), el cual es un mecanismo del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que se instauró desde abril de 2008 con la finalidad de revisar cada cuatro años y medio, las prácticas de derechos humanos de cada uno de los 193 Estados parte de la ONU, apunta:

A pesar de diversas reformas recientes en materia de justicia y derechos humanos, la impunidad en México continúa siendo una constante [...] La problemática se ha visto agravada en el actual contexto de inseguridad y violencia [...] la prevalencia de figuras que obstaculizan el acceso a la justicia y favorecen violaciones a los derechos humanos, tales como la persistencia del uso de la tortura como medio para obtener pruebas y confesiones, impiden que la justicia en México sea pronta y expedita de conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos.³⁴

El tema de la tortura en México ha sido ampliamente explorado, no es objetivo de este documento hacer un análisis de la tortura en el país, nos interesa solamente poner sobre la mesa que, a 6 años de la expedición de la RJP-08 y con varias sentencias condenatorias para el Estado mexicano de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, México no ha superado este tema, ni siquiera para cumplir con los estándares mínimos que los tratados internacionales exigen.

El Informe antes mencionado expone que, conforme a los informes anuales de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, desde el 2007, los casos de tortura han registrado un aumento superior al 500%, principalmente para obtener confesiones autoinculpatorias de vínculos con bandas delincuenciales.³⁵

Adicionalmente, existe un alto índice de impunidad por el delito de tortura, ya que entre 2005 y 2008, según este mismo reporte, sólo cuatro personas fueron sentenciadas por tortura. Este informe señala que la tortura y los malos tratos conti-

³³ J. I. Baños y F. Buján, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, p. 123.

³⁴ Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (CMDPDH)/Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia (IMDHD), *Acceso a la justicia en México: la constante impunidad en casos de violaciones a derechos humanos. Informe presentado ante el Consejo de Derechos Humanos con motivo del Examen Periódico Universal de México*, p. 2.

³⁵ *Idem*.

núan siendo ampliamente utilizados, particularmente, por las agencias de procuración de justicia y las policías judiciales al momento de la detención, y durante las primeras horas bajo custodia tanto a nivel estatal como municipal.³⁶

Por su parte, el reciente *Informe Final de la CIDH. "Situación General de Derechos Humanos en México- Marzo 2013"* señala que, en lo relativo al sistema de justicia penal, detenciones arbitrarias, uso sistemático de la tortura y presunción de culpabilidad, las instituciones de procuración de justicia en México en ningún momento se han consolidado como órganos regidos por el Estado de derecho, la investigación científica de delitos o la preparación de casos sólidos para el eventual proceso penal.³⁷

Este mismo documento señala que, a pesar de las RJP-08 y la reforma de derechos humanos del 2011, el Estado no ha tomado las acciones para instaurar el necesario cambio radical en el *modus operandi* de estas instituciones. Establece que se constata la impunidad, casi universal, para los responsables de actos ilícitos y, al mismo tiempo, la fabricación de culpables, haciendo que personas inocentes sean condenadas a pesar de pruebas de su inocencia.³⁸

La CIDH manifiesta que las personas detenidas sufren una serie de violaciones a sus derechos fundamentales, empezando por una detención arbitraria, muchas veces seguida por actos de tortura utilizados para obligar a la persona a firmar una declaración o confesión; un proceso penal caracterizado por una presunción de culpabilidad.³⁹

En realidad, si contrastamos lo anterior con las disposiciones jurídicas tanto de la CPEUM como del CNPP, podemos notar que aun y cuando la tortura y los tratos degradantes se encuentran prohibidos por ambos ordenamientos, y son tipificados como delito, hace falta mayor especificación, garantías y sanciones para evitar dichos tratos.

El CNPP sólo se limita a señalar que las personas detenidas también tienen derecho a no ser sometidas en ningún momento a técnicas ni métodos que atenten contra su dignidad, induzcan o alteren su libre voluntad.⁴⁰ Por su parte, de manera genérica, la LGSNSP establece como obligación de los cuerpos policiales, respetar los derechos fundamentales de las personas.

Evidentemente, cualquier violación a los derechos fundamentales de las personas, incluida la tortura y los tratos degradantes, nulifican cualquier actuación o prueba en el proceso penal.

³⁶ *Ibid.*, p. 7.

³⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Final de la CIDH. "Situación General de Derechos Humanos en México"*, marzo 2013, p. 10.

³⁸ *Idem.*

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ Código Nacional de Procedimientos Penales, art. 113, fracción VI.

Finalmente, y respecto de la prohibición de los tratos degradantes que tutelan la dignidad de la persona humana, la policía también debe observar, conforme al CNPP, que el detenido sea colocado en una celda en condiciones dignas y con acceso a aseo personal; que el mismo no se encuentre detenido desnudo o en prendas íntimas; incluso, a que se le provean prendas de vestir y tutelar el derecho a recibir atención clínica si padece alguna enfermedad física, se lesiona o parece estar sufriendo de algún trastorno mental.⁴¹

Derecho a comunicarse con quien desee, es decir, a no estar incomunicado

En concordancia, observamos este derecho en el artículo 20 de la CPEUM y también el artículo 113, fracción II, del CNPP, el cual establece que el imputado tiene derecho a comunicarse con un familiar y con su defensor cuando sea detenido, debiendo brindársele todas las facilidades para lograrlo.⁴² Asimismo el artículo 152 del mismo ordenamiento establece derechos adicionales del detenido, y aquí se establece el derecho del detenido a informar a alguien de su detención.⁴³

Este derecho va de la mano con lo que hemos comentado en el apartado anterior. La incomunicación, de cualquier tipo, es el método que origina la mayor parte de las violaciones a los derechos fundamentales de las personas por parte de la policía, y por esta razón se encuentra prohibida.

Derecho a que se le informen sus derechos

Para efectos del impacto en las funciones de la policía, que, como ya dijimos, es quien normalmente tiene el primer contacto con los detenidos, nos interesa este derecho, ya que será precisamente el policía que detiene al sospechoso del delito, quien deberá darle a conocer sus derechos.

En este sentido, el CNPP establece que, al momento de la detención de una persona, ésta tiene derecho a que se le informen los derechos que le asisten.⁴⁴ Dichos derechos son establecidos por el artículo 152 del CNPP, el cual obliga a las autoridades a que ejecuten una detención por flagrancia o caso urgente, a que se aseguren de que la persona detenida tenga pleno y claro conocimiento del ejercicio de los derechos ya citados.

Todos los derechos de las personas detenidas son garantías de las personas en general, son derechos públicos subjetivos y, como tales, establecen una obligación

⁴¹ *Ibid.*, artículo 52, fracciones IV, V, VI y VII.

⁴² *Ibid.*, artículo 113, fracción II.

⁴³ *Ibid.*, artículo 52, fracción I.

⁴⁴ *Ibid.*, artículo 113, fracción V.

a cargo de la autoridad que tiene la responsabilidad de respetar y tutelar dichos derechos.

En efecto, el artículo 149 del CNPP establece que si la detención no fue realizada conforme a lo previsto en la CPEUM y en el CNPP, el juez de control debe dejar en libertad inmediata a la persona y vigilar que se apliquen las sanciones disciplinarias o penales que correspondan.

Facultad investigadora de las policías

La exposición de motivos de la RJP-08 expresa que, conforme a los modelos más avanzados de investigación, corresponde a la policía realizar tareas fundamentales, como la conservación de la escena del crimen, recopilar en los instantes inmediatos posteriores a la comisión de aquél, datos o evidencias que serán imprescindibles para asegurar un proceso penal exitoso.⁴⁵

Así, se establece desde la CPEUM, en su artículo 2, la facultad investigadora de la que se inviste no sólo al MP, sino también a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función. Entendiéndose por policía, conforme al CNPP, tanto los cuerpos de policía especializados en la investigación de delitos como los cuerpos de seguridad pública cuando actúan para efectos de una investigación criminal.⁴⁶

La LGSNSP, en su artículo 41, deja perfectamente claro que, con independencia de que sea la policía ministerial o judicial a quien en principio corresponde la facultad investigadora, las demás policías, es decir, las preventivas, tienen también un papel fundamental en la investigación de los delitos.

La facultad de investigación policial ha quedado regulada en el artículo 32 del CNPP, disposición que establece las obligaciones de la policía relativas al procedimiento y proceso penal. La mayor parte de las obligaciones ahí establecidas se traducen en los actos que ya hemos analizado. Sin embargo, merece especial atención lo relativo a la obligación de preservar la escena del crimen y los elementos u objetos que en ella se encuentren.

En realidad, el éxito de la investigación procesal en el sistema acusatorio no se debe al sistema acusatorio mismo, sino a la investigación policial. Como hemos visto, el juicio policial funda la acusación del MP y al final, es el juicio policial el que se comprueba o rechaza a lo largo del juicio oral.

Efectivamente, el cuidado que debe tener la policía en la preservación del lugar de los hechos y en la realización de todos los actos necesarios para garantizar la in-

⁴⁵ Dictamen con Proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, p. 34.

⁴⁶ Código Nacional de Procedimientos Penales, art. 3, fracción xi.

tegridad de los indicios que en dicha escena se encuentren es fundamental para el buen desarrollo del proceso.

La tarea de preservación del lugar de los hechos e indicios es el primer eslabón de lo que se conoce como “cadena de custodia”, la cual es el método que dota de legalidad a las pruebas que se ofrecen en el juicio. Cuando una prueba o indicio no ha seguido la cadena de custodia, se duda de su veracidad, se puede presumir su manipulación y, por tanto, pierde su idoneidad como elemento probatorio.

Nos interesa aquí, sólo, resaltar la complejidad e importancia de este primer momento en la cadena de custodia, que es la preservación del lugar y los indicios encontrados en la escena de un probable crimen. Se trata de que los policías deben tener conocimientos especializados del manejo del área para no permitir su manipulación en tanto llegan los cuerpos especializados en recolección, levantamiento, embalaje y rotulado de los indicios que se encuentren.

De manera que la policía, cuando es la primera que llega a la escena, es responsable de la preservación y, por tanto, debe conocer los procedimientos generales y específicos que se utilizan para tal fin; el desconocimiento de la cadena de custodia no exime de responsabilidad al miembro de cualquier institución que los omite.

Consideraciones finales

En relación con los temas tratados, se debe considerar que la reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública del 2008 ha representado un avance sustancial en torno al tema de derechos fundamentales y seguridad ciudadana.

No obstante lo anterior, los esfuerzos en la transformación del sistema de justicia penal han estado orientados principalmente al Poder Judicial, a la defensoría de oficio y a las procuradurías; la policía ha sido la gran olvidada en este proceso y, cómo podemos observar, su participación es fundamental para la transformación del sistema de justicia penal mexicano en un sistema eficaz y garantista.

Los policías deben tener en cuenta y conocer la fundamentación de sus nuevas actuaciones; nos referimos a los principios que rigen el sistema procesal penal acusatorio y los derechos fundamentales y garantías que operan en relación con el procedimiento penal. Lo anterior permitirá que la policía ejerza sus actividades, cualquiera de ellas, con la mira puesta en estos principios, y por tanto, sea una policía con criterio propio, confiable, garante y eficaz.

Además de los conocimientos en materia de derechos humanos que deben tener los policías, es fundamental que se les capacite técnicamente en relación con el resguardo de pruebas y cadena de custodia. En el nuevo sistema, las pruebas son valoradas directamente por el juez, de ahí la importancia de que éstas sean preservadas íntegramente hasta el momento de su valoración.

Sólo a partir de la profesionalización y tecnificación de los miembros de las corporaciones policiales se logrará que la RJP-08 tenga éxito, ya que el MP y el juez construirán sus argumentos y dictarán sentencias a partir de los elementos que aporten los policías.

La revaloración, por parte de la sociedad, sobre la policía también es trascendental en este proceso, ya que, para que el sistema acusatorio funcione, debe estar legitimado socialmente, es decir, debe contar con la confianza ciudadana de que existe un efectivo acceso a la justicia; consideramos que esta revaloración debe tener los siguientes ejes:

- a) El compromiso institucional de una capacitación eficaz y completa que responda a las necesidades policiales del nuevo sistema y genere confianza ciudadana.
- b) El compromiso institucional de combatir la corrupción dentro de los cuerpos policiales.
- c) La socialización y publicidad de una nueva imagen policial, que inspire confianza a la ciudadanía.
- d) El compromiso institucional de dotar a los miembros de las instituciones policiales de sistemas de seguridad y garantías sociales especiales que los protejan en sus bienes y familias, rompiendo con ello el círculo vicioso de la marginación en que la mayoría de ellos viven.

Por compleja que se revele la actuación de la policía frente al nuevo proceso penal acusatorio mexicano, se debe comprender que se trata de un mandato que ya está plasmado en nuestro máximo ordenamiento jurídico y, conforme a la máxima democrática de vivir en un Estado constitucional y democrático de derecho, este mandato debe ser atendido y cumplido por el Estado.

Para el cumplimiento de este mandato es, también, de vital importancia la participación de la sociedad civil organizada como observadora de los procesos y denunciante de los abusos, así como el trabajo comprometido y objetivo de las instancias académicas especializadas en el país para realizar estudios serios, tanto de estrategias para la implementación y logro de los cambios necesarios, como para la medición de la eficacia de las disposiciones que aquí hemos mencionado.

Bibliografía

Baños, Javier Ignacio y Fernando Buján, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Lajouane, 2009.

Comisión Interamericana de Derecho Humanos, *Informe sobre seguridad ciudadana y derecho humanos*, 31 de diciembre de 2009.

- _____, *Informe Final de la CIDH. “Situación General de Derechos Humanos en México”*, marzo 2013.
- _____, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, OEA/CIDH, 30 de diciembre de 2013.
- Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (CMDPDH), Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia (IMDHD), *Acceso a la justicia en México: la constante impunidad en casos de violaciones a derechos humanos. Informe presentado ante el Consejo de Derechos Humanos con motivo del Examen Periódico Universal de México*, México, Observatorio Ciudadano del Sistema Penal, octubre de 2013.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, 9a. ed., España, Trotta, 2009.
- Rodríguez-Morales, Alejandro J., “Dimensionamiento del rol de los cuerpos policiales en un sistema penal de carácter garantista”, en *Revista Criminología*, vol. 52, núm. 1, Colombia, Policía Nacional/Dirección de Investigación Criminal/Interpol, junio 2010, pp. 351-362
- Zafarroni, Eugenio Raúl, Fernando Tenorio Tagle, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de derecho penal mexicano. Parte general*, México, Porrúa, 2013.

Legislación, dictámenes legislativos y jurisprudencia citada

- Código Nacional de Procedimiento Penales.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, suscrita el 22 de noviembre de 1969, ratificada por el Estado mexicano el 3 de febrero de 1981
- Decreto por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales, *Diario Oficial de la Federación* del 5 de marzo de 2014.
- Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio del 2008.
- Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos, por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales, *Gaceta del Senado*, núm. 67, LXII Legislatura, jueves 5 de diciembre de 2013.
- Dictamen con Proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por el que se reforman diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Dipu-*

tados, año XI, núm. 2401-VIII, anexo VIII, del 12 de diciembre del 2007, pp. 28-29.

Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

Minuta con Proyecto de Decreto por el que se reforman diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados*, año XI, núm. 2450-IV, anexo IV, del 21 de febrero del 2008.

Tesis Aislada 1a. Sala CLXXV/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XX, Tomo 1, mayo de 2013, p. 535, registro: 2003545.

UN ACERCAMIENTO A LOS RETOS DE LOS JUECES MEXICANOS ANTE EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD/CONVENCIONALIDAD

*Christian Benítez Núñez**

Introducción

En los últimos años dos acontecimientos provocaron importantes transformaciones en nuestro sistema jurídico, el primero de ellos fue la condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Estado mexicano en el caso *Rosendo Raddilla*, de fecha 23 de noviembre de 2009, y en segundo lugar, la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, que trajo consigo la ampliación del catálogo de los derechos humanos al reconocer la pluralidad de sus fuentes, y por tanto, un nuevo parámetro de regularidad constitucional.

En consecuencia, durante los últimos tres años la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha ido abandonando –con evidente resistencia– los criterios restrictivos respecto a la defensa constitucional llevada a cabo por los jueces locales ante la vigencia de un modelo difuso de control constitucional/convencional, implicando con ello una serie de retos a vencer en la impartición de justicia en nuestro país.

Por tales motivos, durante el desarrollo de la presente exposición pretendo responder a los cuestionamientos respecto a: ¿es determinante el rol de la Suprema Corte en la consolidación de las transformaciones constitucionales? ¿Se encuentran preparados los juzgadores locales para llevar a cabo un control difuso de constitucionalidad? ¿Cuáles son los principales retos para la defensa constitucional mediante el control difuso? Invitando al lector a llevar a cabo un análisis crítico de los planteamientos que aquí encontrará.

* Licenciado y maestro en Derecho, becario del Conacyt del programa de estudios del Doctorado en Derecho y Globalización, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, con estancia de investigación en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia-sede Bogotá.

La reforma constitucional en tiempos de crisis

En primer lugar, conviene precisar que nos encontramos próximos a celebrar un siglo de vigencia de nuestra actual Constitución, toda vez que fue promulgada el 5 de febrero de 1917, sin que ello signifique que haya escapado de la tradición reformadora de la que muchos países de América Latina han conocido a lo largo de su historia constitucional, lo anterior en virtud de que al día de hoy ha sufrido un total de 618 reformas.¹

Ahora bien, retomando la expresión de Diego Valadés respecto a que “en un 5 de febrero conviene preguntar si la Constitución, además de cumplir años, cumple también sus funciones”;² la respuesta tristemente apunta a que aún se encuentra muy distante de las aspiraciones que guardan cada uno de sus artículos, es decir, por una parte la eficaz tutela de los derechos humanos y por otra, la verdadera división de poderes y la sujeción de sus titulares al texto constitucional.

Un ejemplo de lo anterior son las alarmantes cifras de violencia en nuestro país, tal es el caso de las 249 desapariciones forzadas documentadas por Human Rights Watch durante el gobierno del expresidente Felipe Calderón, que representan sólo 1% de las 25 000 personas desaparecidas de acuerdo con informes presentados por la Procuraduría General de la República (PGR),³ así como el elevado número de víctimas de la guerra contra el narcotráfico, estimándose por el actual secretario de Gobierno alrededor de 70 000 muertes.⁴

En medio de esta crisis es promulgada la reforma en materia de derechos humanos, que ciertamente no tuvo su origen en un simple arrebato del legislador en busca de una mayor legitimidad ante la sociedad, sino que se derivó de una serie de recomendaciones de organismos internacionales, así como de propuestas de la academia, mismas que comenzaron a trabajarse desde 2006,⁵ teniendo como finalidad “dotar a la Constitución de los elementos y mecanismos necesarios para garantizar la máxima protección de los derechos humanos, así como dar cumplimiento a las obligaciones internacionales”.⁶

Por tal razón, la Constitución, en su artículo 1o., anteriormente dispuso “todo individuo gozará de las garantías individuales que otorga esta Constitución”, mientras que hoy establece “todas las personas gozarán de los derechos humanos reco-

¹ <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm>, consulta: 6 de septiembre de 2014.

² Diego Valadés, “La Constitución reformadora”, en Diego Valadés y Raúl González (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, IJ-UNAM, 2013, p. 21.

³ Human Rights Watch, *Los desaparecidos en México. El persistente costo de una crisis ignorada*, Estados Unidos, s.e., 2013, pp. 3 y 4.

⁴ Véase <<http://www.proceso.com.mx/?p=333688>>, consulta: 6 de septiembre de 2014

⁵ *Proceso legislativo de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011*, p. 8.

⁶ *Ibid.*, p. 257.

nocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales” Es decir, que pasamos de un otorgamiento a un reconocimiento no de garantías, sino de derechos. Al llegar a este punto, he de advertir que en el lenguaje político común se habla de *garantías* de manera imprecisa, toda vez que se llega a decir que un derecho se encuentra *garantizado* por el simple hecho de encontrarse proclamado en un texto constitucional, trayendo como consecuencia la no distinción entre la atribución de un derecho y la protección del derecho mismo,⁷ imprecisión que constitucionalmente ha quedado superada.

Sin lugar a dudas, la reforma al artículo 1o. constitucional comprende cuestiones relativas a una moderna apreciación conceptual y práctica de los derechos humanos en las que el Estado mexicano se encuentra obligado –nacional e internacionalmente– a respetar una serie de principios, mismos que serán desarrollados en los siguientes apartados.

Principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad

La reforma constitucional antes precisada no debe entenderse simplemente como una extensión de derechos humanos, toda vez que al mismo tiempo se incorporó una serie de principios, mismos que delinear la manera de cómo deben entenderse y protegerse los derechos humanos por parte de absolutamente todas las autoridades del Estado, independientemente de su orden vertical u horizontal, sin que puedan excusarse de su cumplimiento. Al respecto, Carbonell Sánchez ha precisado que “lo que hizo la reforma de 2011 fue poner en el centro de la actuación del Estado mexicano a los derechos fundamentales, incluso por encima del esquema de distribución de competencias, que es connatural a la estructuración federal de nuestro país.”⁸

Una vez descrito lo anterior, he de comenzar con el *principio de universalidad*, el cual implica que “los derechos humanos corresponden a todas las personas, y todas las personas tienen igual condición respecto a esos derechos.”⁹ De manera idéntica, el Constituyente permanente especificó que este principio atiende a que los derechos humanos corresponden a todas las personas por igual, sin que exista distinción alguna por género, raza, origen étnico o nacionalidad, recalcando que este principio se convierte en fundamental, toda vez que a partir de él se reco-

⁷ Riccardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, p. 227.

⁸ Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IJ-UNAM, 2011, p. 70.

⁹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Diagnóstico sobre la situación de los Derechos Humanos en México*, México, Mundi-Prensa, 2003, p. 20.

noce igual dignidad a todas las personas.¹⁰ Este principio ha sido también delineado por el Poder Judicial federal, que ante la vigencia de los principios constitucionales, “la valoración de los derechos fundamentales queda vinculada a la premisa de que deben respetarse en beneficio de todo ser humano, sin distinción de edad, género, raza, religión, ideas, condición económica, de vida, salud, nacionalidad o preferencias (universalidad)”.¹¹

En consecuencia, he de afirmar que la universalidad de los derechos humanos no se podría atender sin tomar en cuenta tanto el principio de igualdad como el de no discriminación, para garantizar un pleno alcance a todos los titulares de derechos humanos. No obstante que este principio sea la más elemental de las obviedades morales, recibe un singular rechazo en la cultura intelectual, moral y política de los Estados más poderosos.¹²

Asimismo, por cuanto al *principio de interdependencia*, éste “consiste en que cada uno de los derechos humanos se encuentran ligados unos a otros y entre sí”.¹³ Podemos entender los derechos en un ámbito de coexistencia, que de afectar o restringir un derecho en específico, de manera inmediata se afecta a los siguientes, asimilándolo a una *efecto dominó*, toda vez que en éstos existen relaciones de reciprocidad, en que los derechos tienen un mismo valor independientemente de su naturaleza. Por ello no deben entenderse éstos de manera aislada, se debe reconocer otro principio adicional de *indivisibilidad*. De esa manera, Antonio Blanc precisa que “la existencia real de cada uno de los derechos humanos sólo puede ser garantizada por el reconocimiento integral de todos ellos”.¹⁴

En concordancia, el *principio de indivisibilidad* se puede apreciar en dos sentidos: “En primer lugar, no hay una jerarquía entre diferentes tipos de derechos. En segundo lugar, no se pueden reprimir algunos derechos para promover otros”,¹⁵ ya que el cumplimiento de tales prerrogativas debe llevarse a cabo de manera conjunta, sin exclusión alguna, toda vez que representan una misma construcción.

Al llegar a este punto, he de señalar que estos principios no son una creación novedosa del Constituyente permanente, sino que se adoptan del derecho internacional, tal como se puede observar en la Declaración y Programa de Acción de Vie-

¹⁰ *Proceso legislativo de la reforma constitucional...*, p. 295.

¹¹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XXI, junio de 2013, Tomo 2. Décima Época, Segundo Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Cuarto Circuito, Tesis: IV. 20.A.15 K, p. 1289.

¹² Noam Chomsky, *Estados fallidos. El abuso del poder y el ataque a la democracia*, Barcelona, España, Diario Público, 2010, p. 109.

¹³ *Proceso legislativo de la reforma constitucional...*, p. 295.

¹⁴ Antonio Blanc Altemir, “Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal”, en *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, España, Universitat de Lleida/Tecnos/ANUE, 2001, p. 31.

¹⁵ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Diagnóstico sobre la situación de los...*, p. 20.

na respecto a que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándole a todos el mismo peso”.¹⁶ Apreciándose así una armonía y reiteración normativa nacional en relación con el orden internacional al cual nos encontramos obligados.

Finalmente, por cuanto al *principio de progresividad*, me gustaría establecer como su punto de partida *el presente*, y que atendiendo a que vivimos un dinamismo y lo único que permanece es la transformación, el Estado se encuentra obligado en todo momento a la adecuación normativa y realización de nuevas prácticas a fin de impedir un retroceso o paralización de la protección eficaz de las personas. Precisa el Constituyente permanente que dicho principio establece la obligación al Estado de procurar todos los medios posibles para su satisfacción en cada momento histórico.¹⁷

Principio *pro persona*

De igual manera, otro principio fundamental de la reforma en materia de derechos humanos es el denominado *principio pro persona*, establecido en el párrafo segundo del artículo 1o., imponiendo la obligación a todas las autoridades de realizar una interpretación de las normas relativas a derechos humanos de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales, en la que deberá favorecerse en todo momento “la protección más amplia de las personas”, adoptándose un modelo de interpretación *más favorable*, mismo que se complementa con los principios antes expuestos.

En ese mismo sentido, los criterios pronunciados por el Poder Judicial federal han especificado que este principio “conlleva a que si en los instrumentos internacionales existe una protección más benéfica para la persona respecto de la institución jurídica que se analice, ésta se aplique”.¹⁸ Se ha destacado que lo anterior no implica que dejen de observarse los diversos principios constitucionales y legales que rigen la función jurisdiccional –legalidad, igualdad, seguridad jurídica, debido proceso, acceso efectivo a la justicia, cosa juzgada–, ya que de hacerlo se provocaría un estado de incertidumbre en los destinatarios de tal función. Por tal razón, a partir de este criterio debemos entender al principio *pro persona* como una *pauta de actuación* de toda autoridad, misma que se adhiere a otras tantas ya existen-

¹⁶ Organización de las Naciones Unidas, Declaración y Programa de Acción de Viena, junio 1993, párr. 5.

¹⁷ *Proceso legislativo de la reforma constitucional...*, p. 296.

¹⁸ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XIV. Décima Época, Segunda Sala, Tesis Aislada 2a. LXXXII/2012, p.1587.

tes en el texto constitucional y, por tanto, este principio no debe ser invocado para dejar de cumplir con las disposiciones del orden jurídico.¹⁹

De manera muy similar, la primera sala de la SCJN, en la jurisprudencia cuyo rubro “PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE”;²⁰ estableció que el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias de los derechos humanos, siendo la primera de ellas la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la segunda los tratados internacionales celebrados por nuestro país, siendo éstas, normas supremas de todo el orden jurídico mexicano, y por tanto, ante el supuesto de que ambas reconozcan un mismo derecho fundamental, la norma aplicable al caso concreto será aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción, de acuerdo con el principio *pro persona*.²¹

Enfatizo que este principio no sólo tiene aplicación cuando las dos fuentes de derechos humanos en nuestro país reconozcan un mismo derecho, sino que también cuando estas mismas se encuentren en conflicto de acuerdo con sus contenidos, se deberá aplicar aquella que mejor proteja a las personas. De manera atinada, Reyes Barragán afirma que “cuando la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados de derechos humanos entren en conflicto de normas o sean antinómicas, el principio fundamental para resolver la situación es proteger al individuo en el sentido más amplio”.²² Lo que implica que el punto más alto de cualquier sistema jurídico es la dignidad humana.

Principio de interpretación conforme

El desarrollo de los principios incorporados a nuestra Constitución sería incompleto si no se hiciera referencia al *principio de interpretación conforme*, precisando que el Constituyente permanente manifestó que ante la incorporación de los derechos de fuente internacional al orden interno y advirtiendo posibles conflictos en un momento determinado entre estos órdenes, tuvo que aprovechar la experiencia del derecho comparado agregando este principio “de subsidiariedad”

¹⁹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro xv, Diciembre de 2012, Tomo I, Décima Época, Primera Sala, Tesis aislada 1a. CCLXXVI/2012, p. 530.

²⁰ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Primera Sala, Jurisprudencia, 1a./J. 107/2012, p. 799.

²¹ Adviértase que los criterios aquí señalados corresponden a las dos salas de la SCJN, y que en discusión en pleno –como se podrá apreciar más adelante– sus integrantes distorsionaron el alcance de este principio que previamente ya habían precisado.

²² Ladislao Reyes Barragán, “El impacto de la globalización, en la administración de justicia y los derechos humanos”, en Eduardo Oliva Gómez (comp.), *Los impactos de la globalización en los sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Sistemas Jurídicos Contemporáneos, 2013, p. 125.

mediante el cual el intérprete podría llevar a cabo una armonización de las disposiciones en conflicto.²³

Por su parte, el juez Ferrer Mac-Gregor precisa que la cláusula de interpretación conforme representa “la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales”.²⁴ Siendo entonces que a partir de la instauración de esta técnica se puede garantizar una mayor eficacia y protección de los derechos humanos ante la posibilidad de armonizar y no simplemente expulsar o inaplicar.

Asimismo, la SCJN, al resolver el expediente varios 912/2010,²⁵ estableció una serie de precisiones respecto a este principio: en primer lugar, los jueces deben realizar una interpretación conforme en *sentido amplio*, es decir, deberán interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Posteriormente determinó que de encontrarse ante *la existencia de varias interpretaciones válidas*, los juzgadores deberán optar por aquella que hace a la ley –sujeta a análisis– acorde a los derechos humanos para evitar vulnerar el contenido esencial de éstos. Finalmente, se presenta una tercera situación, en el caso en que no sea posible llevar a cabo una interpretación de acuerdo con lo establecido en los dos párrafos que anteceden, el juzgador deberá inaplicar la ley, fortaleciendo el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales.

De manera similar, la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que el principio de interpretación conforme es aquel mediante el cual se armoniza la ley con la Constitución, eligiendo entre varias posibilidades interpretativas el significado que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución, conservando así la validez de una ley que, de otra forma, debería ser declarada inconstitucional.²⁶ Se debe señalar que el Estado colombiano, frente a México, tiene una gran ventaja en materia de derechos humanos, toda vez que desde la vigencia de la Constitución de 1991 ya se había previsto la existencia de un bloque de constitucionalidad, y los tribunales, mediante sus sentencias, han venido reiterando la vigencia de este parámetro de regularidad.²⁷

²³ *Proceso legislativo de la reforma constitucional...*, pp. 293 y 294.

²⁴ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. Un nuevo paradigma para el juez mexicano”, en M. Carbonell y P. Salazar (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos...*, pp. 357 y 358.

²⁵ *Diario Oficial de la Federación*, 4 de octubre de 2011.

²⁶ Sentencia C-878/11. 22 de noviembre de 2011.

²⁷ Véase Christian Benítez Núñez, “México-Colombia: dos décadas de distancia del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Revista Derecho y Sociedad*, vol. 6, núm. 1, enero-diciem-

Ciertamente estos principios transforman la manera en que se deberá administrar la justicia y los razonamientos y fundamentación que todo juzgador debe tomar en cuenta al momento de dictar sus resoluciones, ya que es evidente que en un primer momento este operador deberá ubicar las normas aplicables en materia de derechos humanos y optar por aquella que ofrezca una mayor protección a la persona, todo lo anterior ante la interpretación misma de la norma. En ese sentido, Rojas Caballero precisa que “ahora, los problemas en las fuentes no son de jerarquía o formales, sino más bien materiales, en cuanto que es imprescindible ubicar y aplicar la regla de interpretación que sea más favorable”.²⁸

Al llegar a este punto, es evidente que estos dos principios adquieren una gran importancia para toda la actividad del Estado, sobre todo la relacionada con las decisiones judiciales, por lo que desde nuestra perspectiva resulta conveniente enfatizar sobre su aplicación en nuestro sistema jurídico de la manera siguiente:

PRINCIPIO	APLICACIÓN
Pro persona	Ante el supuesto de que un derecho fundamental se encuentre reconocido en dos fuentes, la norma aplicable será aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción
Interpretación conforme	<ol style="list-style-type: none"> 1) Toda autoridad deberá interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales. 2) Cuando existan varias interpretaciones válidas, aplicará aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos. 3) En el supuesto de que no sea posible llevar a cabo una interpretación de acuerdo con los derechos humanos contenidos en el parámetro de regularidad constitucional, se deberá inaplicar la ley o en su caso realizar la declaración de inconstitucionalidad.

Discusión en el interior de la SCJN sobre la jerarquía de tratados internacionales en el orden jurídico interno

Una vez que el Estado mexicano fue condenado por la Corte IDH en el caso *Rosendo Radilla* y a partir de la entrada en vigor de la reforma en materia de derechos humanos, en nuestro país se intensificaron las grandes interrogantes sobre el parámetro de regularidad de los actos de toda autoridad, es decir, el operador de derecho ya no sólo debía atender al orden jurídico interno, sino que también tenía

bre, Bogotá, Colombia, 2013, pp. 136-151.

²⁸ Ariel Alberto Rojas Caballero, *Los derechos humanos en México*, México, Porrúa, 2012, p. 38.

la obligación de atender las reglas del derecho internacional vigentes en nuestro país.

En ese sentido, el 12 de marzo de 2012 se llevó a cabo la primera sesión pública ordinaria del pleno la SCJN, en la que se discutió la contradicción de tesis 293/2011, la cual versó sobre dos posiciones que se han de considerar de gran trascendencia para la impartición de justicia en México:

- a) La determinación de la existencia, o no, de un bloque de constitucionalidad a partir de la reforma en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011.
- b) La precisión del valor de la jurisprudencia de la Corte IDH en los asuntos en que el Estado mexicano no sea parte.

Ahora bien, el ministro Zaldívar, a quién correspondió el proyecto, sostuvo al inicio de la sesión respecto de las tesis descritas con anterioridad, que “si bien están íntimamente relacionadas, estar de acuerdo con la primera no implica necesariamente estarlo con la segunda, ni viceversa”.²⁹ Sin embargo, desde una perspectiva crítica, dicha afirmación no podría considerarse como correcta, ya que al aceptar una jerarquía igualitaria de la Constitución y de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, implica que “el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.³⁰

Fue entonces que a lo largo de 8 sesiones de pleno, que comprendieron del 12 de marzo de 2012 al 3 de septiembre de 2013, los once ministros de la SCJN expresaron argumentos en contra y a favor respecto de las posiciones antes señaladas, por lo que me pareció imprescindible rescatar algunas intervenciones que desde la perspectiva personal contradicen los principios de la reforma en materia de derechos humanos desarrollados cuidadosamente en apartados anteriores, las cuales se presentan de la siguiente manera:

²⁹ Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el lunes 12 de marzo de 2012, pp. 23 y 24.

³⁰ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párrafo 124.

MINISTRO	CRITERIO
Salvador Aguirre Anguiano	“Cuando hablamos de ‘bloque de constitucionalidad’ hay que sacarle la vuelta como a la peste, no tiene nada que ver con nuestro sistema”. ³¹ “No puedo estar de acuerdo en que para obviar el principio de subsidiariedad a fuerzas los jueces nacionales y todas las autoridades del país, tengan que soplarse el estudio dual”. ³²
Luis María Aguilar Morales	“Para mí no existe esta preeminencia de los tratados internacionales [...] no estoy de acuerdo con la premisa fundamental en que se sostiene que hay derechos humanos no previstos en la Constitución pero sí en los derechos internacionales”. ³³ “La llamada Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues es una cuestión en todo caso desde un punto de vista o un concepto doctrinal, porque no hay ninguna disposición en el Pacto de San José, ni aun en el Estatuto de la Corte Interamericana que nos defina qué debe entenderse por jurisprudencia”. ³⁴
José Fernando Franco González Salas	“Siempre me he separado de la expresión ‘bloque de constitucionalidad’ no voy a insistir en los argumentos”. ³⁵
Guillermo I. Ortiz Mayagoitia	“Todavía le llaman jurisprudencia a cualquier parrafito de cualquier resolución”. ³⁶
Margarita Beatriz Luna Ramos	“Y si la SCJN va a interpretar por el principio pro homine que debe de dejar de aplicar una disposición constitucional, por la aplicación de un tratado, igualmente está usurpando la facultad del Constituyente permanente, porque la modificación constitucional solamente es facultad de ellos”. ³⁷
Jorge Mario Pardo Rebolledo	“Considero que no es posible dejar de aplicar una norma constitucional que contenga una restricción expresa en aras de la aplicación del principio pro-persona”. ³⁸

³¹ Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el lunes 12 de marzo de 2012, p. 32.

³² *Ibid.*, p. 34.

³³ *Ibid.*, pp. 39 y 40.

³⁴ Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 13 de marzo de 2012, p. 38.

³⁵ *Ibid.*, p. 17.

³⁶ *Ibid.*, p. 42.

³⁷ Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 27 de agosto de 2013, p. 25.

³⁸ Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 26 de agosto de 2013, p. 41.

Finalmente, el 3 de septiembre de 2013, después de llevar a cabo las votaciones respectivas, se establecieron los siguientes criterios:

Los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional.³⁹

La jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona.⁴⁰

Cabe destacar que al cierre de la discusión el ministro ponente señaló que todos los argumentos y las conclusiones a las que se llegaron al resolver dicha contradicción de tesis representan una *plataforma de entendimiento inicial y común* que no implica un retroceso, ya que se ha establecido –al igual que la sentencia del caso *Radilla*– un punto de partida para el desarrollo de los criterios jurisdiccionales.⁴¹

A pesar de estos argumentos persuasivos, el ministro ponente evidencia que en el pleno de la Corte, a pesar de que este cambio de paradigma se dio hace más de dos años, “no hemos sido capaces de aterrizar a los jueces el sentido de la reforma porque ya no tendríamos que estar hablando de reforma”.⁴² Confirmando con ello la validez de la crítica de Francisca Pou Giménez respecto a que la Corte en los últimos años ha dedicado una cantidad de tiempo desproporcionada a discusiones abstractas sobre los principios de la reforma, la jerarquía de los derechos y sus restricciones, pero ante la necesidad de la transformación ha llegado el momento de superar estos temas.⁴³ Siendo difícil no adherirse a dicha crítica, toda vez que resulta evidente que la Corte no ha optimizado el valioso tiempo desde 2011 y que además al menos seis de sus ministros han dejado de atender el espíritu del Constituyente permanente que se encuentra descrito claramente en cada uno de los dictámenes del proceso legislativo, siendo entonces unos ignorantes o, peor aún, unos corruptos.

El argumento anterior refuerza lo que años atrás Courtis ya había precisado respecto a que era conveniente revisar la aplicación de normas internacionales por parte de la judicatura, toda vez que éstas forman parte del derecho interno de acuerdo con el esquema constitucional. Sin embargo, atendiendo a la casi inexistente fundamentación en el derecho internacional por parte de los jueces, realiza

³⁹ Se aprobó por unanimidad de diez votos.

⁴⁰ Se aprobó por unanimidad de once votos.

⁴¹ *Ibid.*, p. 22.

⁴² *Ibid.*, p. 23.

⁴³ Francisca Pou Giménez, Panel V. *Desafíos de derechos humanos: la prevención y eliminación de la violencia contra las mujeres y las niñas*, en el Seminario “Diálogo Jurisprudencial e Impacto de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, México, 11 de octubre de 2013.

una fuerte crítica al señalar que “hasta hoy han mostrado una gran renuencia en considerar argumentos basados sobre esos tratados y mucho más en emplear los criterios de interpretación generados por órganos internacionales de supervisión de cumplimiento”.⁴⁴ Siendo completamente vigente el argumento que ocho años atrás había sido publicado, y que previó la resistencia por parte de la SCJN de reconocer una misma jerarquía a los tratados de derechos humanos celebrados por el Estado mexicano, así como adoptar los criterios interpretativos de tribunales internacionales; de manera precisa, el maestro R. Manrique Molina ha advertido que estas prácticas indudablemente impactan de manera directa y negativa en las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos.⁴⁵

Para concluir, resulta evidente que la SCJN, mediante esta resolución, no hizo más que precisar lo que la reforma constitucional de junio de 2011 ya había establecido respecto a que los derechos humanos de fuente nacional e internacional conformaban un nuevo parámetro de regularidad de todos los actos de la autoridad. Sin embargo, a mi parecer, una vez que se estableció el criterio mayoritario respecto a que ante la existencia de una restricción a los derechos humanos que estuviese prevista en la Constitución se dejaría de observar el principio *pro persona*, me lleva a sostener que esta reforma no tendrá los alcances de protección que con tanto fervor se proclamaban, a menos que se abandone este criterio restrictivo, regresivo y contradictorio.

No cabe duda que si en verdad aspiramos a convertirnos en un Estado democrático, se debe tener presente que los jueces constitucionales no pueden ni deben ser inmunes a los controles del poder, toda vez que existe una gran diferencia entre el deber de garantizar que “el juego se desarrolle en el marco de las reglas” y no para dictarlas o desviarlas como es el caso que nos ocupa, ya que como bien lo precisa Salazar: “Además de cuidarnos del político demagogo [...] tendremos que resguardarnos del jurista educado que, desde la silla de un tribunal, esquiva la mirada para ocultarnos sus ambiciones de poder”.⁴⁶

Por tanto, se debe dejar atrás la utilización de formulismos extremos en la protección de los derechos humanos. Se debe superar ese aparente nacionalismo que ya no responde a las necesidades de un mundo globalizado. Resulta necesario transitar de un modelo de jerarquías y fronteras nacionales a un modelo establecido por la nueva antropología constitucional que permite el diálogo de las instancias judiciales locales e internacionales. Y finalmente, todos los miembros que

⁴⁴ Christian Courtis, “La legitimidad del Poder Judicial ante la ciudadanía”, en Rodolfo Vázquez (comp.), *Corte, jueces y política*, México, Fontamara, 2007, pp. 58 y 59.

⁴⁵ Filiberto R. Manrique, “América Latina/México-Colombia: hacia la construcción de un procedimiento de recepción de sentencias de los tribunales supranacionales”, en *Revista Derecho y Sociedad*, vol. 6, núm.1, Universidad INCCA de Colombia, Bogotá, Colombia, enero-diciembre, 2013, p. 122.

⁴⁶ P. Salazar, “Justicia constitucional y democracia: el problema de la última palabra”, en R. Vázquez (comp.) *Corte, jueces y política*, pp. 49 y 50.

conforman el Poder Judicial, tanto de competencia federal como local, deben explotar todas las potencialidades de los principios de la interpretación conforme y pro persona, atendiendo a la necesidad de progresividad y protección efectiva.

Sistemas y modelos de control de constitucionalidad

Al llegar a este apartado, he de insistir que todo lo expuesto anteriormente respecto a la vigencia de un parámetro de regularidad constitucional y un conjunto de principios, impacta de manera directa en la forma en que todos los jueces deben impartir justicia y su papel como guardianes de la Constitución. Por tal motivo, es necesario adentrarnos en el tema de *los sistemas de control de constitucionalidad*, precisar algunas diferencias entre éstos y *los modelos de control* que se han desarrollado a lo largo de la historia del constitucionalismo, ya que de no hacerlo corremos el riesgo de caer en algunos errores, pues comúnmente llegan a ser expresados como sinónimos.

Ahora bien, he de señalar que por *sistema de control de constitucionalidad* debe entenderse al conjunto de normas que se encuentran en el derecho positivo y que son propias de cada orden jurídico, mediante las cuales la autoridad lleva a cabo el control de regularidad constitucional.⁴⁷ Siendo entonces que cuando nos referimos a un *sistema de control*, hemos de considerar todas las normas mediante las cuales la autoridad lleva a cabo ese estudio de las leyes que pudiesen advertirse de inconstitucionales, con el fin de declarar su invalidez o dejarlas de aplicar según sea el caso; es decir, “el control de constitucionalidad representa un remedio frente a una patología o gravedad del sistema jurídico”,⁴⁸ el cual, al traducirse en una acción que corrige la deficiencia de otro poder, no siempre se acepta de la mejor manera.

Por otra parte, cuando nos referimos a *modelos de control constitucional*, debemos entender éstos como la manera en que en los diversos órdenes jurídicos se lleva a cabo el control de regularidad constitucional,⁴⁹ es decir, de manera *difusa* o de manera *concentrada*, lo cual implica que cada uno de estos modelos guarda características esenciales que en un primer momento permiten distinguir de forma inmediata a uno de otro, sin embargo, poco a poco se han ido atenuando, o bien, combinando dichas características, lo cual nos obliga a destacar que en las últimas décadas estos modelos se han acercado sutilmente.

⁴⁷ José Ramón Cossío Díaz, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, México, IJ-UNAM, 2011, p. 5.

⁴⁸ Ricardo Dalla Via, “Modelos, tribunales y sentencias constitucionales”, en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer y Mariela Morales (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización*, México, IJ-UNAM/Max Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht/Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, p. 456.

⁴⁹ J. R. Cossío Díaz, *Sistemas y modelos de control constitucional...*, p. 6.

Al respecto, Elena Highton destaca que en el modelo difuso de constitucionalidad se deja en manos de todos los jueces del Poder Judicial la tarea de interpretar y aplicar la ley en el caso concreto, siempre obligados a cumplir con el deber de respetar en sus sentencias el principio de supremacía constitucional, y por tanto, al conferírseles la tarea de control, absolutamente todos se convierten en jueces de legalidad y de constitucionalidad, dejando en claro que sus decisiones sólo tienen efectos interpartes, pudiendo llegar a constituir un precedente con fuerza diversa según sea el caso y siendo tan legítima como la del Tribunal Superior.⁵⁰

En ese mismo sentido, en este modelo de control se pueden apreciar las características de *incidental*, ya que el problema respecto a la constitucionalidad de una norma surge a partir de una controversia relativa a cualquier materia de la que el juzgador tiene conocimiento, a su vez, es *especial* debido a que las decisiones del juzgador surten efectos interpartes, y finalmente, *declarativo* ya que la resolución se habrá de limitar a clarificar una situación jurídica controvertida.⁵¹

Ahora bien, por cuanto corresponde al control concentrado, Highton señala de manera idéntica que el modelo europeo centraliza el ejercicio del control de constitucionalidad en un único órgano, el cual no forma parte del Poder Judicial, sino que se encuentra fuera de su estructura normativa y al cual se le denomina Tribunal Constitucional, sin embargo, realiza la observación de que en América existe un modelo concentrado que instala dentro del Poder Judicial a jueces especializados cuya actuación, ya sea en sala, como corte independiente o como el máximo órgano de justicia nacional, tiene la función de controlar la constitucionalidad, es decir, que representa el único organismo que tiene la palabra final sobre la interpretación constitucional, aun permitiendo la vigencia de un control difuso de los jueces comunes u ordinarios, tal como recientemente ha sucedido en nuestro país.⁵²

Se destaca entonces que la diferencia, desde el punto de vista teórico, entre estos dos modelos de control constitucional consiste en que, si bien es cierto que ambos generan y aplican derecho, en el modelo difuso sólo origina actos individuales, mientras que en el modelo concentrado, al aplicar la Constitución a un acto de producción legislativa y al proceder a la anulación de la norma constitucional, no simplemente desaplica, sino que realiza un acto contrario a la producción jurídica.⁵³

Ahora bien, en este modelo se aprecian las características de *principal* ya que el punto a resolver es la controversia misma; por otra parte, es general por cuanto al alcance del fallo ya que expulsa a la norma del sistema jurídico siendo sus efectos *erga omnes*, y finalmente, constitutivo ya que los fallos fijan una nueva situa-

⁵⁰ Elena Highton, "Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad", en A. von Bogdandy, E. Ferrer y M. Morales (coords.) *La justicia constitucional y su internacionalización*, pp. 108-111.

⁵¹ J. R. Cossío Díaz, *Elementos de derecho procesal constitucional*, 2a ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012, p. 27.

⁵² E. Highton, "Sistemas concentrado y difuso de control...", en *op. cit.*, p. 109.

⁵³ *Idem*.

ción de derecho.⁵⁴ Representando entonces las características de ambos modelos de la siguiente manera:

MODELO	CARACTERÍSTICAS
Concentrado	Principal, general, efectos erga omnes y constitutivo.
Difuso	Incidental, especial, efectos inter partes y declarativo.

Vigencia del control difuso de constitucionalidad en México

Es evidente que en nuestro país se rediseña la manera en que debe llevarse a cabo el control de constitucionalidad, contando con la vigencia de un modelo de control constitucional mixto en el que existen dos vías: una *directa*,⁵⁵ que corresponde al Poder Judicial de la Federación cuyas resoluciones tendrán efectos erga omnes, siendo éste un control concentrado, y por otra parte, una vía *indirecta*, que corresponde al resto de los jueces nacionales cuyas decisiones tendrán efectos inter partes, es decir, un control difuso.

Desde una perspectiva personal, el desarrollo y distribución de las competencias entre el orden federal y local se han caracterizado a lo largo de la historia por su centralización. Ciertamente, bajo la excusa de que en el ámbito local la impartición de justicia tiende a ser más vulnerable ante los actos de corrupción o falta de capacitación, ha traído como consecuencia el disciplinamiento de ésta, impidiendo el desarrollo de la jurisprudencia local,⁵⁶ toda vez que históricamente se había restringido a la estricta aplicación del texto legal, sin posibilidad de realizar interpretación alguna.

Resulta de gran interés la posibilidad de apreciar que los criterios de la SCJN han sido tan variados de acuerdo con el momento histórico en el que se emitieron, aunque unos se hayan prolongado en relación con otros. Un ejemplo de ello es el criterio correspondiente a la quinta época en el que, una vez establecido el parámetro de control del artículo 133 y la obligación de todos los jueces a sujetar sus fallos a éste, se precisó que “resultaría ilógico y antijurídico pretender que cumplieran con esa obligación, si no tuvieran a la vez la facultad correlativa de discernir si las leyes que rigen los actos, materia de la contienda, se ajustan o no al Código Supremo de la República, cuando esa cuestión forma parte del debate”,⁵⁷ insistiendo

⁵⁴ J. R. Cossío Díaz, *Elementos de derecho procesal constitucional*, p. 29.

⁵⁵ Cabe precisar que en nuestro país, el control constitucional que han de ejercer los órganos del Poder Judicial de la Federación a través de las vías directas de control son las controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y el juicio de amparo directo e indirecto.

⁵⁶ C. Courtis, “La legitimidad del Poder Judicial ante...”, en *op. cit.*, p. 57.

⁵⁷ *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo XLI, Quinta Época, Segunda Sala, Tesis Aislada, p. 645.

que de aceptarse la tesis contraria, sería imponer a los jueces una obligación, sin darles los medios necesarios para que pudieran cumplirla.

Sin embargo, años más tarde la SCJN estableció un criterio restrictivo que impidió esta necesaria labor de los jueces locales como defensores de la Constitución. Lo anterior se puede corroborar con el criterio cuyo rubro, CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN, estableció que si bien era cierto que tiempo atrás la SCJN había determinado la vigencia de este modelo de control, ante una nueva interpretación sistemática del precepto y los principios constitucionales, se consideró que el artículo 133 constitucional no era fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercían funciones materialmente jurisdiccionales respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones que les permitan desconocer unos y otros.⁵⁸

No fue sino hasta la reforma de 2011 cuando la SCJN se encontró en la necesidad de ser congruente con el reformado texto constitucional, así como dar cumplimiento a una sentencia internacional. En ese sentido, fue en el párrafo 22 de la resolución dictada en el expediente varios 912/2010, que se estableció que los jueces deberán llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad*.⁵⁹ De igual manera, la primera sala de la Corte estableció un criterio que se identifica con el rubro CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011), en el que se precisó de manera muy similar que ante la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, se rediseña la forma en la que los órganos del sistema jurisdiccional mexicano deberán ejercer el control de constitucionalidad, enfatizando que en el sistema jurídico mexicano actual los jueces nacionales, tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución federal y por los tratados internacionales.⁶⁰ Con dicho criterio no sólo se confirma la vigencia del control difuso de constitucionalidad en el Estado mexicano, sino que además se amplía a un *control de convencionalidad*, y que en su conjunto tienen como fin una verdadera y eficaz protección de los derechos humanos.

Ante esta vigencia de un modelo mixto –concentrado y difuso– convencional, se refuerza la idea de Highton, respecto a que pierde sentido segmentar la tarea del juez constitucional de acuerdo con los poderes de cada modelo, toda vez que ambos tienen la finalidad de equilibrar las tensiones entre los fines constitucionales y

⁵⁸ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo x, agosto de 1999, Pleno, Tesis de Jurisprudencia 74, p. 5.

⁵⁹ *Diario Oficial de la Federación*, 4 de octubre de 2011.

⁶⁰ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, xv, Decima Época, Primera Sala, Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 18/2012, Diciembre de 2012, p.420.

la justicia del caso,⁶¹ por lo que el reto de todos los jueces es cumplir con tan importantes obligaciones impuestas por el vigente orden constitucional, entendiéndolo como un nuevo parámetro de regularidad.

Vigencia del control difuso de convencionalidad en México

Respecto a este tema novedoso, podemos observar al control de convencionalidad desde dos perspectivas. La primera de ellas como un *control concentrado de convencionalidad*, que de acuerdo con el artículo 33 de la Convención Americana son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes: la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Principalmente, esos compromisos a los que se refiere son los contemplados en los primeros dos artículos de la Convención, en los que se establece la obligación de respetar los derechos y libertades en ella reconocidos, así como de ajustar el marco normativo interno para hacer efectivos tales derechos y libertades, que en caso de no hacerlo, un Estado parte puede ser condenado por la Corte Internacional. En general, podemos observar que es un control en sede internacional.

Asimismo, por cuanto a la segunda perspectiva, se ha sostenido la existencia de un control en sede nacional al cual se le ha denominado *control difuso de convencionalidad*, al cual nos hemos referido en párrafos anteriores, y que todos los jueces del Estado parte de la Convención Americana deben llevar a cabo, con la finalidad de hacer efectivos tales derechos y libertades en ella establecidos, evitando la posibilidad de incurrir en responsabilidad internacional.

En ese mismo sentido, Bazán construye la idea de un control de convencionalidad en dos facetas:⁶²

- a) Desarrollada en el ámbito nacional: surge a partir de la sentencia *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), en el que se establece que este control implica que toda Autoridad al dictar una sentencia debe cotejar la norma de derecho interno con la Constitución y con la Convención, su jurisprudencia y sus protocolos adicionales.
- b) Desarrollada en el ámbito internacional: surge a partir de la primera sentencia de la Corte IDH al determinar que un Estado miembro de la Convención que ha reconocido jurisdicción contenciosa ha violado (por acción u omisión) alguna disposición del pacto de San José.

⁶¹ E. Highton, "Sistemas concentrado y difuso de control...", en *op. cit.*, p. 108.

⁶² Víctor Bazán, Conferencia: *Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos* en el Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional, Paraguay, 10 y 11 mayo de 2012.

Cabe señalar que existen autores, como Rojas Caballero, que han precisado que ante la integración de un bloque con normas relativas a derechos humanos de fuente interna y fuente externa que tiene un máximo nivel normativo en el ámbito nacional, puede hablarse de control de convencionalidad y de constitucionalidad como sinónimos, toda vez que el parámetro de control es el bloque ya referido, aunque por su propia mecánica y efectos puedan haber distinciones.⁶³

Siendo entonces que de este análisis he de concluir que efectivamente lo que se ha denominado control de convencionalidad, el cual deben ejercer todos los juzgadores del Estado mexicano, en realidad es una extensión del control de constitucionalidad que a partir de las reformas de 2011 se encuentran obligados a llevarlo a cabo todos los jueces, tomando en cuenta este nuevo parámetro de regularidad constitucional.

Un acercamiento a los retos de los jueces mexicanos ante el control difuso de constitucionalidad/convencionalidad

Es momento de exponer algunos retos a los que se han enfrentado los jueces mexicanos ante este nuevo parámetro de regularidad constitucional que se extiende a los derechos humanos de fuente internacional, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana, parámetro que los faculta y al mismo tiempo obliga a llevar a cabo un control difuso de constitucionalidad/convencionalidad.

Resulta más que evidente que para cumplir con esta difícil pero necesaria tarea, el primer reto que los jueces deben superar es el de poseer un amplio conocimiento y una constante actualización en cada uno de los siguientes elementos:



⁶³ A. A. Rojas Caballero, *Los derechos humanos en México*, pp. 44 y 45.

Considero que en los últimos años se ha desarrollado una extensa bibliografía respecto al tema, sin embargo, resulta que en gran parte de las obras consultadas, después de analizar su contenido, pareciera que los elementos que componen la figura anterior no guardan relación, y no es así. El control de constitucionalidad/concurrencialidad implica el conocimiento de los derechos de ambas fuentes y la correcta aplicación de sus principios, independientemente de la sede en se practique.

Hoy la legislación nacional encuentra una complementación con la legislación internacional, la última no representa algo ajeno respecto de la primera, son los países los que participan en la creación del derecho internacional conformando bloques, y es este último el que requiere para su vigencia, tal como lo precisa Becerra Ramírez: “Que se actualice internamente mediante la recepción del derecho interno”.⁶⁴ Asimismo, los principios han dejado de ser simples aspiraciones, sueños o utopías, para adquirir ese carácter de “verdaderas normas que contienen mandatos obligatorios y exigibles de modo inmediato”.⁶⁵

Asimismo, debo señalar que el nuevo parámetro es evolutivo, de ahí que requiera una constante revisión, porque comparto el planteamiento de Salazar respecto a que en el constitucionalismo latinoamericano –del cual México no es ajeno– se detectan ciertos problemas, ya que “se confeccionan textos heterodoxos que, por su lenguaje y contenido, están abiertos a las interpretaciones más diversas”,⁶⁶ y por tanto, al quedar en manos de los intérpretes no son pocas las veces en que pierde la certeza y la seguridad jurídicas. En ese sentido, resulta fundamental “acotar el margen de decisión de los intérpretes, ejecutores y aplicadores del derecho [...] porque son ellos quienes se apropian del significado último de las disposiciones constitucionales y en gran medida se convierten en dueños de la verdad jurídica”.⁶⁷ Y considero que un límite preciso, claro y contundente es el principio *pro persona*, por sus alcances ya descritos con anterioridad.

Insisto que, en el caso particular, la Constitución mexicana fue muy clara al establecer por una parte principios que indicaran a la autoridad el camino por el cual se debía transitar en este proceso de transformación y fortalecimiento de los derechos humanos, y por otra parte, las obligaciones específicas de las que ninguna autoridad quedaba exenta. No obstante, pareciera evidente que el “intérprete” se apoderó de las disposiciones constitucionales y delimitó sus alcances de manera sumamente restrictiva bajo la justificación de la defensa constitucional.

Sin embargo, aunque se seguirán cometiendo abusos por parte de la SCJN, como en la contradicción de tesis 293/2011, no se debe perder de vista que el con-

⁶⁴ Manuel Becerra Ramírez, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, México, IJ-UNAM, 2006, p. XXIII.

⁶⁵ Manuel F. Quinche Ramírez, *Derecho constitucional colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas*, 5a. ed., Bogotá, Colombia, Temis, 2012, p. 41.

⁶⁶ P. Salazar, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en Luis González Pérez y Diego Valadés (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo*, México, IJ-UNAM, 2013, p. 360.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 364 y 365.

trol de constitucionalidad resulta ser un medio que debe servir para garantizar ciertos principios de justicia, y por tanto, “si los tribunales están mejor equipados que las asambleas legislativas para interpretar y aplicar esos principios, podremos concluir que es legítimo otorgarles el poder de controlar la constitucionalidad de las leyes a la luz de los mismos, aunque admitamos que existe un costo democrático en esta operación institucional”.⁶⁸

En relación con lo anterior, el segundo reto a superar será su *legitimación democrática* a partir de sus sentencias justas, además, tal como lo señala Courtis, las herramientas para lograrla son la transparencia y publicidad de su actuación, la calidad argumentativa de sus decisiones, la independencia de criterio, el desarrollo de jurisprudencia sobre derechos fundamentales y, sobre todo, la sensatez de su posicionamiento frente a cuestiones que susciten el debate de la opinión pública,⁶⁹ y que si bien es cierto, algunas interpretaciones son correctas y otras tantas incorrectas, la ventaja es que “las interpretaciones pueden ser evaluadas objetivamente considerando su éxito como interpretaciones”,⁷⁰ lo que permitiría en un futuro cercano percatarnos y corregir los errores que tuviesen lugar en el dictado de una resolución.

Por último, nos acercamos al gran tercer reto, para lo cual se debe responder la siguiente interrogante: ¿qué perfil debe tener el guardián de la Constitución? Al llegar a este punto, resulta valioso tomar como referencia las ideas de Nogueira Alcalá respecto a que es necesario que se establezcan ciertas exigencias en el ordenamiento jurídico al momento de llevar a cabo la designación de quienes serán los guardianes de la Constitución por órganos representativos del cuerpo político de la sociedad, tal como la formación y experiencia jurídica sólida, una preparación jurídica especializada.⁷¹ Se debe advertir que el ensayo de Nogueira Alcalá se desarrolla en un contexto de tribunales constitucionales, sin embargo, las ideas expresadas tienen ciertos puntos de coincidencia con la tarea de los jueces locales en México, que a partir de las reformas de 2011, se convierten en jueces constitucionales.

Considero que con estas apreciaciones se puede advertir la importancia tanto del órgano democrático que debe realizar la designación del juez constitucional, además de la importancia de su formación y capacidad para cumplir con la nada fácil tarea de guardar y hacer guardar la Constitución, ser consecuente en su forma de pensar y de actuar de acuerdo con ésta, tener el valor de controlar el poder arbitrario y garantizar la vigencia de los principios y valores del orden jurídico.

⁶⁸ Víctor Ferreres, *El control judicial de la constitucionalidad de la ley: el problema de su legitimidad democrática*, 2a ed., México, Fontamara, 2012, p. 58.

⁶⁹ C. Courtis, “La legitimidad del Poder Judicial ante...”, en *op. cit.*, p. 66.

⁷⁰ Joseph Raz, “¿Por qué interpretar?”, en R. Vázquez, Rodolfo (comp.) *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 2008, p. 42.

⁷¹ Humberto Nogueira Alcalá, “La integración y estatuto jurídico de los Magistrados de los Tribunales constitucionales de Latinoamérica”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y César Molina Suárez (coords.), *El juez constitucional en el siglo XXI, t. II*, México, SCJN/IIJ-UNAM, 2009, pp. 90-92.

Conclusiones

Primera. Ante la inflación legislativa, el juez constitucional –federal o estatal–, en el pleno ejercicio de sus facultades cada vez más amplias, se encuentra facultado para que en el ejercicio del control de constitucionalidad depure todas aquellas normas que sean contrarias al nuevo parámetro de regularidad constitucional.

Segunda. Es evidente que en el Estado moderno, el control constitucional y la democracia representan una simbiosis en favor de la garantía de los derechos humanos y del equilibrio de poderes; por tanto, no pueden excluirse, ya que la fundamental tarea del juez es la de ser un verdadero guardián de la Constitución para garantizar con ello la voluntad del pueblo.

Tercera. El Estado moderno se desarrolla cada vez más en el discurso de principios y de valores que guarda el orden constitucional, por lo que el cumplimiento estricto de la regla carente de reflexión ya no resulta ser suficiente, por ello resulta legítimamente democrático que el juez constitucional asuma la responsabilidad de ser el intérprete de las normas, principios y valores antes referidos.

Cuarta. Los importantes cambios en la Ley Suprema que se dieron en nuestro país en junio de 2011, trajeron consigo una constitucionalización de todo un catálogo de derechos humanos que implicó naturalmente la incorporación de los tratados en materia de derechos humanos de los que México fuese parte, que junto con la jurisprudencia de la Corte Interamericana –siempre y cuando beneficie más a la persona de acuerdo con la discusión 293/2011–, se consolidaron como un nuevo parámetro de constitucionalidad.

Quinta. La incorporación a nuestra Constitución del principio de interpretación conforme tiene como finalidad ser una herramienta fundamental para la solución de conflictos que pudiesen surgir en la aplicación de las normas vigentes, toda vez que por medio de éste dichos conflictos pueden ser superados al llevar a cabo una armonización de éstas con el derecho interno, así como el de fuente internacional.

Sexta. Los jueces locales no pueden dejar de aplicar el principio de interpretación conforme bajo el argumento de la inexperiencia, toda vez que se trata de una técnica de interpretación obligatoria, precisada tanto en la Constitución mexicana como en la jurisprudencia de la SCJN, cuyos efectos son vinculantes y cuya finalidad es conservar la unidad del orden jurídico y garantizar la protección más amplia a las personas.

Séptima. El principio de interpretación conforme no implica que necesariamente se tenga que llevar a cabo una desaplicación de normas de manera desmedida, sino que el juez se encuentra obligado a tratar de rescatar a la norma mediante una interpretación que la haga compatible con este orden constitucional y bajo el principio de presunción de constitucionalidad, obligando al operador jurídico a ser prudente y respetar la función del Poder Legislativo de acuerdo con el régimen democrático bajo el cual nos encontramos.

Octava. La desconfianza del pueblo radica en el dictado de sentencias injustas, que no se apegan al texto constitucional y que la corrupción que ha permeado en el sistema judicial se debe a la falta de preparación de algunos juzgadores, por tanto, éstos se traducen en retos que de manera inmediata el juez constitucional debe superar.

Novena. Para garantizar una verdadera impartición de la justicia constitucional, se requiere de una cultura judicial contemporánea que permita a los jueces explotar sus virtudes y potencialidades, dentro del límite de las disposiciones constitucionales, favoreciendo con ello la independencia y fortaleza de los jueces. Toda vez que de poco valdría la designación de jueces honestos y comprometidos socialmente, acotados en sus facultades bajo el pretexto de una anacrónica cultura jurídica.

Bibliografía

- Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, México, IJ-UNAM, 2006
- Blanc Altemir, Antonio, “Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal”, en *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, España, Universitat de Lleida/Tecnos/ANUE, 2001
- Carbonell, Miguel y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IJ-UNAM, 2011
- Chomsky, Noam, *Estados fallidos. El abuso del poder y el ataque a la democracia*, Barcelona, Diario Público, 2010
- Cossío Díaz, José R., *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, México, IJ-UNAM, 2011
- _____, *Elementos de derecho procesal constitucional*, 2a ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012
- Ferreres, Víctor, *El control judicial de la constitucionalidad de la ley: el problema de su legitimidad democrática*, 2a ed., México, Fontamara, 2012
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y César Molina Suárez (coords.), *El juez constitucional en el siglo XXI*, t. II, México, SCJN-IJ/UNAM, 2009
- Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001
- Human Rights Watch, *Los desaparecidos en México. El persistente costo de una crisis ignorada*, Estados Unidos, 2013

- Rojas Caballero, Ariel Alberto, *Los derechos humanos en México*, México, Porrúa, 2012
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Diagnóstico sobre la situación de los Derechos Humanos en México*, México, Mundi-Prensa, 2003
- Oliva Gómez, Eduardo (comp.), *Los impactos de la globalización en los sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Sistemas Jurídicos Contemporáneos, 2013
- Quinche Ramírez, Manuel F., *Derecho constitucional colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas*, 5a. ed., Bogotá, Colombia, Temis, 2012
- R. Manrique, Filiberto, “América Latina/México-Colombia: hacia la construcción de un procedimiento de recepción de sentencias de los tribunales supranacionales”, en *Revista Derecho y Sociedad*, vol. 6, núm.1, Universidad INCCA de Colombia, Bogotá, Colombia, enero-diciembre, 2013
- Valadés, Diego y Raúl González (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, IJ-UNAM, 2013
- Vázquez, Rodolfo (comp.), *Corte, jueces y política*, México, Fontamara, 2007
- _____, *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 2008.
- Von Bogdandy, Armin, Eduardo Ferrer y Mariela Morales (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización*, México, IJ-UNAM/Max Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht/Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.

NECESIDAD DE REGULAR EL PROCEDIMIENTO EN MÉXICO PARA EL CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS EMITIDAS POR ORGANISMOS SUPRANACIONALES PROTECTORES DE DERECHOS HUMANOS

Héctor González Chévez*
Filiberto Eduardo R. Manrique Molina**

Introducción

En el presente trabajo se aborda la problemática que enfrenta actualmente el país frente al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (en adelante SIDH), nos referimos al debido cumplimiento de las sentencias de condena pronunciadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH).

El tema guarda especial importancia no sólo para México, sino para los 20 países que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH,¹ pues llevar un buen cumplimiento del Pacto San José, así como de las resoluciones de fondo de este importante tribunal supranacional, es en la mayoría de los casos complicado, pues requiere de compromiso, voluntad y esfuerzo de los Estados interesados.

* Doctor en Derecho por la Universidad Carlos Tercero de Madrid; profesor-investigador de tiempo completo de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos; miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt, integrante del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

** Licenciado y maestro en Derecho, becario del Conacyt del programa de estudios del Doctorado en Derecho y Globalización, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, con estancia de investigación en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá.

¹ Diego García-Sayán, *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual de actividades*, San José de Costa Rica, Corte IDH, 2013, p. 5.

Al respecto, Christian Benítez sostiene que, además de existir obligaciones para todas las autoridades mexicanas en el tema de cumplimiento de los derechos humanos, también existen retos, entre ellos “llevar a cabo una adecuada recepción del derecho internacional al derecho *interno* como vía eficaz de la consolidación de un *Ius Commune* para enfrentar los problemas que trae consigo el proceso de globalización, garantizando así la seguridad de todos aquellos sujetos que conforman el sistema”.²

En el mismo sentido, Luis Benavides destaca que existe una “serie de obstáculos que enfrentan las sentencias de la Corte IDH para su cumplimiento, ‘obligaciones específicas’, van desde la necesidad de recursos materiales y humanos, e incluso la transformación de conductas y expresiones culturales”;³ a la anterior observación habría que agregar el de la falta de nivel interno, de una ley que regule el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales, así como de un organismo que dé seguimiento del cumplimiento tanto de las sentencias de la Corte IDH, así como de las recomendaciones formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión IDH) al Estado mexicano.

No le falta razón a Tomás Hutchinson cuando refiere lo “debilitado sería un ordenamiento procesal si la sentencia que acoge la pretensión del particular pudiera ser incumplida o cumplida a su antojo por el Estado, por lo que cabe poner en duda la eficacia del control judicial”.⁴ Por su parte, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) precisa “que existe una diversidad de intereses por parte de los Estados para llevar a cabo el cumplimiento de la reparación, lo que supone una enorme sobrecarga para las víctimas y sus representantes que tratan de impulsar el cumplimiento”;⁵ lo anterior nos indica que el respeto a los derechos se encuentra subordinado a la voluntad del Estado, dejando en última instancia a las víctimas.

Por ello, consideramos que la falta de un instrumento normativo que regule el procedimiento de ejecución de las sentencias, hace que el cumplimiento integral y el acceso al goce efectivo de derechos sea un calvario para aquellas víctimas de violaciones graves a los derechos humanos, pues en varios países de la región de América Latina, como es el caso de México, no existe un marco jurídico adecuado y su-

² Christian Benítez Núñez, “Transformación del sistema jurídico mexicano como efecto de la globalización”, en *Memorias del XVII Congreso Internacional en Ciencias Administrativas*, Guadalajara, Jalisco, México, Mesa Aspectos Legales en los Negocios, ACACIA, 2013, pp. 1-2.

³ Luis Benavides, “La despolitización del proceso de ejecución de sentencias de la Corte Interamericana”, en Édgar Corzo Sosa (coord.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 84.

⁴ Tomás Hutchinson, “El proceso de ejecución de sentencias contra el Estado”, en *Revista Latinoamericana de Derecho*, núm. 1, México, UNAM, 2004, p. 290.

⁵ Carlos Martín Beristain, *Díálogos sobre la reparación, que reparar en los casos de violación de derechos humanos*, 1ª reimp., Quito Ecuador, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 2010, p. 113.

ficiente que haga frente a los compromisos internacionales en materia de derechos humanos.

Cabe destacar que la mayoría de las 20 naciones que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH, entre ellas México, han tenido una participación internacional muy activa y se advierte que ha existido voluntad para efecto de cumplir con las citadas resoluciones, pero ello no ha sido suficiente, pues en la mayoría de los casos contenciosos ha existido resistencia y retraso significativo en el cumplimiento de las mismas, ejemplo de ello lo demuestra un análisis de 28 casos de 2006 y 2009, en el cual se observa un claro incumplimiento de las medidas ordenadas a los Estados, como se muestra en la tabla que se transcribe a continuación:

Tabla 1. *Cumplimiento y resistencia por Estados con medidas ordenadas por la Corte I-A, 2006-2009*⁶

28 Asuntos	181 Medidas
Medidas cumplidas	56
Medidas no cumplidas	125
Medidas resistidas	152
Medidas no resistidas	29

Supervisión de cumplimiento de las sentencias que realiza la Corte IDH

Con carácter previo, cabe señalar que por disposición expresa del Reglamento de la Corte IDH, ésta cuenta con atribuciones suficientes para supervisar el cumplimiento de sus resoluciones, conforme lo previsto en su artículo 63, el cual establece:

1. La supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes legales. La Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes.

La Corte podrá requerir a otras fuentes de información, datos relevantes sobre el caso que permitan apreciar el cumplimiento. Para los mismos efectos podrá también requerir las pericias e informes que considere oportunas.⁷

⁶ Douglass Cassel, "Fortaleciendo el rol de las víctimas en el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en E. Corzo Sosa (coord.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 131.

⁷ Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reformado parcialmente por la Corte en su LXXXII Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009. artículo 63.

Tal disposición guarda una estrecha relación con lo dispuesto en el artículo 68.1 de la Convención Americana, mismo que estipula que los Estados partes de la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes, lo cual es acorde con el principio del derecho internacional conocido como *pacta sunt servanda*, que vincula a los Estados a cumplir con los tratados de buena fe.

Una vez que se han fijado los alcances jurídicos que guardan las sentencias emitidas por la Corte IDH, se procede a estudiar cual es el estado que guarda el cumplimiento de las mismas, comenzando por el caso *Radilla Pacheco*.

Supervisión de cumplimiento, Caso Radilla Pacheco vs. México

En el *Caso Radilla*⁸ se han efectuado cuatro supervisiones de cumplimiento de sentencia por parte de la Corte IDH en las siguientes fechas; 19 de mayo y 1 de diciembre de 2011, 28 de junio de 2012 y 14 de mayo de 2013. En estas resoluciones la Corte IDH puntualizó que se encontraban pendientes de cumplimiento los siguientes puntos resolutive de la sentencia, de la siguiente forma:

Se mantendrá abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento de los puntos resolutive 8, 9, 10, 11 y 16 de la Sentencia, relativos a las obligaciones del Estado de:

a) Conducir eficazmente con la debida diligencia y dentro de un plazo razonable la investigación, y en su caso, los procesos penales que tramiten en relación con la detención y posterior desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, para determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar eficazmente las sanciones y consecuencias que la ley prevea.

b) Continuar con la búsqueda efectiva y la localización inmediata del señor Radilla Pacheco o, en su caso, de sus restos mortales.

c) Adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia.

d) Adoptar en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 215 A del Código Penal Federal con los estándares internacionales en la materia.

e) Brindar atención psicológica y/o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas, a las víctimas declaradas en el Fallo que así lo soliciten...⁹

⁸ Cfr. *Caso Radilla Pacheco vs. México*, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 14 de mayo de 2013, Supervisión de Cumplimiento, pp. 19-20.

⁹ *Idem*.

Si bien es cierto que se ha avanzado en puntos importantes, también lo es que las cuatro supervisiones de cumplimiento en el caso *Radilla Pacheco* ponen en evidencia que en el cumplimiento de esta resolución quedan cuestiones pendientes importantes, a pesar de que han transcurrido casi cinco años del fallo, para que las víctimas y el presente caso no quede impune.

Supervisión de cumplimiento, Caso González y otras (“campo algodnero”) vs. México

La Corte IDH, en el presente caso,¹⁰ ha determinado mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento, en cuanto se refiere a los puntos resolutivos 12, 13, 14, 19, 21 y 24 de la sentencia, relativos a las obligaciones del Estado de:

- a) Conducir eficazmente el proceso penal en curso y, de ser el caso, los que se llegasen a abrir, para identificar, procesar y, en su caso, sancionar a los responsables materiales e intelectuales de la desaparición, maltratos y privación de la vida de las jóvenes González, Herrera y Ramos.
- b) Investigar, por intermedio de las instituciones públicas competentes, a los funcionarios acusados de irregularidades y, luego de un debido proceso, aplicar las sanciones administrativas, disciplinarias o penales correspondientes a quienes fueran encontrados responsables.
- c) Realizar, dentro de un plazo razonable, las investigaciones correspondientes y, en su caso, sancionar a los responsables de los hostigamientos de los que han sido objeto algunos familiares de las víctimas.
- d) Adecuar el Protocolo Alba, o en su defecto instaurar un nuevo dispositivo análogo.
- e) Crear o actualizar una base de datos que contenga información personal, genética de las mujeres y niñas desaparecidas, familiares de las personas desaparecidas, así como de los cuerpos de cualquier mujer o niña no identificada que fuera privada de la vida en el estado de Chihuahua.
- f) Brindar atención médica, psicológica o psiquiátrica gratuita, de forma inmediata, adecuada y efectiva, mediante instituciones estatales de salud especializadas, a los familiares de las víctimas.

Como se puede observar, se mantiene el expediente abierto porque no se encuentran cumplidas en su totalidad las obligaciones específicas del Estado mexicano, esto es, aún no se sanciona a los responsables que cometieron las violaciones a los derechos humanos, aún no se ha sancionado a los funcionarios responsables de

¹⁰ Cfr. *Caso González y otras (“Campo Algodnero”) vs. México*, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 21 de mayo de 2013, Supervisión de Cumplimiento.

la impunidad de estos tres casos, tampoco se ha sancionado a los que realizaron amenazas y hostigamientos a los familiares que clamaban justicia, como tampoco se ha dado una asistencia médica y psicológica a los familiares de las víctimas.

Estas dos sentencias son sólo un reflejo de lo que ocurre en un sinnúmero de casos que se presentan en México, en donde los delincuentes violan los derechos humanos y las autoridades incumplen con el deber de investigar y sancionar, y con ello el deber de garantizar los derechos a la vida, integridad personal, libertad personal, propiedad privada, libre tránsito, el acceso a la justicia y protección judicial de las víctimas.

Se destaca que en los dos casos examinados, “Radilla” y “Campo Algodonero”, las víctimas, al no encontrar justicia a nivel interno, requirieron acudir a tribunales internacionales, en el caso *Campo Algodonero* desde el 6 de marzo de 2002¹¹ y en el caso *Rosendo Radilla* desde el 15 de noviembre de 2001,¹² esto es, nueve años para que las víctimas obtuvieran una sentencia que abarcara integralmente los aspectos más sensibles de las violaciones, se habla literalmente de una justicia internacional que al igual que la justicia interna también es tardía, lo que implica un camino tortuoso y costoso para acceder a ésta.

Aun con los defectos y el tiempo de espera de la justicia internacional, “hay que recordar que todas las demandas que se presentan ante los órganos que componen el Sistema Interamericano, constituyen para las víctimas la última esperanza de que sus experiencias sean escuchadas, de que los hechos sean investigados y de que sus demandas sean tenidas en cuenta”.¹³ Por ello, tiene gran importancia este tipo de justicia, pues representa la última oportunidad real de reparación de los hechos violatorios de derechos humanos.

Lo grave aquí es que las sentencias no sean cumplidas en su totalidad por el Estado, y que las obligaciones generales y específicas simplemente queden en buenas intenciones; consideramos que esto sucede debido a que falta esa unidad esencial que debe existir entre el ordenamiento interno y el internacional, tal y como lo establece la teoría monista,¹⁴ pues dentro del sistema jurídico mexicano se carece de una ley que establezca claramente cuál es el procedimiento que se debe seguir para que las sentencias que emiten tribunales supranacionales puedan ser cumplidas de manera breve y total, además de carecer de un órgano que dé seguimiento al cumplimiento de los compromisos del Estado mexicano ante los órganos de protección de derechos humanos.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González y otras Campo Algodonero vs. México*, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, p. 2.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, p. 2.

¹³ C. M. Beristain, *Diálogos sobre la reparación, que...*, p. 32.

¹⁴ Domingo E. Acevedo, “Relación entre el derecho internacional y el derecho interno”, en *Revista IIDH Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 16, San José Costa Rica, 1992, p. 138.

El modelo peruano y colombiano de cumplimiento de sentencias de la Corte IDH

Es importante precisar que en algunos países de América Latina ya se han desarrollado e instaurado diversas legislaciones que reforman y cambian el derecho interno; ello con la finalidad de establecer mecanismos de recepción de sentencias de tribunales supranacionales para el efecto de cumplir con las obligaciones generales y directas que de ellas emanan.

Que si bien es cierto, la mayoría de los países que integran el Sistema Interamericano, tienden a una resistencia e incumplimiento de las medidas ordenadas por la propia Corte IDH debido en gran parte a que en que algunos Estados aún se sigue discutiendo la validez de las recomendaciones de la Comisión IDH y de las sentencias de la Corte IDH,¹⁵ no obstante, en otros más, a *contrario sensu*, se están adoptando las medidas internas para el efecto de perfeccionar su legislación, como son los casos de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica y Perú.¹⁶

Por cuestiones de espacio, sólo haremos referencia de manera breve a dos casos que más llaman la atención en la región, nos referimos a Colombia y Perú.

La experiencia colombiana

Una de las experiencias que llaman la atención en la región es la del Estado colombiano, pues sus gobiernos se han ocupado desde hace más de 20 años de realizar cambios a su legislación interna para armonizarla con el derecho internacional de derechos humanos.

Es de destacar que la Corte Constitucional de Colombia ha determinado que las decisiones de los organismos internacionales de control *son vinculantes*, ello por la prevalencia que existe de los derechos fundamentales a nivel interno y por el principio de buena fe en cuanto al cumplimiento de las obligaciones internacionales.¹⁷

¹⁵ Helio Bicudo, “Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Memorias del Seminario, El Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, tomo 1, San José de Costa Rica, Corte IDH, 2003, p. 231.

¹⁶ Héctor Fix-Zamudio, “Las reformas constitucionales mexicanas de junio de 2011 y sus efectos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Luis Raúl González Pérez y Diego Valadés (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, IJ-UNAM, 2013, pp. 183-195.

¹⁷ Rodrigo Uprimny, “La fuerza vinculante de las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos en Colombia: un examen de la evolución de la jurisprudencia constitucional”, en Viviana Krsticevic, y Liliana Tojo (coords.), *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, Buenos Aires, CEJIL, 2007, p. 139.

Es evidente que Colombia se ha adelantado al realizar importantes cambios en materia legislativa e institucionales y que ha permeado en la Academia, todo esto por la necesidad de mejorar la problemática interna y evitar que se reproduzcan violaciones a los derechos humanos.

Se puede afirmar que los importantes cambios en la legislación interna colombiana están ligados a la expedición de una nueva Constitución en 1991, la cual, en palabras de Rodrigo Uprimny: “Modificó profundamente el sistema judicial en todos sus aspectos”,¹⁸ pues esta nueva Constitución, además de reestructurar de fondo sus instituciones judiciales, también amplió la esfera de derechos de los colombianos, ejemplo de ello es su artículo 93,¹⁹ el cual señala que los derechos y deberes deben ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia.

Por ello se considera la Constitución de 1991 como un parteaguas para los derechos humanos en Colombia, pues abrió las puertas del ordenamiento jurídico internacional, lo que trajo consigo importantes retos que hoy en día, después de 23 años de su promulgación, aún siguen vigentes.

Esta ampliación de los derechos y reconocimiento de tratados e instituciones internacionales repercutió en la emisión de importantes leyes, cuyo fin es la eficacia de decisiones internacionales, tal es el caso de la Ley 288 de 1996, misma que se publicó en el *Diario Oficial* número 42.826, el 9 de julio de 1996, en la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicio a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de derechos humanos.²⁰ Cabe precisar que en la actualidad no se establece como uno de esos órganos internacionales a la Corte IDH, pues la citada ley se limita al cumplimiento de las recomendaciones emitidas por el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de aquellas emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Aun y cuando el Comité interno previsto por la Ley 288 sólo conoce y da trámite a las recomendaciones de los referidos organismos internacionales, esta ley ha significado para el país colombiano un gran avance, porque dichas resoluciones, al tener el carácter de recomendaciones, no son vinculantes para el Estado. En los pronunciamientos del citado Comité interno se puede observar cómo es posible que se reconozcan las obligaciones de cumplimiento que el Estado tiene frente a las mismas, siempre que se trate de violaciones en materia de derechos humanos. Una

¹⁸ Rodrigo Uprimny, César Rodríguez y Mauricio García Villegas, “Entre el protagonismo y la rutina: análisis sociojurídico de la justicia colombiana”, en Héctor Fix Fierro, Lawrence M. Friedman y Rogelio Pérez Perdomo (coords.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, IJ-UNAM, 2003, p. 232.

¹⁹ Constitución Política de Colombia, texto vigente, artículo 93.

²⁰ Véase *Diario Oficial Colombia*, núm. 42.826, de 9 de julio de 1996.

vez aceptadas dichas recomendaciones, el Estado está sujeto a indemnizar a las víctimas de esas violaciones.

Esta ley, además, contempla un procedimiento para el trámite de las decisiones de órganos internacionales; aun cuando Colombia tiene esta ley, el problema del cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH aún sigue vigente, esto derivado de que consideramos que la Ley 288 de 1996 es incompleta, pues sólo se enfoca en cumplir las indemnizaciones a las víctimas, es decir, el daño inmaterial y no lo ve desde un punto de vista de reparación integral, tal y como la Corte IDH lo ha establecido en su jurisprudencia.²¹

El Estado colombiano no sólo ha modificado su régimen jurídico interno, sino que también ha facultado a diversas instituciones para salvaguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos colombianos, hablamos de la Defensoría del Pueblo y de la Procuraduría General de la Nación, las cuales tienen la misión de consolidar y fortalecer la política nacional en materia de derechos humanos.

De esta forma, “la Procuraduría General de la Nación es un órgano de control estatal y guardián del interés general para proteger los derechos fundamentales y asegurar la plena efectividad de los mismos”.²² De acuerdo con Galviz Patiño, dicha Procuraduría tiene dos escenarios de actuación: uno a nivel interno, que conmina a las instituciones del Estado a proteger los derechos humanos, y a nivel externo, haciendo un seguimiento del cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos.

Lo anterior se encuentra establecido en el artículo 277 de la Constitución colombiana, que prevé claramente sus funciones. Pero en donde encontramos la función de seguimiento del cumplimiento de las resoluciones emitidas por organismos internacionales es en la Resolución 316 de 2009, donde se faculta al Grupo de Instancias Internacionales de la Procuraduría Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos para dar seguimiento y vigilar el estricto cumplimiento de las previsiones contenidas en los tratados internacionales; así como a hacer seguimiento a la política de defensa internacional del Estado por violaciones a los derechos humanos; como también a dar seguimiento al cumplimiento de las recomendaciones de organismos internacionales de derechos humanos; más aún a dar seguimiento al cumplimiento de las medidas cautelares y provisionales proferidas en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y dar seguimiento al cumplimiento de las decisiones judiciales y similares.²³

Por lo antes expuesto, la Procuraduría General de la Nación realiza la importante tarea de vigilancia, seguimiento y prevención de violaciones de derechos hu-

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Escué Zapata vs. Colombia*, Sentencia de 4 de julio de 2007, p. 51

²² Constitución Política de Colombia, artículo 218.

²³ Procuraduría General de la Nación, Resolución 316 de 2 de octubre de 2009, Bogotá, p. 6-7.

manos; lo anterior es vital para la plena vigencia de los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana, y para que las resoluciones que emite la Corte IDH no continúen en incumplimiento, pues los afectados de esos retrasos son las víctimas de esas violaciones.

Así también, el Estado colombiano cuenta con la Defensoría del Pueblo, la cual es una institución que está bajo el mando de la Procuraduría General de la Nación, por lo que forma parte del Ministerio Público colombiano, dentro de sus facultades encontramos las siguientes:

Artículo 282. El Defensor del Pueblo velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, para lo cual ejercerá las siguientes funciones:

1. Orientar e instruir a los habitantes del territorio nacional y a los colombianos en el exterior en el ejercicio y defensa de sus derechos ante las autoridades competentes o entidades de carácter privado.²⁴

En esta perspectiva, dicha institución tiene una tarea fundamental para salvaguardar los derechos humanos, como es la prevención de violaciones, mediante la difusión del conocimiento de los derechos humanos, creando en la población una cultura de los mismos; en ese sentido, he llegado a pensar que el país que mejor cumple con los derechos humanos establecidos en sus constituciones y en ordenamientos internacionales no es aquel que está al pendiente de sus sentencias o recomendaciones supranacionales, sino aquel que previene violaciones a los derechos de sus ciudadanos.

La organización y funcionamiento de esta importante institución la encontramos en la Ley 24 de 1992, publicada en su *Diario Oficial* número 40.690 el 15 de diciembre de 1992, mismas que han tenido un impacto positivo en la sociedad colombiana, pues al paso de 22 años se ha consolidado de manera importante y ha obtenido buenos resultados en conjunto con la Procuraduría General de la Nación, la Constitución y las leyes que de ella emanan; estos resultados positivos se comprueban de manera tangible, pues en 2013, por primera vez en doce años Colombia sale del capítulo cuarto del informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en que publica la lista de países que incumplen con las disposiciones de la Convención Interamericana.²⁵

La experiencia peruana

Otro de los países que llama la atención en la región es la República del Perú, podemos afirmar que se trata de uno de los países con mayor desarrollo en la ma-

²⁴ Constitución Política de Colombia, artículo 282.

²⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe anual, *Capítulo cuarto, desarrollo de los derechos humanos en la región*, Washington, D.C., Estados Unidos, 2012.

teria, ello derivado no precisamente por buscar una amplia protección a sus ciudadanos en materia de derechos humanos, sino producto de una acumulación de sentencias emitidas por la Corte IDH. Nos referimos a 26 sentencias en contra del Estado peruano, mismas que le han dado a este país una amplia experiencia y se ha visto obligado a instaurar una ley que regula el procedimiento de ejecución de las mismas,²⁶ lo cual tuvo verificativo en julio de 2002, cuando se emitió la Ley 27775, modificada en 2008²⁷ con el Decreto Legislativo 1068, por virtud del cual se creó el Sistema de Defensa Jurídica del Estado.

La Ley 27775 fue de especial importancia para las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, pues en ella se establecieron las reglas claras de ejecución de las sentencias pronunciadas por organismos supranacionales, los procedimientos de ejecución de medidas provisionales, indemnizatorias y no indemnizatorias, establece además la comunicación de sentencias, las autoridades encargadas de dar cumplimiento a las mismas y el establecimiento de previsiones presupuestarias.²⁸

Las previsiones presupuestarias cambiaron al emitirse el Decreto 1068, de 28 de junio de 2008, que establece en su título VI, denominado “De la ejecución y cumplimiento de las decisiones judiciales, arbitrales y supranacionales”, que las entidades del Estado asumirán con recursos propios el cumplimiento de las sentencias y que cuando sean dos o más las entidades obligadas al pago, éste se realizará de manera mancomunada y en partes iguales.²⁹ Elimina, asimismo, el cargo que tenía el Ministerio de Justicia en realizar los pagos a las víctimas.

“Pero el Estado peruano, no sólo ha dado un paso importante creando este importante mecanismo de recepción, si no que se ha ocupado en crear un órgano de atención de denuncias y demandas en sede supranacional”,³⁰ denominado Procuraduría Especial Supranacional; si bien es cierto que éste no es un modelo como el que aquí proponemos para México, ya que dicho organismo tiene como objetivo principal la defensa del Estado peruano ante instancias supranacionales, mas no

²⁶ Susana Mosquera Monelos, “Perú ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. La difícil combinación entre la defensa de los intereses del Estado y los estándares internacionales de protección de los derechos humanos”, en Paola Andrea Acosta Alvarado y Manuel Núñez Poblete (coords.), *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México, IJ-UNAM, 2012, p. 342.

²⁷ Véase *Diario Oficial del Estado Peruano*, Lima, 28 de junio de 2008, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo 1068 del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, p. 375025 [en línea], disponible en <web: http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_per_dec1068.pdf>, consulta: 5 de enero de 2014.

²⁸ Véase *Diario Oficial del Estado Peruano*, Lima, 7 de julio de 2002, p. 222952 [en línea], disponible en web: <<http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/27775.pdf>>, consulta: 29 de agosto de 2013.

²⁹ *Diario Oficial del Estado Peruano*, Lima, 28 de junio de 2008, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo 1068, artículo 53.

³⁰ S. Mosquera Monelos, “Perú ante el sistema interamericano de protección...”, en *op. cit.* p. 344.

de las víctimas de violaciones a sus derechos humanos, aun así, esta procuraduría ha sido un factor determinante en la reducción de casos que llegan a la Corte IDH.

Se puede afirmar que esta serie de cambios, tanto legislativos como institucionales, han demostrado que ambos países, tanto como Colombia como Perú, tienen la determinación de cumplir con sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos. Cambios que México debe tomar en consideración para el cabal cumplimiento de las resoluciones de organismos supranacionales, particularmente a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011.

La reparación de daños en México

Aun cuando México cuenta ya con una legislación en materia de protección de víctimas, de responsabilidad patrimonial, así como de la creación de fideicomisos para disponer de recursos económicos; se considera que la legislación interna requiere cambios, pasando de una simple indemnización como la que maneja tanto en la ley de víctimas como en los fideicomisos, *a una protección verdaderamente integral*, si se toma en cuenta que las víctimas no sólo buscan el otorgamiento de sumas de dinero como reparación de los daños y perjuicios.

Aunque Enrique Gil Botero, magistrado del Consejo de Estado colombiano, considera que la violación a los derechos humanos no puede circunscribirse a un aspecto pecuniario, ya que se lesiona una serie de garantías y derechos que no son de naturaleza económica, por lo que se requiere acudir a la reparación integral en atención a la naturaleza del daño producido.³¹

Por ello, la indemnización se considera en sí misma insuficiente para efecto de reparar las violaciones a los derechos humanos, se advierte entonces que la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado, de víctimas y los fideicomisos son esfuerzos dispersos, ya que no tienden a la reparación integral a las víctimas y sólo se centran al pago de cuestiones meramente patrimoniales y no términos amplios, tal y como lo ha establecido la Corte IDH en su jurisprudencia, pues en materia de reparaciones señala:

Las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial.³²

³¹ Enrique Gil Botero, magistrado del Consejo de Estado de Colombia, Panel II. Ponencia Reparaciones por Casos de Violaciones de Derechos Humanos. Una mirada comparada, Seminario Internacional, Diálogo Jurisprudencial e Impacto de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 48 periodo extraordinario de sesiones de la Corte IDH, México, D. F., 11 de Octubre de 2013.

³² Corte IDH, *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, p. 18, Párr. 63.

Por su parte, el doctor Fix-Zamudio precisa que no es suficiente con contar con una Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial, pues ésta no es adecuada para resarcir las violaciones a los derechos humanos, y agrega, quizá en cuanto a los daños y perjuicios sí.³³ En efecto, la referida ley no satisface de manera eficaz el cumplimiento de las sentencias que la Corte IDH ha pronunciado en contra del Estado mexicano en materia de reparaciones a las víctimas, pues es mucho más complejo e integral el tratamiento que imponen las resoluciones del organismo supranacional en esta materia.

Otra legislación con la que cuenta el Estado mexicano, para efecto de cumplir sólo con el pago de estas indemnizaciones de carácter meramente patrimonial, es la Ley del Servicio de Administración Tributaria, misma que señala en su artículo 34³⁴ que esta dependencia será responsable del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les correspondan.

Con ello se establece la responsabilidad directa y objetiva del Estado, quien debe cumplir por medio del Servicio de Administración Tributaria el pago por concepto de indemnización, pero una vez más nos encontramos ante el vacío de un procedimiento para cumplir con las obligación de carácter no pecuniario.

Propuesta para que un juez de Distrito sea el responsable del cumplimiento de sentencias y recomendaciones de organismos supranacionales

Con carácter previo, debemos señalar que coincidimos con el doctor Jorge Carmona Tinoco, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, quien sostiene que la existencia de violaciones a los derechos humanos es indicativa de una falta de eficacia en el cumplimiento de los estándares propiamente nacionales y los derivados de fuente internacional, y refiere, asimismo, que esas violaciones se derivan de la falta de armonía entre los instrumentos de derecho interno y aquellos que operan a nivel internacional.³⁵ En efecto, al no existir una norma que complemente el derecho internacional, tiende a que este último sea ineficaz, como en los ejemplos del caso *Rosendo Radilla y Campo Algodonero*, ilustrados con anterioridad.

³³ *Ibid.*, p. 174.

³⁴ Ley del Servicio de Administración Tributaria, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de diciembre de 1995, texto vigente, artículo 34

³⁵ Jorge Ulises Carmona Tinoco, "El marco jurídico e institucional mexicano para atender las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y cumplir con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Ricardo Méndez-Silva (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos, culturas y sistemas jurídicos comparados*, tomo 1, México, IJ-UNAM, 2008, p. 336.

Asimismo, debemos enfatizar que el doctor Fix-Zamudio, de acuerdo con la nueva normatividad vigente en México y de conformidad con lo que establece el artículo 1o. constitucional, destaca: “Se acrecientan de forma sustancial las obligaciones estatales, pues se extienden a la investigación, sanción y reparación de los derechos humanos, lo que requiere que se expida la legislación reglamentaria para cumplir con dichos deberes”.³⁶ Este criterio señala claramente que el Estado mexicano tiene nuevas obligaciones en el tratamiento de los derechos humanos, la cuales constitucionalmente deben ser cumplidas.

Dicha ley reglamentaria que propone el doctor Fix Zamudio, para ser exhaustiva, consideramos, debería comprender el procedimiento para el cumplimiento de sentencias emitidas por tribunales de carácter supranacional en materia de derechos humanos, además de reforzar las instituciones para efecto que den un seguimiento puntual a tales resoluciones. No se propone en este trabajo que se sigan los mismos modelos y referentes legislativos de Colombia y Perú, ya que sus culturas, práctica jurídica e instituciones son distintas, lo que se debe tomar en cuenta es su experiencia y resultados positivos en la materia.

A este respecto, el mismo Fix-Zamudio ha sido muy puntual en señalar que las sentencias de la Corte IDH no se cumplen en su integridad debido a que los Estados no saben cómo hacerlo, por lo que “se requieren las instituciones, los procedimientos y los instrumentos necesarios para que el Estado mexicano pueda cumplimentar de manera efectiva las recomendaciones de los órganos de las Naciones Unidas y del Sistema Interamericano”,³⁷ por lo que propone una ley que contenga los lineamientos y que coordine los esfuerzos entre el gobierno y los organismos internacionales para el cumplimiento, así como la creación de un organismo especializado en sede interna, el cual debe ser permanente para que reciba las sentencias y recomendaciones de organismos internacionales.³⁸

Es, sin duda, importante esta apreciación del maestro, pues refleja claramente el vacío que existe en nuestro sistema jurídico para poder ajustarse a las obligaciones que derivan de dichos organismos internacionales. Por nuestro lado, nos alejamos, en parte, de esta propuesta, por considerar que dicho organismo permanente *no tendría las facultades suficientes para hacer ejecutar lo juzgado*, ya que en caso de resistencia por parte de las autoridades, este organismo no podría realizar una ejecución forzosa de lo juzgado ni imponer sanciones a las autoridades responsables.

Por ello, consideramos que, atendiendo al principio de tutela judicial efectiva, la ejecución de las resoluciones pronunciadas por organismos supranacionales *debería*

³⁶ H. Fix-Zamudio, “Las reformas constitucionales mexicanas...”, en *op. cit.*, p. 172.

³⁷ *Ibid.*, p. 175.

³⁸ H. Fix-Zamudio, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, mesa 1, ponencia *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana*, Seminario Impacto de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, D. F., 19 de febrero de 2013.

estar a cargo de un juez de Distrito, pues la Constitución le atribuye importantes facultades en materia de ejecución de sentencias, sin dejar de considerar que se encuentran mejor preparados derivado de la especialización y su capacitación.

Otro criterio al respecto viene de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, quien postula que la posible legislación para el cumplimiento de las sentencias internacionales, si bien es recomendable, no resulta indispensable, ya que se insiste en que dichos fallos producen efectos en nuestro ordenamiento interno.³⁹

Posición ésta muy discutible, pues si bien se trata de una obligación convencional, derivada del artículo 68.1, lo cierto es que si lo que se pretende es que las sentencias internacionales se cumplan en su totalidad y permita a las víctimas una reparación íntegra de sus derechos violados, en la práctica, la experiencia mexicana indica que no ocurre de tal forma, como se expuesto en líneas anteriores.

No se debe perder de vista que la atención del cumplimiento de sentencias de organismos internacionales no está referido exclusivamente al Poder Judicial, pues en los casos ya citados de *Campo Algodonero* y *Rosendo Radilla*, dichas resoluciones imponen cambios necesarios en el ordenamiento interno conforme a los estándares internacionales en la materia, mandato que está dirigido propiamente a otro poder del Estado como lo es el Legislativo, por ello consideramos que dicho cumplimiento de sentencias aún no produce sus efectos en nuestro ordenamiento jurídico.

Ante la deficiencia de ordenamiento jurídico mexicano, así como de sus instituciones, para el eficaz cumplimiento de las resoluciones de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos, se propone lo que se detalla a continuación.

Efectuar los cambios al ordenamiento jurídico interno para darle atribuciones al Poder Judicial federal en el cumplimiento de resoluciones de los organismos internacionales en materia de derechos humanos, toda vez que, como en todo proceso jurisdiccional, para el eficaz cumplimiento de las sentencias se requiere disponer de medidas coercitivas⁴⁰ para ejecutar lo juzgado y así evitar que su cumplimiento quede al criterio del Estado o las autoridades señaladas como responsables.

Este argumento se robustece si se toma en cuenta que son los integrantes de la justicia federal quienes cuentan con una mejor capacitación en materia de protección de los derechos humanos, son éstos quienes disponen de mayores recursos y tienen competencia en todo el territorio nacional.

³⁹ Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Fernando Silva García, “Homicidios de mujeres por razón de género, el caso campo algodonero”, en Armin Von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (coords), *La justicia constitucional y su internacionalización, ¿hacia un ius Constitutionale Commune en América Latina?*, tomo II, México, IJ-UNAM/Max Planck-Institut/Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, p. 332.

⁴⁰ Jorge Alberto Silva, *Reconocimiento y ejecución de sentencias de Estados Unidos de América en México*, México, IJ-UNAM, 2011, pp. 34-35.

Para efectos de que se cumplan las sentencias de tribunales supranacionales, el juzgador federal deberá sujetarse a lo dispuesto en la ley reglamentaria que al efecto se expida en la materia, la cual debe tener como característica instruir un procedimiento sencillo, de fácil acceso y suficientemente desarrollado.

Para la consecución de tal fin, proponemos las siguientes reglas de ejecución de resoluciones emitidas por organismos internacionales en materia de derechos humanos:

- a) Este tipo de resoluciones serán recibidas por la Secretaría de Relaciones Exteriores, quien a su vez las remitirá a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual revisará el fondo del asunto y las remitirá para su cumplimiento al juez executor del Distrito competente, según el lugar donde hayan ocurrido la violaciones a los derechos humanos o en donde se produzcan sus efectos jurídicos.
- b) El juez executor que haya recibido la resolución, dentro del menor plazo posible, requerirá a las autoridades señaladas como responsables, el cumplimiento de la misma.
- c) El juez executor debe adoptar todas las medidas necesarias para efecto de que a la víctima se le restituya de manera integral en sus derechos humanos.
- d) En el caso de una medida que imponga el pago de una suma determinada, el juez executor, en la notificación que se haga a la autoridad, hará el requerimiento para que cumpla con la ejecutoria dentro de un plazo razonable y determinado, apercibida que de no hacerlo así, sin causa justificada, se impondrá a su titular una multa que se determinará desde luego.
- e) En el caso de medidas que no impongan el pago de una suma determinada, el juez executor, al hacer los requerimientos, tomando en cuenta la complejidad o dificultad de la obligación específica, fijará un plazo razonable y determinado, pudiendo, bajo causa justificada de la autoridad, ampliar dicho plazo.
- f) En el caso de incumplimiento se seguirán las reglas del artículo 193 de la Ley de Amparo, esto es, imponer las multas, mandar el expediente al tribunal colegiado correspondiente para su análisis y en caso que éste reitere que hay incumplimiento, remitirá los autos a la Suprema Corte de Justicia de la Nación con un proyecto de separación del cargo de las autoridades y su consignación ante el Ministerio Público.
- g) Cuando el juez executor reciba el informe de la autoridad señalada como responsable, en el sentido de que ya cumplió con la sentencia condenatoria, dará vista a la CNDH y a las víctimas o sus representantes para que dentro del plazo de diez días manifiesten si ha quedado cumplida o no la sentencia. Si el juez executor y la CNDH consideran que se ha cumplido con la resolución, lo comunicaran a la Secretaría de Relaciones Exteriores, para que en

breve lo comuniqué al tribunal supranacional y éste decida de manera firme si se ha cumplido con la misma.

Si el tribunal supranacional considera que no se han cubierto con aspectos de lo ordenado en la sentencia, el juez ejecutor continuará adoptando las medidas necesarias para que se cumpla de manera integral la misma.

- h) El juez ejecutor tendrá el deber de rendir los informes de cumplimiento que le requieran en cualquier momento las autoridades competentes para efecto de conocer los avances y medidas interpuestas.

De adoptarse este mecanismo procesal aquí propuesto para el cumplimiento de resoluciones de organismos internacionales, se permitiría un efectivo respeto y que se garanticen los derechos humanos consagrados en los tratados de la materia, tanto del sistema de protección de las Naciones Unidas, como los contenidos en el Pacto San José y en las decisiones de la Corte IDH, impactando de manera directa y favorable en todas aquellas personas que han sido víctimas de violaciones a los derechos humanos en México.

Bibliografía

- Benavides, Luis, “La despolitización del proceso de ejecución de sentencias de la Corte Interamericana”, en Édgar Corzo Sosa (coord.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant Lo Blanch, 2013.
- Beristain, Carlos Martín, *Diálogos sobre la reparación, que reparar en los casos de violación de derechos humanos*, Quito Ecuador, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/IIDH, 2009.
- Bicudo, Helio, “Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Memoria del Seminario El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, tomo I, San José de Costa Rica, CRIDH, 2003.
- Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “El marco jurídico e institucional mexicano para atender las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y cumplir con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ricardo Méndez-Silva (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos, culturas y sistemas jurídicos comparados*, tomo I, México, IJ-UNAM, 2008.
- Cassel, Douglass, “Fortaleciendo el rol de las víctimas en el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Édgar

- Corzo Sosa (coord.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant Lo Blanch, 2013.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Fernando Silva García, “Homicidios de mujeres por razón de género, el caso ‘Campo Algodonero’”, en Armin Von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Eduardo y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización, ¿hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, tomo II, México, IJ-UNAM/Max Planck-Institut/Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.
- Fix-Zamudio, Héctor, “Las reformas constitucionales mexicanas de junio de 2011 y sus efectos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Luis Raúl González Pérez y Diego Valadés (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, IJ-UNAM, 2013.
- García-Sayán, Diego, *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual de actividades*, San José de Costa Rica, Corte IDH, 2013.
- Hutchinton, Tomás, “El proceso de ejecución de sentencias contra el Estado”, en *Revista Latinoamericana de Derecho*, núm. I, México, UNAM, 2004.
- Mosquera Monelos, Susana, “Perú ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. La difícil combinación entre la defensa de los intereses del Estado y los estándares internacionales de protección de los derechos humanos”, en Paola Andrea Acosta Alvarado y Manuel Núñez Poblete (coords.), *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México, IJ-UNAM, 2012.
- Silva, Jorge Alberto, *Reconocimiento y ejecución de sentencias de Estados Unidos de América en México*, México, IJ-UNAM, 2011.
- Uprimny, Rodrigo, “La fuerza vinculante de las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos en Colombia: un examen de la evolución de la jurisprudencia constitucional”, en Viviana Krsticevic y Liliana Tojo (coords.), *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, Buenos Aires, CEJIL, 2007.
- _____, César Rodríguez y Mauricio García Villegas Mauricio, “Entre el protagonismo y la rutina: análisis socio jurídico de la justicia colombiana”, en Héctor Fix Fierro, Lawrence M. Friedman y Rogelio Pérez Perdomo (coords.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, IJ-UNAM, 2003.

Hemerográfica

- Benítez Núñez, Christian, “Transformación del sistema jurídico mexicano como efecto de la globalización”, en *Memorias del XVII Congreso Internacional en Ciencias Administrativas*, Guadalajara, Jalisco, México, Mesa Aspectos Legales en los Negocios, acacia, 2013.
- E. Acevedo, Domingo, “Relación entre el derecho internacional y el derecho interno”, en *Revista IIDH Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 16, Costa Rica, 1992.

Sentencias

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso “Escué Zapata vs. Colombia”*, Sentencia de 4 de julio de 2007.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González y otras “Campo algodón” vs. México*, sentencia de 16 de noviembre de 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, 21 de mayo de 2013, Supervisión de Cumplimiento.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Radilla Pacheco vs. México*, 14 de mayo de 2013, Supervisión de Cumplimiento.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Sentencia de 27 de febrero de 2002.

EL PRINCIPIO *PRO PERSONA* EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD POR LOS JUECES NACIONALES

Rodolfo Bautista Jiménez*

Introducción

La reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, originó una transformación fértil en todo el orden jurídico mexicano, pues a partir de ella fue reconocida a nivel constitucional la obligación de toda autoridad de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos consagrados no sólo en nuestro derecho interno, sino también en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado mexicano.

Con esta reforma constitucional se reconoce, principalmente, la obligación a cargo de los jueces nacionales, y en general, de toda autoridad en el ámbito de su competencia, de ejercer de oficio un control difuso de convencionalidad en materia de derechos humanos, que les comisiona a *salvaguardar* no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales,¹ adoptando una interpretación que depare mayor beneficio a favor de la persona, lo que se conoce como principio *pro persona*.

* Licenciado en Derecho por el Centro Internacional de Estudios Superiores del Estado de Morelos; becario Conacyt del Programa de Estudios de Maestría en Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos

¹ Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs.*

Este principio, cuyo fundamento constitucional se encuentra establecido en el artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es precursor en la defensa de los derechos humanos, debido a que tiene como encomienda principal favorecer en todo momento la protección más amplia de éstos.

No obstante, considerando el estilo de redacción, este principio emerge como una pauta interpretativa que debe realizarse entre las normas de derechos humanos internas e internacionales, prefiriendo siempre aquella que produzca una protección más amplia a la persona; el principio *pro persona* surge como un principio hermenéutico de normas de derechos humanos. Sin embargo, el empleo obligado de este principio constitucional en los procesos judiciales *implica que también sea ponderado como un derecho del gobernado*, a manera de un paso obligado para que cualquier juzgador, sea de la jerarquía que fuere, cuando aplique una norma relativa a derechos humanos, considere si en el caso concreto existe una norma más protectora.

Además, debido a la primicia que trajo consigo este principio constitucional, no se han logrado sentar las bases fundamentales que nos ayuden a comprender el verdadero alcance que tiene este principio para hacer prevalecer la protección más amplia de los derechos humanos, puesto que aún no ha sido formado un criterio definido para su aplicación, así como su contenido, alcances y limitaciones.

Lo que se pretende al desarrollar este artículo es auxiliar a los jueces nacionales, principalmente a los jueces de primera instancia, con un sumario que funja como apoyo en la preparación e instrucción en la instauración de este principio constitucional, a partir del desarrollo de casos prácticos.

Concepto, naturaleza y finalidad del principio *pro persona* y su relación con el control difuso de convencionalidad

En el ámbito jurídico el término *principio* es una de las acepciones de más desgaste desde tiempos distantes, cuyo debate se centraba principalmente en resolver si los principios debían o no ser aplicados como disposiciones complementarias de las normas jurídicas, debido al sólido vínculo que une los principios con las dimensiones de la moralidad y los aspectos valorativos; además, esta controversia se centraba en que un principio no era producto de un proceso legislativo, sino eran razonamientos fundamentales con tildes axiológicas. Debido a lo anterior, se concluía que “un argumento que era basado únicamente en algún principio no tenía carácter concluyente, como lo tendría si se basara en alguna norma obligatoria”.²

México, de 26 de noviembre de 2010. Disponible en <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia#>>, consulta: 2 de septiembre de 2014.

² Manuel Atienza, *La razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México IJ-

Actualmente este debate ha quedado superado, pues basta observar que en el orden jurídico mexicano, especialmente en la Ley Fundamental, se contempla en múltiples ocasiones esta acepción, que nos aventuramos a decir que progresó, de ser complementaria de la norma jurídica a tener una singularidad individual, razón habida que “los principios de derecho contenidos en la ley, prácticamente ya no son principios como fuente supletoria; es precepto legal”³.

Bajo esta tesitura, notamos que los principios adquirieron una importante relevancia en el ámbito jurídico, a tal grado que hay quienes afirman que “los valores o principios jurídicos son más importantes que las normas”;⁴ sin embargo, no nos podemos sumar al razonamiento anterior, puesto que, si bien reconocemos la envergadura que adquieren los principios sencillamente por tratar de conseguir justicia mediante un discernimiento ligado a aspectos deontológicos y axiológicos, también es cierto que los principios jurídicos emanan de los preceptos normativos, lo que les ha otorgado hoy en día un valor superior que les permite poder influir, por sí solos, como precepto legal en una decisión.

Los principios dentro del ámbito jurídico ya no pueden ser simplemente juzgados como disposiciones que actúan para complementar las normas jurídicas, sino deben ser observados como preceptos legales fundamentales que tienen una importancia igual de relevante que las normas jurídicas.⁵ Por tanto, estimamos que la actualización de los principios en el sistema jurídico mexicano ya no está subsumida a una subordinación con la norma, sino que éstos tienen existencia propia.

Ahora bien, a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011 surgieron aspectos importantes dirigidos a salvaguardar los derechos humanos. Se mostró como puntos sustanciales el control difuso de convencionalidad y el principio constitucional *pro persona*, mecanismos de protección que se encuentran íntimamente ligados, puesto que al ejercer este control difuso que exige contemplar la norma interna y los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos, debe distinguirse aquella disposición normativa que otorgue mayor beneficio a la persona.

UNAM, 2003, pp. 120-121.

³ Jaime M. Mans Puigarnau, *Los principios generales del derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos con la jurisprudencia del tribunal supremo de justicia*, Barcelona, Bosch, 1979, pp. XII y XIII.

⁴ Agustín Gordillo, *Introducción al derecho. Derecho público y privado. Common-law y derecho continental europeo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, p. II-10.

⁵ Incluso puede darse el supuesto de que un principio funcione como determinante para solucionar conflictos entre leyes. Lo anterior es palmario cuando se está frente a un conflicto entre una ley anterior y una ley posterior, bajo las hipótesis de que: 1) ambas regulen la misma materia; 2) se encuentren dentro del mismo nivel jerárquico; 3) fueron expedidas por la misma autoridad legislativa, y 4) tengan el mismo ámbito espacial de vigencia; bajo esta posibilidad, interviene para solucionar dicho conflicto el principio jurídico de que la ley posterior deroga tácitamente a la anterior en las disposiciones que se opongan a ella.

Por su parte, el control difuso de convencionalidad logra la coexistencia de un diverso principio que es el *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga), en virtud de que “es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen”.⁶ Así, a este control difuso le corresponde realizar un análisis de las disposiciones normativas internas a la luz de los tratados internacionales, protocolos adicionales, así como la jurisprudencia internacional, siempre buscando la pauta interpretativa del principio *pro persona*.

El principio *pro persona*, cuyo fundamento constitucional se encuentra establecido en el segundo párrafo del artículo 1o. de la Constitución federal, cuya literalidad señala:

Artículo 1o. [...] Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia...

Emerge como una cláusula de interpretación de las normas de derechos humanos contenidas en nuestro derecho interno y en las disposiciones internacionales de la materia.

Es decir, podemos considerar que este principio constitucional es un criterio hermenéutico en virtud del cual debe acudirse a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trate de reconocer derechos protegidos; en otros términos, dicho principio otorga un sentido protector a favor de la persona, pues ante la existencia de varias posibilidades de solución a un mismo problema, obliga a optar por la que protege en términos más amplios.⁷

Al respecto, Miguel Carbonell señala que el principio constitucional *pro persona* implica que “cuando existan distintas interpretaciones posibles de una norma jurídica, se deberá elegir aquella que más protege al titular de un derecho humano. Y también significa que, cuando en un caso concreto se puedan aplicar dos o más normas jurídicas, el intérprete debe elegir aquella que proteja de mejor manera a los titulares de un derecho humano”.⁸

Bajo esa tesis, debemos señalar que el principio *pro persona* manda:⁹

- a) Acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos.

⁶ Miguel Carbonell, *Teoría de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, 4a. ed., México, IJ-UNAM, 2014, pp. 99 y 100.

⁷ Tesis aislada número 1a. xxvi/2012 (10a.), versión digitalizada del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época, t. 2, noviembre de 2013, p. 1383, registro: 2005026.

⁸ M. Carbonell, *Teoría de los derechos humanos...*, p. 139.

⁹ Ariel Alberto Rojas Caballero, *Los derechos humanos en México. Análisis y comentarios de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011. Bases del derecho internacional de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2012, p. 37.

- b) E inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de su suspensión extraordinaria.¹⁰

Mónica Pinto refiere que el principio *pro persona* “es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos”.¹¹

En tal corolario, el principio constitucional *pro persona* marca una pauta interpretativa que debe realizarse entre las normas de derechos humanos internas e internacionales, prefiriendo siempre aquella que produzca una protección más amplia a la persona, ya sea por su extensión protectora, o bien, porque constituye menores restricciones.

¹⁰ En consideración a lo anterior, es menester referir que la prescripción del principio *pro persona* que impone acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos no tiene mayor dificultad en su comprensión, pues es claro que pretende la aplicación de la disposición normativa en derechos humanos nacional o internacional que depare una protección mayor a favor de la persona; sin embargo, la prescripción de este principio que impone acudir a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de su suspensión extraordinaria puede resultar –al menos así lo consideramos– incomprensible, por lo que estimamos necesario para su intelección aludir un caso concreto que nos permita conocer esta prescripción.

Para comprender puntualmente esta posición, se confrontan los artículos 8, numeral 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 38, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Contraponiendo estas disposiciones normativas, es notoria la discrepancia existente entre la disposición internacional y la normatividad nacional, habida razón que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que la persona que haya sido imputada por la comisión de algún delito no será privada de sus derechos hasta en tanto no exista una resolución que declare su culpabilidad; por el otro lado, en nuestra Constitución federal se establece que los derechos personales serán suspendidos por la comisión de algún delito que merezca pena corporal a partir de la sujeción a proceso o del dictado del auto de formal prisión.

El caso anterior puede ser apto para la prescripción del principio *pro persona* que impone acudir a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de su suspensión extraordinaria, puesto que si se está frente a un caso donde tenga que resolverse respecto de la suspensión de los derechos de una persona que está sujeta a proceso penal sin haberse decretado su culpabilidad, sería indudable que tendría que preferir la aplicación de la disposición internacional, es decir, el artículo 8, numeral 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que se acudiría a la norma más restringida cuando se trate de establecer una suspensión extraordinaria en los derechos personales.

¹¹ Mónica Pinto, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales/Editores del Puerto, 1997, p. 163.

Por otra parte, se debe considerar que este principio constitucional no sólo puede entenderse como un principio a manera de una opción más de interpretación de normas de derechos humanos, *sino también debe considerarse como un derecho del gobernado* como paso obligado para cualquier juzgador, sea de la jerarquía que fuere, cuando esté aplicando una norma relativa a derechos humanos, a fin de que pondere si en el caso concreto existe una norma más protectora, debido a “que en la práctica, este principio impone al juez una obligación precisa, cuando decide un caso determinado debe tener como criterio hermenéutico acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva en favor de los derechos humanos”.¹²

El razonamiento anterior se sustenta debido a que, si este principio constitucional que alega la protección más amplia de los derechos humanos es ignorado en un proceso judicial a pesar de su posible aplicación, provocaría una supresión en el ejercicio y goce de los derechos humanos, puesto que pasar por alto una disposición jurídica –nacional o internacional– que depare mayor protección, traería como consecuencia limitar la tutela de los derechos humanos. Máxime que la aplicación del principio *pro persona* en el análisis de los derechos humanos es un componente esencial que debe utilizarse imperiosamente en el establecimiento e interpretación de normas relacionadas con la protección de la persona, a efecto de lograr su adecuada protección.¹³

Por ello, todos los jueces nacionales tienen la obligación de que, si en los instrumentos internacionales existe una protección más benéfica para la persona respecto de la institución jurídica que se analice, ésta se aplique sin que tal circunstancia signifique que dejen de observarse los principios constitucionales y legales que rigen su función jurisdiccional –legalidad, igualdad, seguridad jurídica, debido proceso, acceso efectivo a la justicia.¹⁴

El principio *pro persona* no es “optativo” para el juez, sino que constituye un mandato constitucional obligatorio cuando se trate de interpretar normas de derechos humanos.¹⁵ Por consiguiente, el juez, “ante dos normas jurídicas (sean nacionales o internacionales) que puedan ser igualmente aplicables, debe siempre preferir aquella norma que más beneficie a la persona. Aunque la norma que aplica un

¹² Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional*, 2a. ed., México, Porrúa/UNAM, 2013, p. 23.

¹³ Tesis aislada número 1a. xxvi/2012 (10a.), versión digitalizada del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, l. V, febrero de 2012, p. 659, registro: 2000263.

¹⁴ Tesis aislada número 2a. LXXXII/2012 (10a.), versión digitalizada del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 2, noviembre de 2012, p. 1587, registro: 2002179.

¹⁵ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad”, en E. Ferrer Mac-Gregor (coord), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, FUNDAP, 2012, p. 112.

mayor nivel de protección sea jerárquicamente inferior, o bien, que haya sido introducida al sistema jurídico con anterioridad a otra norma menos protectora”.¹⁶

Así, podemos señalar que los alcances de este principio constitucional no culminan en una simple jerarquía de normas jurídicas, puesto que “si se llegara a presentar una contradicción entre una norma constitucional y una norma internacional en materia de derechos humanos que cuente con un contenido más garantista que la norma constitucional, deberá aplicarse la norma internacional, y viceversa, si la norma constitucional es más garantista esta última es la que se tendrá que aplicar”.¹⁷ Además, los alcances del principio *pro persona* van más allá de la máxima jurídica *lex posterior derogat priori* (la ley posterior deroga la anterior), debido a que, “aunque las normas sean posteriores, en el momento de ser ratificadas no derogan otras disposiciones nacionales o internacionales anteriores que establezcan protecciones más favorables al ser humano”.¹⁸

Partiendo de lo anterior, es importante señalar los posibles límites que pudiera tener el principio *pro persona* en la función jurisdiccional:

1. Al llevar a cabo una interpretación de las normas –nacionales o internacionales– en busca de la protección más amplia de los derechos humanos, deberá realizarse sin atentar en contra de la voluntad expresa del órgano creador de la disposición normativa u órgano legislador.
2. Al aplicar el principio *pro persona*, los jueces nacionales no deberán perder de vista los principios constitucionales y legales que rigen su función jurisdiccional –legalidad, igualdad, seguridad jurídica, debido proceso, acceso efectivo a la justicia, cosa juzgada.
3. El principio *pro persona* no se aplicará para confrontar normas de naturaleza y finalidad distintas, sobre todo si no tutelan derechos humanos (regulan cuestiones procesales), pues su contenido no conlleva oposición alguna en materia de derechos fundamentales.¹⁹

¹⁶ Gustavo Moscoso Salas, “El aporte filosófico en la interpretación de los derechos humanos: un análisis a propósito de la reforma del artículo 1 de la Constitución Mexicana”, ponencia realizada en el Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, noviembre de 2011, FES Acatlán-UNAM. Disponible en: <<http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/congfilodere/>>, consulta: 4 de septiembre de 2014.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Humberto Henderson, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 39, enero-junio de 2004, pp. 92-96.

¹⁹ Tesis de jurisprudencia número II.3o.P/J/3 (10a.), versión digitalizada del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III, l. 3, febrero de 2014, p. 2019, registro: 2005477.

Estudio de caso, *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*

Como fue expuesto en la parte introductoria, es menester observar de manera clara las virtudes que representa la aplicación del principio constitucional *pro persona* a partir de la solución de casos prácticos. Por tanto, se abordará el asunto resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante la sentencia del 17 de junio de 2005, identificado como *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*.²⁰

Cuestión litigiosa: sin analizar a profundidad el tratamiento que le dio la Corte Interamericana de Derechos Humanos al caso puesto a consideración, se planteará esencialmente la *litis* que motivó el mismo para la aplicación de lo que consideramos es la esencia del principio *pro persona*, por lo que estudiaremos el tratamiento argumentativo que la Corte Interamericana propició al caso particular.

Como premisa general, es importante contrastar las disposiciones normativas que analizó la Corte Interamericana en el presente caso, como el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los ordinales 62, 63, 64, 65 y 66 de la Constitución de la República del Paraguay, en sus apartados referentes a la significación especial a la propiedad comunal de las tierras ancestrales para los pueblos indígenas.

El artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege esencialmente la propiedad privada. Principalmente, es importante resaltar que este ordinal no contempla aspectos de propiedad indígena, sin embargo, resalta el tema considerado por la Corte Interamericana, alusivo a que nadie puede ser privado de sus bienes (propiedad), salvo una indemnización justa.

Los ordinales 62 (*De los pueblos indígenas y grupos étnicos*), 63 (*De la identidad étnica*), 64 (*De la propiedad comunitaria*), 65 (*Del derecho a la participación*) y 66 (*De la educación y la asistencia*) de la Constitución de la República del Paraguay reconocen la identidad cultural de los pueblos indígenas y la ligan al respectivo hábitat de cada uno de ellos, otorgándoles, además, una serie de derechos específicos. Es importante citar que el artículo 64 de la Constitución paraguaya toca aspectos que la Corte Interamericana consideró relevantes, pues alude que

... Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo.

²⁰ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, de 17 de junio de 2005. Disponible: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf>, consulta: 5 de septiembre de 2014.

Conclusión, existen derechos a la propiedad comunal indígena reconocidos por las disposiciones normativas aludidas, sin embargo, ninguna disposición propone palmariamente una solución en caso de que sea vulnerado el derecho de las comunidades indígenas al ser desposeídas de sus tierras ancestrales.

Consideraciones de la Corte: la Corte Interamericana consideró que, para analizar el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sería necesario realizarlo a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, es decir, bajo la hipótesis de que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

Bajo el argumento anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que, si bien la Constitución paraguaya reconoce la identidad cultural de los pueblos indígenas y la liga al respectivo hábitat de cada uno de ellos, era considerable, para dar el tratamiento debido al presente asunto, además de analizar esta norma nacional, utilizar otros tratados internacionales, incluso un tratado distintivo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, bajo el argumento de que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales [...] consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [artículo 31]”.²¹

En el presente caso, la Corte Interamericana consideró útil y apropiado para resolver la *litis* aplicar el Convenio 169 de la OIT (mismo que fue ratificado e incorporado al derecho interno paraguayo mediante la Ley 234/93), por contener diversas disposiciones –no atendidas en la Constitución paraguaya ni en la Convención Americana– que guardan relación con el derecho a la propiedad comunal de las comunidades indígenas.

En ese contexto, la Corte Interamericana, al analizar que en el caso puesto a consideración se alegaba, por parte del Estado de Paraguay, una imposibilidad de reintegrar a la comunidad indígena a sus tierras tradicionales por existir una colisión de derechos entre la propiedad privada y la propiedad ancestral de los miembros de comunidades indígenas, señaló que el Estado de Paraguay debió haberse ceñido a lo que dispone el arábigo 16.4 del Convenio 169 de la OIT, el cual señala, en esencia, que las comunidades indígenas tienen el derecho de regresar a sus tierras tradicionales y

...cuando el retorno no sea posible, [...] dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a

²¹ Cfr. *Ibid.*, p. 78.

los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas.

Puntos resolutivos: habiendo determinado la Corte Interamericana, de conformidad con la parte considerativa de la sentencia, que el Estado de Paraguay había violado el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por no haber adoptado el Estado de Paraguay las medidas adecuadas de derecho interno necesarias para garantizar el uso y goce efectivo por parte de los miembros de la comunidad Yakye Axa de sus tierras tradicionales, se decidió, por unanimidad entre otros lineamientos, que “el Estado deberá identificar el territorio tradicional de los miembros de la Comunidad indígena Yakye Axa y entregárselos de manera gratuita...”;²² “mientras los miembros de la comunidad indígena Yakye Axa se encuentren sin tierras, el Estado deberá suministrarles los bienes y servicios básicos necesarios para su subsistencia”;²³ y “el Estado deberá adoptar en su derecho interno, en un plazo razonable, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para garantizar el efectivo goce del derecho a la propiedad de los miembros de los pueblos indígenas”;²⁴ este último lineamiento significa que el Estado de Paraguay debe integrar en su legislación interna un recurso pronto, completo y efectivo que solucione la hipótesis de colisión de derechos entre la propiedad privada y la propiedad comunitaria de tierras indígenas, conforme lo establece el Convenio 169 de la OIT.

Conclusión: consideramos que la Corte Interamericana, al resolver el caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, empleó el principio constitucional *pro persona*, puesto que al llevar a cabo un análisis integral entre la Constitución de la República del Paraguay, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Convenio 169 de la OIT, principalmente resalta una interpretación extensiva entre estas disposiciones nacionales e internacionales; y resalta además, la búsqueda y aplicación de aquella norma –distinta a la Constitución paraguaya y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos– que consideró otorgaba una protección más amplia a los derechos de las comunidades indígenas a preservar su hábitat ancestral.

²² Cfr. *Ibid.*, p. 109.

²³ Cfr. *Idem.*

²⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 110.

Conclusiones

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011 no sólo trajo consigo la actualización del texto de la norma constitucional, sino que revela retos importantes que deben ser analizados de manera íntegra dada la importancia y trascendencia que hoy en día alcanzan los derechos humanos.

El principio *pro persona* es un verdadero desafío como método interpretativo y garante de los derechos humanos, por ello, todos y cada uno de los integrantes del sistema jurídico mexicano, principalmente los jueces nacionales, deben apresarse a la construcción de este principio, conocer y establecer su contenido, aplicación, alcances y limitaciones. Ello a fin de cumplir con el mandato constitucional e internacional en materia de derechos humanos sobre la aplicación de este principio, dada la protección extensa que busca en favor de las personas.

Más que ser utilizado como un simple método interpretativo de normas de derechos humanos, el principio *pro persona* debe ser contemplado como un derecho-precepto constitucional obligatorio de estricta observancia y aplicación a cargo de los jueces nacionales, puesto que antepone la protección más amplia de los derechos humanos inherentes a las personas, sin interesar la jerarquía o temporalidad de la norma jurídica e incluso si éste no es invocado por la parte interesada dentro del proceso judicial, pues el principio *pro persona* trae aparejada una protección garantista de los derechos humanos por el sólo hecho de serlo, en virtud de que éstas son el principio y fin último de la existencia no sólo de los derechos humanos, sino de todos aquellos mecanismos que conlleven a reconocerlas como tal.

Bibliografía

Atienza, Manuel, *La razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México IJ-UNAM, 2003.

Carbonell, Miguel, *Teoría de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, 4a. ed, México, IJ-UNAM, 2014.

Gordillo, Agustín, *Introducción al derecho. Derecho público y privado. Common law y derecho continental europeo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Dialogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, FUNDAP, 2012.

_____, Voto razonado Juez *Ad Hoc*, en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 26 de noviembre de 2010. Disponible en:

- <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia#>>, consulta: 2 de septiembre de 2014.
- Fix-Zamudio, Héctor y Salvador Valencia Carmona, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional*, 2ª ed., México, Porrúa/UNAM, 2013.
- Henderson, Humberto, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 39, enero-junio 2004.
- Mans Puigarnau, Jaime M., *Los principios generales del derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos con la jurisprudencia del tribunal supremo de justicia*, Barcelona, Bosch, 1979.
- Moscoso Salas, Gustavo, “El aporte filosófico en la interpretación de los derechos humanos: un análisis a propósito de la reforma del artículo 1 de la Constitución Mexicana”, ponencia realizada en el Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, noviembre de 2011, FES Acatlan-UNAM. Disponible en: <<http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/congfilodere/>>, consulta: 04 de septiembre de 2014.
- Mónica Pinto, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales/Editores del Puerto, 1997.
- Rojas Caballero, Ariel Alberto, *Los derechos humanos en México. Análisis y comentarios de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011. Bases del derecho internacional de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2012.
- Sentencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos en el *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, de 17 de junio de 2005. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf>, consulta: 05 de septiembre de 2014.
- Tesis de jurisprudencia número II.3o.PJ/3 (10a.), versión digitalizada del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III, l. 3, febrero de 2014, p. 2019, registro: 2005477.
- Tesis aislada número 1a. XXVI/2012 (10a.), versión digitalizada del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, l. v, febrero de 2012, p. 659, registro: 2000263.
- Tesis aislada número 2a. LXXXII/2012 (10a.), versión digitalizada del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 2, noviembre de 2012, p. 1587, registro: 2002179.

Tesis aislada número 1a. xxvi/2012 (10a.), versión digitalizada del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 2, noviembre de 2013, p. 1383, registro: 2005026.

LA MEDIACIÓN PENAL EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y SUS EFECTOS EN LA LEGISLACIÓN LOCAL. RETOS Y PERSPECTIVAS

*Daniel Montero Zendejas**

Derecho internacional penal. La mediación, una expresión de justicia restaurativa a nivel internacional

El modelo acusatorio, oral, adversarial y demás elementos que lo caracterizan, trae consigo no sólo el de procedimiento abreviado o la denominada justicia alternativa y restaurativa, donde la reparación del daño es equivalente a la imposición de medidas cautelares que se estructura al modelo finalista expuesto por Hans Welzel, en donde lo último que hay que privilegiar es la pérdida de la libertad; en otras palabras, el positivismo penal difundido, entre otros, por Ferri, al considerar a los delincuentes como entes enfermos –cuya patología no es otra cosa que el reflejo de la sociedad– debían, por ende, ser tratados como enfermos y no como criminales; abandonando con ello una de las definiciones clásicas del derecho penal, el derecho de la criminalidad. Quiere decir que, en el devenir de la existencia y de su propio origen, el derecho coercitivo, como una expresión del monopolio de la violencia expuesto por Weber, se ha transformado axiológicamente, como también la penología, pues ya no corresponde la sanción al daño causado.

En ese eje temático, reasumimos que la crisis del derecho penal es una constante; el milenio que nos envuelve en conceptos de macrocriminalidad o delincuencia organizada transnacional con delitos de alto impacto, donde se encuadra el terrorismo no sólo bélico, sino informático y cibernético. De ahí que la penología, junto con la victimología y la criminología, sean disciplinas que forman una ciencia pe-

* Doctor en Derecho; profesor-investigador de tiempo completo en la Universidad Autónoma del Estado de Morelos e investigador del Sistema Nacional de Investigadores (SNI), nivel II, de Conacyt.

nal que obedece a cambios paradigmáticos de una sociedad global, donde la aldea de McLuhan inicia una nueva fase de convivencia interactuante entre sus diversos actores y relaciones comunes.

Desde esa perspectiva, el mundo de hoy no es el mismo de los orígenes de la “ley del talión”, el Código de Manú o el de Hammurabi, por el contrario, el derecho penal del enemigo aparece en una relación lógica frente a la tutela indiscriminada de los derechos humanos.

El Protocolo de Estambul, la Convención de Palermo y todos los ordenamientos internacionales que conforman ya un derecho internacional penal se desdibujan frente a la barbarie de Medio Oriente o la franja de Cisjordania, con todo lo que implica Palestina e Israel.

En ese devenir de contradicciones axiológicas, de formación de nuevos paradigmas que conllevan una civilidad en la toma de decisiones de los gobiernos para privilegiar los derechos humanos, el derecho victimario continúa en un estado de *laisant faire laissant passer*.

La revictimización continúa en la práctica procesal penal, pues a pesar de que la cadena de custodia, la profesionalización de servicios periciales, la presunción de inocencia y la carga de la prueba para quien denuncia forman parte de esa cadena indeterminada e inconclusa de ver a la víctima en la justa dimensión de la teoría del delito y de la reparación del daño. Dicho de otra manera, frente a la violación, secuestro, tráfico de órganos, prácticas pederastas, pornografía infantil, comercio humano, entre otros, puede existir una auténtica reparación del daño; más aún, la mediación puede ser una expresión de justicia restaurativa. La respuesta es obvia, no.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 3o. consagra el derecho de todo individuo a la seguridad de su persona, de igual manera, el artículo 7º. señala que todos tienen el derecho a ser protegidos. Por estas razones, entre otras, debemos entender que la problemática de la seguridad va unida fundamentalmente a la procuración y administración de justicia. De ahí que propiciemos un concepto integral a este universo, llamado “justicia penal”.

Conceptos, principios y definiciones aplicables en el contexto de la mediación

I. Se entiende por víctima a la persona que sufre directamente, en su persona o bienes, los efectos del delito; a las asociaciones, por delitos que afecten sus intereses colectivos o difusos y a las comunidades indígenas por ilícitos de genocidio, explotación económica, depredación o contaminación de su hábitat.

II. Se consideran ofendidos a quienes hayan resentido, en forma indirecta, alguna afectación en su persona, bienes o funciones a causa del delito, tengan o no derecho a la reparación del daño. Responden a este carácter el cónyuge, el concubi-

no o concubina y los parientes de la víctima en los tipos, líneas y grados previstos por la ley, sus amigos, compañeros, vecinos y miembros de la comunidad cercana, la familia del delincuente, los organismos, gubernamentales o no, encargados de la prevención del delito, de los problemas de drogadicción, alcoholismo, violencia y otras disfunciones familiares o conductas antisociales vinculadas concretamente al delito, así como a las instituciones relacionadas con el empleo, la salud, el desarraigo cultural o geográfico y la educación, cuando el hecho delictivo tenga relación genética con estos factores.

III. Método alternativo de solución de conflictos, es cualquier mecanismo que permita resolver, pacíficamente y con la intervención de un tercero neutral, una controversia interindividual o colectiva sin recurrir al procedimiento judicial, entendido como fórmula complementaria que no desplaza al sistema tradicional.

Son métodos alternativos: la mediación, la conciliación y el arbitraje, así como las conversaciones, foros o conferencias restaurativas, reuniones para decidir condenas, círculos de sanación o cualquiera que sea su denominación doctrinal o jurídica.

IV. Facilitador o mediador es toda persona capacitada que, en forma institucional o privada, interviene en la solución de un conflicto interindividual o colectivo a solicitud o con autorización de las partes, utilizando algún método alternativo de solución de controversias y respetando los principios de voluntariedad, confidencialidad e imparcialidad que caracterizan su función.

V. Por justicia restaurativa se entiende la orientación de una política criminal de mínima intervención que facilita la autocomposición asistida de todas las personas afectadas directa o indirectamente por el delito, a fin de conocer sus sentimientos y experiencias para solucionar en lo posible, sus respectivas necesidades induciendo al Estado y a la sociedad a fin de que reconozcan su responsabilidad frente a todos sus miembros, incluidas las víctimas, ofendidos y ofensores, aportando soluciones específicas en cada caso, con el objeto de recuperar la armonía social y evitar nuevos delitos. Esta orientación no excluye la intervención judicial o la reclusión del delincuente cuando sea necesario, pero sí reducir los procesos penales, el internamiento y el etiquetamiento criminal, cuando se trate de delitos de menor cuantía e impacto social o delincuentes juveniles, primarios o de mínima peligrosidad, con los requisitos previstos en la ley.

VI. Son principios que animan la justicia restaurativa, los siguientes:

- a) El delito se origina en conflictos interindividuales o colectivos, en necesidades insatisfechas o en disfunciones familiares o relacionales, pero siempre produce antagonismo entre la víctima, su familia, la comunidad y el infractor, en razón de los daños materiales y emocionales que provoca, por lo que deben atenderse tanto las causas como los efectos para resolver integralmente el problema y restablecer la armonía individual y social.

- b) El delito no debe ser considerado como una simple infracción a la ley del Estado, que afecta los valores y la tranquilidad de la comunidad; ni el castigo como la justa respuesta al infractor por el hecho antijurídico, reconociendo a la víctima o al ofendido, en su caso, el derecho a la reparación del daño y sólo en algunas hipótesis, los delitos de querrela, la facultad de perdonar; ya que posterga a la víctima, ignorando sus verdaderas necesidades, y despersonaliza al delincuente, soslayando los orígenes del delito con lo que se pierde una valiosa oportunidad para hacer prevención específica y reinsertar socialmente al infractor con el apoyo de su familia y de las instituciones públicas y privadas que atienden a los factores delictivos.
- c) La crisis cualitativa y cuantitativa que sufre tanto la procuración como la administración de justicia penal y el sistema penitenciario, hace necesario cambiar los parámetros de la justicia represiva otorgando a las víctimas y ofendidos, a los delincuentes y a la comunidad, la oportunidad de participar activa y directamente en el proceso de administrar justicia en los casos concretos, por medio de una solución negociada que satisfaga a todos, con el apoyo de un tercero imparcial.
- d) La justicia restaurativa opera en todas las áreas del derecho, pero tiene su mayor impacto en los problemas familiares y penales, por las heridas emocionales que causan y la necesidad de mantener vínculos, además del daño material; por lo que el procedimiento tradicional, al ocuparse sólo de este último tema, tiene poca eficacia para resolver integralmente el conflicto, pues éste subsiste en sus aspectos más sensibles provocando, a su vez, nuevos delitos derivados del odio y la necesidad de venganza.
- e) El enfoque restaurativo debe operar también en el ámbito penitenciario, entendido no sólo como parte del procedimiento penal, sino como la última oportunidad del sistema para reinsertar exitosamente al reo en el tejido social, con un pronóstico aceptable de que no volverá a delinquir, lo que sólo es pensable cuando el infractor haya admitido su responsabilidad, pedido disculpas, reparado el daño y resuelto sus conflictos con la propia familia, la que debe apoyarlo en la primera fase de la liberación y servirle de motivación para evitar nuevos delitos, convencido de que éstos afectan también a los miembros de su familia, a sus compañeros y amigos, por la infamia que conllevan, entre otros efectos negativos.
- f) Los métodos alternos de justicia, aplicados a la resolución de conflictos vecinales, violencia escolar y disfunciones familiares, entre otros problemas de tipo individual y social, operan como medios de prevención del delito, sobre todo cuando responden al enfoque restaurativo, por lo que deben ser calificados como instrumentos de política criminal y difundidos para su aplicación en todas las áreas del sistema de seguridad pública.
- g) Los programas de justicia restaurativa, aplicados oportunamente, en especial a los infractores jóvenes, tienen la virtud de impedir el etiquetamiento

criminal y crear las condiciones para que el menor o el adulto admitan la comisión del delito y asuman las consecuencias, como condición para evitar la reincidencia.

- h) La justicia restaurativa reduce el número de asuntos encomendados a la judicatura y evita el hacinamiento penitenciario, permitiendo a los operadores del derecho atender delitos de mayor envergadura e impacto social, propiciando una intervención más activa de la comunidad cercana a la víctima y al delincuente, que coadyuve en la solución de sus problemas sin excluir el procedimiento y la pena, cuando procedan, ni la supervisión judicial de los convenios obtenidos.

VII. Programa de justicia restaurativa es el conjunto de directrices y acciones que en respuesta al delito y atendiendo a la dignidad e igualdad de las personas, pretende recuperar la armonía social y prevenir nuevas conductas antijurídicas, evitando en lo posible el procedimiento judicial en los casos autorizados por la ley y con apego a los principios que animan a dicha orientación.

VIII. Proceso o método restaurativo es aquel mecanismo que favorece el entendimiento entre la víctima y el delincuente, incluyendo, cuando sea pertinente a los ofendidos y otras personas o instituciones afectadas o vinculadas por el delito para que participen en forma constructiva, con la ayuda de un facilitador, en la solución del conflicto originado por el hecho ilícito y sus antecedentes, sin recurrir al procedimiento judicial, pero tomando en cuenta las necesidades de la víctima de recibir información; expresar sus sentimientos y razones; obtener seguridad y apoyo para evitar nuevos actos delictivos, procurando que se le cubran los daños objetivos, se curen las heridas emocionales y se reparen las fracturas relacionales que impiden la armonía individual y colectiva, además de propiciar un clima de inseguridad ante posibles represalias.

En el proceso restaurativo deben intervenir también los ofendidos, cuando lo pidan, aunque no tengan derecho a la reparación del daño, ya que tienen otras necesidades que deben satisfacerse para evitar represalias, curar heridas emocionales y mantener, en lo posible, los vínculos existentes con el ofensor. Dicho proceso puede realizarse mediante cualquiera de los medios alternativos para la solución de conflictos, siempre que se ajuste a la naturaleza y a las pretensiones del caso.

IX. Por resultado restaurativo se entiende el acuerdo obtenido vía el proceso restaurativo, que obliga moral y jurídicamente a los intervinientes a resolver las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes, como serían la reparación del daño y el servicio a la comunidad; la promesa de no ofender; la petición de disculpas y el compromiso de no reincidir; los apoyos psicológicos y sociales para que la víctima recupere su seguridad y estima, al tiempo que el delincuente logre su reinserción social mediante la revinculación con su familia y la comunidad.

La simple reparación del daño, sin arrepentimiento del delincuente ni satisfacción de las necesidades psicológicas de la víctima, no es suficiente para decretar la extinción de la responsabilidad penal, como tampoco los convenios reparatorios obtenidos por violencia física o moral, error o engaño, ni cuando el delito sea de los que no admiten legalmente la autocomposición. “La justicia restaurativa se logra aun cuando el delincuente deba ser penalmente sancionado, siempre que se hayan cubierto otras necesidades del sujeto pasivo, los ofendidos, el victimario y la comunidad”.¹

En este orden de ideas, la mediación penal, como una alternativa a la no violencia, venganza, coerción y si al diálogo, la concienciación penal, a la no privación de la libertad, al pago o reparación del daño, es una respuesta social a la incapacidad del Estado a garantizar a la sociedad una impartición de justicia transparente, expedita, eficaz; que garantiza el orden y la aplicación debida del derecho tanto al presunto responsable o vinculado a proceso como a la víctima de un ilícito.

En el Estado mexicano, con una tradición añeja de corrupción, simulación, impunidad, el modelo acusatorio se pretende erigir como el salvador de una sociedad que ha visto en los últimos años más de cien mil ejecuciones, número igual o mayor de desplazados y cifras que van, desde organismos no gubernamentales hasta medios de comunicación, más de cien mil desaparecidos. Las fosas clandestinas, la venta de órganos, las cifras que envuelven homicidios del fuero común –y que sólo con una manta se transforman del fuero federal–, el narcomenudeo, entre otros efectos paralelos, se convierten solamente en estadísticas que ofrece el gobierno en turno.

En la administración del expresidente Felipe Calderón, la Secretaría de Seguridad Pública informaba de la guerra al narcotráfico, donde las detenciones se aproximaban a mas de cien mil presuntos responsables, teniendo solamente seis mil consignaciones, de las cuales, de mil carpetas de investigación o averiguaciones previas, sólo seis eran condenatorias.

Esta crisis de la impartición y administración de justicia, en donde el elemento de una corporación de seguridad pública pone en peligro su integridad física para llevar al probable responsable –ya sea en flagrancia o no– al Ministerio Público, para que éste lo deje en libertad por no considerar que existen elementos suficientes en los términos que establece la ley; o en su defecto, este Ministerio Público que integra debidamente su carpeta y considera que existen hechos constitutivos de un delito para ejercitar la acción penal y someterlo al juez de la causa y éste lo deja en libertad o se queda con el procedimiento abreviado y no lo lleva al juicio oral, también ve frustrada su actividad y devaluada la institución.

La politización de la justicia es otro elemento a considerar, así como el estado de indefensión en que queda el servidor público que, en el ejercicio de sus atribu-

¹ John Bailey y Roy Godson, *Crimen organizado y gobernabilidad democrática*, México, Grijalbo, 2000, p. 140.

ciones, consigna a un jefe o figura conspicua de un cártel de la droga y, posteriormente, por ese ejercicio debido es retirado de la corporación o institución competente para este fin.

En el universo de este sistema penal, quienes lo hemos vivido con todas las aristas –desde ministerio público hasta responsable de las políticas de reinserción social–, llegamos a la conclusión de la necesidad de que el enemigo número uno para los fines de un Estado de derecho es la corrupción y la complicidad de autoridades judiciales y de la propia cadena de intereses creados.

Ante este escenario, la mediación penal para delitos de alto impacto en un sistema como el mexicano y de otras naciones similares, es sólo el deseo de organismos internacionales por plantear una hipótesis acorde al mundo globalizado y del milenio en curso, pero que en la realidad nada o muy poco queda por hacer de continuar las tendencias actuales de macrocriminalidad económica.

La justicia restaurativa es una forma de combatir el comportamiento criminal pensando en las necesidades de la comunidad, las víctimas y los delinquentes; esta justicia es una metodología para solucionar problemas que, de varias maneras, involucran a la víctima, al ofensor, a las redes sociales, las instituciones judiciales y la comunidad. Los programas de justicia restaurativa se basan en el principio fundamental de que el comportamiento delictivo no solamente viola la ley, sino también hiere a las víctimas y a la comunidad. Cualquier esfuerzo para solucionar las consecuencias del comportamiento delictivo deberá, en la medida de lo posible, involucrar tanto al ofensor como a las partes ofendidas, y proporcionar la ayuda y el apoyo que la víctima y el delincuente requieren.

La justicia restaurativa es un proceso para resolver el problema de la delincuencia enfocándose en la compensación del daño a las víctimas, haciendo a los delinquentes responsables de sus acciones y también, a menudo, involucrando a la comunidad en la resolución del conflicto. La participación de las partes es esencial al proceso y enfatiza la construcción de relaciones y reconciliaciones, así como el desarrollo de acuerdos en torno a un resultado deseado por las víctimas y los delinquentes. Los procesos de justicia restaurativa pueden adaptarse a varios contextos culturales y a las necesidades de comunidades diferentes. Mediante ellos, el proceso, en sí mismo, a menudo transforma las relaciones entre la comunidad y el sistema de justicia como un todo.

Esta justicia es un concepto evolutivo que ha generado diferentes interpretaciones en diferentes países, respecto al cual no hay siempre un consenso perfecto; así, encontramos “justicia comunitaria”, “hacer reparaciones”, “justicia positiva”, “justicia reparadora” y “justicia restauradora”.²

La justicia restaurativa es un proceso donde las partes con riesgo de un delito específico resuelven colectivamente cómo tratar las consecuencias del delito y sus

² Organización de las Naciones Unidas (UNODC), *Manual sobre programas de justicia restaurativa*, Nueva York, UNODC, 2006, p. 6.

implicaciones para el futuro. Algunos antecedentes históricos de la teoría de justicia restaurativa:

Desde la Antigüedad se han dado muchas vueltas sobre cómo hay que responder al crimen. Los dioses y los ciudadanos se reunían en la Oresteia de Esquilo para decidir si había otro modo de responder al crimen que no fuese con otro crimen, puesto que también debía de ser tenida en cuenta la humanidad de los agresores, el propio Esquilo defendía que el perdón pudiera ir combinado con retribución no como algo abstracto, sino como medio de reintegrar al victimario a la sociedad.³

Algo similar sucede en la historia de la guerra del Peloponeso de Tucídides, cuando éste trata de demostrar que la venganza es irracional, puesto que se crea un círculo vicioso en el que la violencia se alimenta de venganza, y la venganza de violencia.

En la tradición cristiana siempre se ha hablado de perdón y reconciliación como papel central, poco a poco se nos enseñó como reconciliarnos con Dios, pero olvidamos uno de los mandatos del mismo, ejercer el perdón y reconciliarnos con nuestros hermanos. La sociedad debería recuperar este caudal político y social que es el concepto del perdón, concepto del que viene plagada la historia sagrada cristiana.

La primera vez que una corte de justicia ordenó una sentencia restaurativa, es la aplicación del mundo de la teoría a la práctica judicial y se produjo hace unos 30 años en Kitchener, Ontario. En el referido procedimiento se juzgó a dos jóvenes capturados tras una juerga acompañada de actos vandálicos en la que se dañaron propiedades de 22 personas, se les obligó a encontrarse con las víctimas y negociar el pago de lo dañado; los jóvenes lo hicieron y restituyeron el daño causado de manera gradual acorde con sus posibilidades. Fue tan importante el caso, que a raíz de él se estableció un programa de justicia restaurativa en Kitchener, llamado “Programa de Reconciliación entre Víctimas y Ofensores”.

Posteriormente, en Indiana se siguió el modelo de Ontario, que en 1979 el programa se convirtió en la base de una ONG llamada “El Centro para Justicia Comunitaria” y posteriormente resurgieron programas similares en Inglaterra, Alemania y otros lugares de Europa. También adquirió importancia en Hispanoamérica –Guatemala, Chile, Argentina, México y otras–, así como Nueva Zelanda, Estados Unidos y Asia.

³ José Pedro Cruz Sanz, *Justicia restaurativa. Una opción de futuro*, trabajo monográfico de tesis, España, Universidad Católica de Ávila, 2005, pp. 7-8.

Antecedentes intelectuales

Entre los primeros partidarios de la justicia reparadora podemos enunciar a:

- Prins y Tallack. Weitekamp menciona, además, a Christie y Braithwaite, a Abel y Marsh, quienes en 1984 defendieron que la reparación tenía además de un efecto retributivo, otro efecto de tipo rehabilitatorio.
- Barnett (1977). Desechaba constantemente el empleo del castigo, considerando que había quedado obsoleto y proponiendo el empleo de la restitución.
- Cantor (1976). Propuso una justicia civil en forma de arbitraje.
- Del Vecchio (1975). Rechazó el principio kantiano de mal por mal pidiendo la abolición de las prisiones, a favor de la reparación del daño.
- Pepinsky y Quinney (1991). Apoyaron los programas de mediación debido a que no eran una respuesta violenta contra actos violentos; se les criticó igualmente que el hecho de que creyeran en una criminología pacificadora se centraba mucho en la persona, pero no tenía en cuenta los aspectos estructurales. Dentro de las teorías sobre la justicia restaurativa hay algunas que tienen un enfoque cristiano, podríamos mencionar a Zehr, Wright y el movimiento de la justicia relacional y hay otras teorías desde otros puntos de vista (Cragg, Fatic y Beristain).
- Howard Zehr, influye mucho tanto en el ámbito anglosajón como fuera de él, es director del Comité Central Menonita sobre Justicia Penal; escribió una obra llamada *Cambiar de lentes*, en la que desarrolla diferentes teorías partiendo del sistema japonés y de algunos experimentos de reconciliación realizados, concibiendo el delito como una ofensa contra la persona y no contra el Estado.
- Martin Wright también apoya las teorías restaurativas basándose en que el infractor debe reparar a la víctima, ofreciéndole ayuda y reparación vía la mediación; establece algunos límites sobre los delitos más graves, la desigualdad entre las partes, delitos intentados, reincidencia e incumplimiento de acuerdos anteriores (forma parte de un grupo llamado “Estándares en Justicia Restaurativa”). Sus objetivos son: reparación material, social y emocional de la víctima, reintegración del infractor en sociedad y promocionar que la sociedad tenga recursos para el manejo de los problemas y para prevenir el delito. El grupo Estándares entiende que la justicia restaurativa debe ser en la actualidad complementaria y paralela a la justicia penal tradicional, pero buscando la reducción del delito, la satisfacción social, el humanitarismo y la reparación de los lazos sociales.
- Burnside y Baker (*Justicia relacional*, 1994). Participaron en proyectos con grupos familiares, defendían un concepto de reconciliación basado en la ética judeo-cristiana.

No cristianos

Wesley Cragg pertenece a la sociedad canadiense John Howard, es un estudioso del derecho penal y propone que se reduzca la coerción y el castigo, cree que se deben reformar las instituciones para conseguir un mayor control social por medio del derecho.

Aleksandar Fatic formula una teoría sobre cómo se debe manejar el delito y lo publica en un libro (*Crime-Handling*); cree que se debe rechazar una noción de justicia basada en el castigo, sus tesis serían próximas a las de Cragg; cree que debe haber cierto control social (en sus palabras, cualquier forma de socialización) realizado mediante la educación y de los medios de comunicación de masas. Hay que cambiar la justicia y el dolor por bienestar social y cultura, por confianza entre las personas.

Antonio Berinstain, director del Instituto Vasco de Criminología, especialista en victimología, propone la utilización del término justicia recreativa en vez de restaurativa; cree que el control social parte de un compromiso responsable de delincuente, víctima y sociedad. En los proyectos de mediación relacionados con el sistema penal cabe destacar tres enfoques que actúan como punto de partida de toda una corriente posterior: movimientos sociales, teorías e instituciones.

- Movimientos sociales: existen algunos movimientos que buscan determinados intereses de tipo económico, político o de reforma social, que son influidos por distintas ideologías y que se traducen en teorías e instituciones. Tamarit I Sumalla cree que las bases ideológicas que sustentan las teorías reparadoras están basadas en convivencia cristiana, humanización y privatización. Cree que el modelo reparador participa de las tendencias político-criminales contemporáneas (abolicionista, resocializadora y garantista).
- Movimientos a favor de los derechos de los internos y de las alternativas de prisión. Están apoyados por los seguidores de la teoría del etiquetaje, dentro de las opciones se ha introducido el trabajo al servicio de la comunidad, que ha sido introducido en casi todas las legislaciones europeas y recomendado por organismos internacionales; la restauración se propone como pena autónoma, accesoria o complementaria.
- Movimientos a favor de los derechos de las víctimas. Apoyados por minorías discriminadas –por ejemplo, el colectivo de mujeres–; se crean asociaciones de ayuda a las víctimas por distintos países, algunas se van profesionalizando y pierden el carácter social, pero otras siguen pidiendo que se introduzca el punto de vista de las víctimas de los delitos.
- Movimientos a favor de la resolución alternativa de los conflictos. Se inicia en Estados Unidos y está influido por los estudios de antropólogos de los años sesenta y setenta, se inspira también en la mediación realizada por ancianos y sacerdotes de grupos étnicos y religiosos americanos.

- Opinión pública. Cabe destacar la importancia que tiene la opinión pública y su reflejo en los medios de comunicación.

Mediación y solución pacífica a conflictos mediante organismos internacionales. Legislación aplicable

Independientemente de las experiencias aisladas en materia de justicia restaurativa en el ámbito penal, resulta imprescindible hacer referencia al extraordinario trabajo llevado a cabo por la Organización de Naciones Unidas a través de los congresos sobre prevención del delito y justicia penal que se comenzaron a convocar a partir del 22 de agosto de 1955, esto sin dejar de reconocer el impulso dado a la justicia restaurativa vía los congresos mundiales de criminología, los simposios internacionales de victimología, los congresos mundiales de mediación, las conferencias del Foro Europeo sobre justicia restaurativa, así como el Primer Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal, entre otros.

Organización de Naciones Unidas

A partir de las últimas décadas del siglo pasado, la justicia restaurativa en materia penal se convirtió en un objeto de estudio en la Organización de Naciones Unidas con el fin de facilitar su regulación en las legislaciones nacionales. Precisamente y atendiendo a la pertinencia de los eventos citados, así como el impacto de los documentos generados, procedemos a analizarlos.⁴

Antecedentes

Desde 1872, en que se creó la Comisión Internacional de Cárcel, se convocó a conferencias sobre acciones en contra del crimen. Con la fundación de la Sociedad de las Naciones surgida en el contexto del Tratado de Versalles el 28 de junio de 1919; ésta agrupación cambió su nombre a Convención Internacional Penal y Penitenciaria, continuando con las conferencias para establecer políticas orientadas a enfrentar a la delincuencia.

Con la desaparición de la Sociedad de las Naciones, como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial y el surgimiento de la Organización de Naciones Unidas, se abrió un nuevo capítulo a eventos de pertinencia mundial y fue precisamente a partir de 1955, como ya se comentó, que se han llevado a cabo cada cinco años con

⁴ Jorge Pesqueira Leal, *Cultura y alienación*, Argentina, Plus Ultra, 1991, p. 61.

la denominación de congresos de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal, cuya instrumentación depende de la Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito.

En dicho contexto, los congresos quinquenales han repercutido en las políticas de justicia penal, así como en los procedimientos nacionales y las prácticas profesionales en todo el mundo. En la actualidad, los congresos tienen una importancia decisiva, dado que la globalización de muchos problemas contemporáneos, incluida la delincuencia, ha transformado en prioridad urgente la colaboración internacional. Así es como se señala por la UNODC, que los esfuerzos de las Naciones Unidas para establecer directrices internacionales en materia penal no carecen de precedentes.⁵

El arreglo pacífico de las diferencias entre los Estados. La solución pacífica de las controversias internacionales

Evolución

No fue sino hasta fines del siglo XIX cuando la comunidad internacional consideró que las disputas internacionales importantes podían ser arregladas pacíficamente. Surgió la teoría denominada disputas políticas, es decir, aquellas que no pueden ser arregladas por medios legales. Durante gran parte del siglo XX, este método fue excluido con el argumento que esto afectaba sus “intereses vitales”, “honor nacional”, “independencia” o “jurisdicción doméstica”, disputas relacionadas con intereses, no con derechos.

Esta división por intereses políticos y por derechos es muy criticada. La primera que se remite a las controversias políticas que no pueden resolverse mediante las reglas del derecho internacional, lo que se considera como una deficiencia de este orden jurídico. Se considera que la división de las disputas en términos políticos y jurídicos no tiene base técnica o científica. Se deja en manos de cada parte interesada la determinación del tipo de arreglo.

Algunos Estados se han refugiado en la frase de que se trata de disputas políticas y, por ende, no sujetas a la jurisdicción ni al arbitraje. Algunos autores, como César Sepúlveda, consideran que todas las cuestiones que afectan a los Estados –aun las más simples– tienen su *stratum* político, pues el Estado es una institución política; en ese aspecto todas las disputas son políticas, pero por otro lado, también son jurídicas, en el sentido de que absolutamente todas pueden resolverse por algún medio legal.

⁵ Rosalía Buenrostro Báez y otros, *Justicia alternativa y el sistema acusatorio*, México, Secretaría de Gobernación, 2013, p. 86.

Con la finalidad de que las controversias no deterioren la relación entre Estados y se armen arreglos difíciles, se creó el término “arreglo pacífico de las disputas internacionales”, surgida en la Conferencia de Paz de La Haya, en 1899; aunque de acuerdo con la evidencia empírica de los últimos 70 años del siglo xx, se ha observado que más que asuntos “políticos”, se trata de encontrar una solución que afecte el interés de los Estados involucrados.

Los llamados “medios pacíficos” son procedimientos para ajustar las disputas entre los Estados, ya sea mediante la ley u otros principios. Estos medios sólo pueden darse en una comunidad internacional más o menos integrada. Debido a que los problemas son variados, los procedimientos y las soluciones también lo son.

Existe otra corriente que sostiene que las disputas modernas son de carácter técnico, derivadas de los tratados de límites, asuntos económicos, aguas internacionales, radiocomunicación, aviación, etcétera. Estas controversias requieren comisiones especializadas técnicas.

Definición de arreglo pacífico

El arreglo pacífico se puede considerar como: “El ideal del derecho internacional que, cuando surjan disputas, se resuelvan por métodos pacíficos y no a través de la guerra o la violencia. Este cuerpo legal ha ideado algunos métodos para la solución de controversias por medios pacíficos, que pueden dividirse en medios políticos y medios jurídicos”.⁶

Tradicionalmente se admiten estos dos tipos de arreglos, lo cual no quiere decir que los arreglos políticos sólo sirvan para arreglar disputas políticas o viceversa, pues pueden emplearse indistintamente.

Pertenecen a las soluciones políticas:

- a) La negociación.
- b) Los buenos oficios y la mediación.
- c) Las comisiones de investigación.
- d) La conciliación (también conocido como “medios no judiciales de arreglo”).

Pertenecen a las soluciones jurídicas:

- a) El arbitraje.
- b) La Jurisdicción Internacional.
- c) La solución de controversias por las organizaciones internacionales.

⁶ César Sepúlveda, *Derecho internacional público*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1993, pp. 14-15.

En el mundo se han suscrito más de 200 pactos (denominados *Sistematyc Survey*) para el ajuste no violento de diferencias entre Estados, pero hay un gran número de controversias sin resolverse, por lo que no puede decirse que se haya alcanzado una situación satisfactoria en este campo. Ello puede deberse a diferencias entre los métodos existentes, a falta de conocimiento preciso de la operación de ellos a que cada disputa es diferente y requiere de métodos especiales para ajustarla o quizá a que a veces conviene a las partes mantener vivo el conflicto. Esta área precisa todavía de un amplio análisis sistemático

Se ha observado una fuerte tendencia de los Estados a suscribirse a cualquier clase de tratados de soluciones pacíficas, pero no para sujetarse a ellos.

Existe una tendencia a arreglar las disputas ante la intermediación de terceros y recurrir a los medios políticos de arreglo y tratar de solucionar ante las grandes organizaciones internacionales –en detrimento de los medios legales–, es decir, recurrir a los procedimientos políticos antes que a los legales.

Controversias políticas y jurídicas

Los procedimientos en los métodos diplomáticos no son permanentes ni tan elaborados como los métodos jurídicos. Teóricamente, estos últimos tienen un carácter legal y sus sentencias son generalmente obligatorias. Los métodos diplomáticos se distinguen por su complejidad. Parten desde la negociación, que se basa en el arreglo directo, hasta la conciliación, en que participan terceros. Los métodos jurídicos se catalogan considerando las características de los tribunales y las leyes aplicables. El arbitraje no tiene normas absolutas ni tribunales permanentes, la jurisdicción internacional sí cuenta con ellos. Desde el derecho internacional, es preferible que las controversias se resuelvan mediante métodos jurídicos que diplomáticos, aunque esto no sucede con regularidad.

Las organizaciones internacionales son la alternativa más viable para solución de las controversias. Debido al proceso de globalización, el peso específico de las organizaciones internacionales, mundiales y regionales ha crecido significativamente, combinan elementos diplomáticos y jurídicos. Instituciones jurídicas como la Corte Internacional de Justicia no han podido hacerse respetar en el mundo, los órganos internacionales –como el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas– destacan por su pragmatismo y rápido accionar. Al parecer, el futuro del derecho internacional se vincula con el éxito de las organizaciones internacionales que son garantes del imperio de la legalidad y empiezan a materializar los ideales de los juristas del siglo XIX.

Medios pacíficos de solución de controversias

- a) La negociación. Es un arreglo directo de Estado a Estado. Consiste en efectuar conversaciones diplomáticas con la finalidad de solucionar un conflicto internacional; se entablan entre las partes en conflicto por medio de sus órganos diplomáticos. Si el conflicto afecta a varias partes, lo frecuente es convocar previo acuerdo mutuo, a una conferencia internacional con el fin de solucionarlo (es uno de los medios más eficaces). La Carta de las Naciones Unidas en el artículo 33 y 37 señala que la negociación es preferente.

La negociación es el medio más antiguo, el más simple y el más usual en conflictos menores, en casos de Estados grandes frente a pequeños (ya que el mayor puede imponer su voluntad).

- b) Los buenos oficios y la mediación. Se emplea cuando no se ha hecho negociación o ésta ha fracasado. Un tercer Estado puede procurar el arreglo entre las partes, por ende, los buenos oficios ocurren cuando un país (o varios países) exhorta(n) a las naciones contendientes a recurrir a la negociación entre ellos.

Los buenos oficios tienen la intención de invitar a las partes a llegar a un acuerdo. Son espontáneos y derivan de un pacto internacional que concede autoridad al Estado mediador para intervenir en esta forma mediante propuestas de soluciones específicas que las partes pueden aceptar o no (estos medios se consideran como actos amistosos y no son muy frecuentes).

La ONU ha recurrido a su empleo en varias ocasiones y aunque no existe un derecho del Estado para interponer buenos oficios, éstos son aceptados como actos amistosos.

Los buenos oficios son considerados como mediación colectiva, prevista en la Carta de las Naciones Unidas (artículo 24 y 35) y en la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

- c) Las comisiones de investigación. Éstas fueron establecidas en la Conferencia de La Haya en 1899. El inicio de este tipo de arreglo se remite a un suceso bélico entre Rusia y Japón en 1904. Las flotillas rusas confundieron una embarcación pesquera inglesa con los enemigos japoneses. El problema se complicó debido a la simpatía de los ingleses por el Japón. Ante el conflicto, Francia emitió buenos oficios, que condujeron a la formación de una comisión de investigación, en la cual se determinó la culpabilidad de los rusos, quienes la asumieron y así se eliminó el conflicto.

El informe que emita la comisión no tiene carácter obligatorio y sólo sirve para arrojar luz sobre la disputa. Este método es poco usual en la actualidad.

- d) La conciliación. Es un proceso instituido por las partes, es un paso más allá de las comisiones de investigación, ya que los conciliadores no sólo investigan los hechos conductivos a la disputa, sino que sugieren una solución viable. La doctrina la define como: “La intervención de un órgano sin autori-

dad política, que gozando de la confianza de las partes en litigio. Está encargado de examinar todos los aspectos del litigio y de proponer una solución que no es obligatoria para las partes”.

La conciliación ha sido reglamentada en tratados bilaterales y multilaterales como el acta general para el arreglo de diferencias internacionales adoptada por la Asamblea General de la Liga de las Naciones de 1928 y revisada por la Asamblea General de la ONU en 1949, que establece que se puede someter al proceso de conciliación cualquier clase de controversia. Será contradictorio y su misión consistirá en dilucidar las cuestiones en litigio de manera que se recoja toda la información necesaria. Ésta terminará mediante un acta en la cual se hará constar si las partes llegaron o no un acuerdo y las condiciones de éste si las hubiere. Este procedimiento conciliatorio carece de fuerza vinculatoria para las partes, por eso actualmente se usa poco.

Bibliografía

- Bailey, John y Roy Godson, *Crimen organizado y gobernabilidad democrática*, México, Grijalbo, 2000.
- Buenrostro Báez, Rosalía et al., *Justicia alternativa y el sistema acusatorio*, México, Secretaría de Gobernación, 2013.
- Cabrera Dircio, Julio, *Estado y justicia alternativa, reforma al artículo 17 constitucional*, México, Coyoacán, 2012.
- Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Argentina, Losada, 1950.
- Kaplan, Marcos, *El narcotráfico latinoamericano y los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1993.
- Montero Zendejas, Daniel, *Derecho penal y crimen organizado. Crisis de la seguridad*, México, Porrúa, 2008.
- Pesqueira Leal, Jorge, *Cultura y alienación*, Argentina, Plus Ultra, 1991.
- Sepúlveda, César, *Derecho internacional público*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1993.
- Zamora Sánchez, Pedro, *Marco jurídico del lavado de dinero*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

Páginas de internet

<www.matrix666.net/wp-content/uploads/2011/12/jrestaurativa.pdf>.
<www.unodc.org/.../Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.p>.
<www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-42.html>.
<<http://es.scribd.com/doc/39573375/Solucion-Pacifica-de-Controversias>>.
<<http://www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2010/06302.pdf>>.
<<http://es.scribd.com/doc/30858836/5-Medios-Pacificos-de-Solucion-de-Conflictos-Internacionales>>.

Diccionarios

Diccionario jurídico mexicano, tomo II, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas- NAM, 1983
Nuevo Espasa ilustrado, España, Espasa-Calpe, 2005.
Diccionario de la lengua española, 2a. reimp., México, Océano, 1995,

LA VIABILIDAD DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA DE LOS DELITOS DE ALTO IMPACTO EN MÉXICO

*Lidia Yolanda López García**

Antecedentes de la justicia restaurativa

En 1985, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Declaración sobre Principios Fundamentales de Justicia para Víctimas del Delito y de Abuso del Poder, recomendó la instauración de mecanismos oficiosos para la solución de controversias a fin de facilitar la conciliación y la reparación del daño. En sus antecedentes establece sus principios fundamentales para la justicia para víctimas del delito e instauró procedimientos de conciliación. En consecuencia, se inició el movimiento victimológico de Benjamin Mendelsohn en 1947, que fue el primero en utilizar el término victimología.

Posteriormente, un experimento de Kitcher Ontario, a principio de los años setenta, convenció a un juez de reunir a unos vándalos con sus víctimas; en consecuencia, las primeras reuniones de restauración en 1989 fue con la ley sobre niños, jóvenes y sus familias en Nueva Zelanda.

Surgieron programas como: Elkhart en Indiana en 1978, así como en Europa 400 programas y 500 en Estados Unidos. En consecuencia, para que surta efectos, es necesario que el acuerdo de las partes sea cumplido, que participen los miembros de la comunidad y familiares, que los delitos tengan una sanción pecuniaria, que se aplicable a los delitos de querrela no graves (no más de 10 años en sentencia), dándose un ambiente pacificador y que se promuevan reuniones

* Doctora en Ciencias Políticas por el Centro de Investigación y docencia en Humanidades del Estado de Morelos (CIDHEM). Profesora de Tecnologías de la Información y Comunicación. Universidad Autónoma del Estado de Morelos (UAEM), y doctoranda en Derecho y Globalización de la misma casa de estudios, exbecaria del Conacyt.

entre las partes con fines de conciliación siempre y cuando exista la moderación de un experto.

De lo anterior podemos citar algunas vías alternas para la solución de las querellas

- La conciliación (*conciliation*), la mediación (*mediation*), un pequeño juicio (mini trial), un juicio privado o renta de un juez (*rent a judge*), el juicio sumario ante un juzgado (*summary jury trial*), oyente neutral (*neutral listener*), evaluación del caso (*case evaluation*), adaptación de contratos (*adaptation of contracts*), buenos oficios (*good offices*), investigación (*survey*), transacción, determinación por experto neutral (*neutral expert factfinding*).

Por otro lado, se establece que las funciones y fundamentos de la pena se dividen en diferentes modelos como:

- Modelo resocializador (victimario y víctima).
- Neoclásico (profesionalizar el aparato judicial).
- Modelo integrador (de justicia retributiva a restaurativa).

La justicia restaurativa en 1996 desapareció mediante el acuerdo A 1007/96, y en 1999 se retomó, posteriormente la ley orgánica de justicia del D. F. le da facultades al Ministerio Público para promover la conciliación, en consecuencia no tuvo gran difusión como medida alterna.

En México, en 1994 la Procuraduría de Justicia del D. F. creó la agencia del Ministerio Público conciliador. En consecuencia, a partir del 2016 surtirán efectos los juicios orales en toda la República Mexicana.

Podemos afirmar que los principios fundamentales constituyen el conjunto de características que permiten ser al derecho penal lo que es y no otra cosa, y lo distinguen de las otras ramas de la ciencia jurídica. La sistematización apuntada se debe a la evolución del pensamiento jurídico-penal en México y a la participación de penalistas distinguidos en la redacción de los documentos de trabajo a partir de los cuales fue tratado legislativamente el nuevo ordenamiento sustantivo y, aunque perfectible, es apreciable el esfuerzo de claridad vertido por el legislador local.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el Código Penal federal contienen, sin embargo, los mismos principios fundamentales, que han sido reproducidos por la jurisprudencia en reiteradas causas. En el ámbito internacional, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos también establecen los principios fundamentales o garantías que se analizan en este capítulo, y lo mismo puede decirse de todas las normativas contemporáneas en México y el extranjero.

Principios de justicia restaurativa

Voluntariedad

Para que se lleve a cabo este principio facilitador, la víctima y el agresor deben estar de acuerdo para su participación en un proceso restaurativo, debe ser por propia decisión, libre de toda coacción, deben tener claro las ventajas de participar en el proceso antes mencionado, por eso es importante que se les explique a los contendientes de manera personal y en conjunto.

Confidencialidad

Es un principio también de suma importancia como todos, éste da la confianza a las personas involucradas en un proceso restaurativo ya que la información tratada no deberá ser divulgada y no podrá ser utilizada en perjuicio de las partes dentro del proceso penal, lo que expresaran dentro del proceso no tendrá consecuencias una vez encontrada la solución a la controversia y con todo esto se abre la posibilidad de que se narren los acontecimientos delictivos y así se encontrará con ánimo de resolver y que lleguen a un acuerdo satisfactorio para ambas partes involucradas.

Precisamos que la confidencialidad es uno de los más importantes, ello por las implicaciones positivas que tiene la circunstancia de que lo sucedido en este periodo no pueda ser revelado por alguno de los intervinientes, a excepción de lo contenido en el convenio que permita la finalización del conflicto pena.

Flexibilidad

Para la solución de conflictos podrán agotarse medios alternos. Lo primordial es llegar a un acuerdo con el medio idóneo y que las partes siempre sean partícipes en todo el proceso.

Neutralidad

Deberán estar exentos de juicios, preferencias, opiniones y perjuicios ajenos a los usuarios que puedan influir en la toma de sus decisiones. En conclusión, el especialista no establece alianzas con ninguna de las partes.

Imparcialidad

Deberán estar libres de favoritismos, inclinaciones o preferencias; no concederán ventajas a alguno de los usuarios. El mediador, o quien intervenga como facilitador en el proceso, debe tener en cuenta quiénes son las partes e identificar si hay impedimentos para participar, pues si en dado caso hay parcialidad esto conllevará a que no se cumpla con la finalidad, pues no cumplirá con la función que le corresponde para que se llegue a un acuerdo entre las partes que intervienen en la contienda. Todo esto conlleva a que el especialista no esté a favor de ninguna de las partes.

Equidad

Los medios alternos propiciarán condiciones de equilibrio entre los usuarios, que conduzcan a la obtención de acuerdos recíprocamente satisfactorios y duraderos, así, la víctima tendrá la percepción de seguridad, equilibrio, y de igualdad, pues el facilitador debe estar siempre alerta al riesgo de una revictimización.

Legalidad

Sólo serán objeto de Titular del Centro de Justicia los conflictos derivados de los derechos disponibles de las partes y que la ley establezca.

Honestidad

En la aplicación se valorarán las capacidades y limitaciones del personal, para conducirlos. El facilitador debe ser experto en justicia restaurativa, además de tener una clara comprensión sobre la justicia retributiva y la resocializadora. Asimismo, debe manejar eficazmente los procesos y conocer los valores que tutelan las figuras delictivas para entender la magnitud del daño cuya consumación ocasiona, tanto a las víctimas como a la comunidad.

Finalidades de la justicia restaurativa

La justicia restaurativa tiene como propósito evitar un proceso jurisdiccional para dar solución inmediata a conflictos entre las partes. En materia penal, la justicia alternativa tiene las siguientes características:

1. Debe asegurarse la reparación del daño.
2. Se establecerán los casos en que se requiera supervisión judicial.
3. Sólo procede en los casos cuyos bienes jurídicos sean disponibles.
4. La lesión o puesta en riesgo del bien jurídico no debe ser agravado.
5. No habrá justicia alternativa cuando la víctima sea menor de edad.¹

La justicia restaurativa es un nuevo panorama en la forma de aplicar justicia en un proceso penal, una manera de subsanar a los afectados por un acto delictivo, al presunto culpable y a la sociedad, para llegar a un acuerdo, y se hable de los daños causados y la forma de solucionar y reparar el daño.

Por ende, los programas de justicia restaurativa habilitan a la víctima y al agresor y a la sociedad afectada para que se involucren de manera directa en dar una respuesta al delito. De esta forma, las partes contendientes son el centro del proceso de justicia penal, con el apoyo de profesionales del derecho que serán facilitadores de un sistema que apunta a la responsabilidad del agresor, la reparación del daño. A todo esto, esta nueva figura conlleva a que permita lo siguiente:

- Permite la optimización de la cohesión social.
- Permite que la comunidad cambie su mirada frente al ofensor y de esta manera lo conciba como parte integrante de ella.
- Permite una participación activa de la víctima, el ofensor y la comunidad, en la que éstos pueden expresar sus emociones e ideas frente al daño causado.
- Facilita un proceso de identificación entre la víctima y el ofensor.
- Permite que el ofensor repare el daño, en lugar de recibir un castigo.
- Permite que tanto la víctima como el ofensor sean vistos como personas y no exclusivamente como alguien que recibe un daño y alguien que lo comete.
- Permite que tanto la víctima, el ofensor y la comunidad recobren el control que fue perdido por la comisión del delito.
- Facilita el proceso de construcción de comunidades más pacíficas.
- Permite la resignificación de la situación para cada una de las partes.
- Logra que exista una menor reincidencia en los actos delictivos.²

¹ Camilo Constantino Rivera, *Proceso penal acusatorio para principiantes*, 3a.ed., México, 2013, p. 32

² María Catalina Echeverri Londoño y Maca Urbano Deidi Yolima, "Justicia restaurativa, contextos marginales y representaciones sociales: algunas ideas sobre la implementación y la aplicación de este tipo de justicia", disponible en <<http://www.justiciarestaurativa.org/news/Articulo%20JUSTICIA%20RESTAURATIVA%20Colombia.pdf>>, consulta: 31 de agosto de 2014.

Sin embargo, si se logra que se cumpla disciplinadamente conforme a derecho este nuevo medio alternativo de solución de conflicto, estamos de acuerdo que los puntos anteriores se cumplirán de manera eficiente en cualquier sistema de justicia en cualquier lugar, modo y tiempo.

El cambio de un sistema tradicional era necesario, así como un cambio de cultura es urgente, la justicia es un derecho esencial de las personas, esta reforma plantea una forma diferente de la justicia con alternativas diferentes de solucionar conflictos. La finalidad más relevante que persigue es la reparación del daño [...] lo más amplio de su concepción, este sistema regula una serie de procedimientos, como la conciliación, la mediación, las conferencias y los círculos, donde víctima y ofensor, así como demás intervinientes, se avocan activamente para lograrlos.³

“No es suficiente cambiar las leyes y las instituciones, si no logramos cambiar la cultura de las personas que integran estas instituciones”.⁴ Ya que tiene como finalidad el otorgamiento de la confianza a la víctima, el ofensor y demás afectados por el delito para que tomen decisiones relevantes en el conflicto criminal; esto con el fin de que la justicia sea, en realidad, sanadora e idealmente transformadora, ya que de esta manera se produce una disminución de la consumación de probables delitos en el futuro, y para que esto se logre, es necesario, primeramente, que las víctimas se involucren en los procesos restaurativos⁵ y experimenten satisfacción con sus resultados; asimismo, que los ofensores comprendan el impacto ocasionado por su conducta y que, en consecuencia, asuman la responsabilidad que les corresponde; siendo necesario, por una parte, que, como fruto del proceso, se encuentre alguna forma de reparación del daño y surta efectos la comprensión de las causas de la ofensa, pues sólo así es posible su reintegración.

En México no todas las entidades federativas contemplan la conciliación, por ejemplo: Baja California Sur, Campeche, Colima, Chihuahua, Durango, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Oaxaca, Quintana Roo, Sinaloa, Tlaxcala, Veracruz, Zacatecas y el Distrito Federal.⁶

³ <<http://www.setec.gob.mx/work/models/SETEC/PDF/DGEPN16JusticiaAlternativaySistemaAcusatorio.pdf>>, consulta: 31 de agosto de 2014.

⁴ Nancy Fleming Tello, “La justicia alternativa en el marco del sistema de justicia penal acusatorio”, *Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), durante el Taller de Inducción a los Medios Alternos, impartido a Directores de agencias del Ministerio Público y agentes del Ministerio Público, de la Procuraduría General de Justicia, el 13 de agosto de 2013.*

⁵ Susan Sharpe, *La justicia restaurativa: una visión para la sanación y el cambio*, Canadá, Centro de Mediación y Justicia Restaurativa.

⁶ La Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, por vía de los Acuerdos A/003/99 y A/004/03, hace énfasis en la facultad del Ministerio Público de promover la conciliación en aquellos ilícitos que se persiguen a petición de parte, además de destacar las razones por las que se debe privilegiar ese medio alternativo de resolución de controversias y, recientemente –por acuerdo A/004/04–, establece los lineamientos a seguir, en cuanto a la promoción de la con-

Podemos ejemplificar unos cuantos como: Baja California Sur, Campeche, Colima, Chihuahua, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Oaxaca, Quintana Roo, Sinaloa, Tlaxcala, Veracruz, Zacatecas, Morelos, Michoacán, Yucatán, Guanajuato, Tamaulipas, Nayarit, Morelos, tabasco, San Luis Potosí, Durango, Nuevo León y Coahuila. Actualmente, cada Estado nos aporta diferentes avances en la mediación.

De lo anterior se desprende que no existe una homogeneidad en la aplicación de la justicia restaurativa, y por igual, ésta no sería posible en caso de que el delincuente no esté identificado o no quiera participar si la víctima no está dispuesta a participar, ya que los programas de justicia restaurativa se deben basar en la voluntad, porque no se concibe a una víctima a verse obligada a realizar algo que no desea, como encontrarse con su infractor; en consecuencia, no se puede obligar por igual al infractor a tomar parte del proceso, porque su responsabilidad no sería verdadera y no se vería la reparación del daño como una prestación socialmente constructiva.

En el Estado de México

Si bien, el Código de Procedimientos Penales agrega a su artículo 162, en su fracción VII, que “la víctima u ofendido por un delito que se persigue por querrela” tiene derecho a solicitar los servicios del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado, otorgando facultades al juez de primera instancia y, respecto de remitir a las partes al centro aludido, siempre y cuando la petición sea antes de dictar sentencia ejecutoria; por otro lado, cuando se trate de delitos que se persiguen de oficio, sólo el pago de la reparación del daño que podrá sujetarse a la mediación o conciliación y en consecuencia se suspenderá el procedimiento. El Código de Procedimientos Penales del Estado de México agrega a lo anterior, en el artículo 162, fracción VII, que la víctima u ofendido por un delito perseguido por querrela tiene derecho a solicitar los servicios del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado, otorgando facultades al juez de primera instancia de remitir a las partes al referido centro si éstas lo estiman conveniente, siempre y cuando la petición sea antes de dictar sentencia ejecutoria, y respecto de delitos perseguibles de oficio, sólo el pago de la reparación del daño podrá sujetarse a la mediación o conciliación, por lo que tendrá que suspender el procedimiento.

ciliación entre las partes. No obstante lo anterior, no ha sido suficiente para reducir sensiblemente el número de causa criminales y descargar de forma relevante la administración de justicia penal, pues el funcionario ministerial únicamente hace del conocimiento de la víctima u ofendido del delito la instancia conciliadora, su alcance y conveniencia, y la posibilidad de otorgar el perdón al inculcado, sin lograr influir en el ánimo de las partes enfrentadas, en el grado que se desea, para que logren un acuerdo, y cuando esto ocurre se debe, fundamentalmente, de manera casuística y sin metodología apropiada; circunstancia que revela que los agentes ministeriales ven en la conciliación un medio para librarse del estudio de la controversia y no una alternativa.

Podemos aludir que en Puebla el Código de defensa tiene una regulación para el uso de la conciliación con justicia restaurativa, pero este precepto necesita que sea válido. Este sistema ha surgido desde hace 30 años con el objetivo de proveer una verdadera reparación del daño por parte del victimario a la víctima, en consecuencia, disminuir la carga de trabajo del aparato legislativo.

En Nuevo León

Hablamos en su artículo 12... Los Centros de Métodos Alternos⁷ deberán certificarse ante el Centro Estatal del Poder Judicial del Estado, debiendo cumplir los requisitos siguientes:

- I. Acreditar jurídicamente su constitución, existencia y representación.
- II. Contar con prestadores de servicios de Métodos Alternos, debidamente Certificados.
- III. Contar con un reglamento interno y un código de ética de la institución, entregando copia de cada uno al Centro Estatal.
- IV. Las demás que establezcan las disposiciones legales o el Centro Estatal mediante acuerdo.

Dicha certificación deberá ser refrendada anualmente, previa revisión del cumplimiento de las obligaciones que señala esta Ley para los Centros de Métodos Alternos.

Artículo 29. ...Los métodos alternos concluyen por las siguientes causas:

- I. Por convenio que establezca la solución total del conflicto; o
- II. Por convenio que establezca la solución parcial del conflicto.

Respecto de la fracción I, no se admitirá recurso alguno, y previa la observancia de las disposiciones aplicables, la instancia de parte se podrá elevar a cosa juzgada o sentencia ejecutoriada y, en consecuencia, proceder a su ejecución. Una vez cumplida la ejecución, y salvo los casos en que haya obligaciones de tracto sucesivo, el juez o el magistrado del Tribunal de lo Contencioso, según corresponda, ordenará el archivo del asunto como totalmente concluido. Respecto a la fracción II, y en relación con la parte del conflicto en que sí se hubiere logrado un convenio, se procederá en los términos de lo dispuesto en el párrafo anterior. Tratándose de derechos sobre los cuales no se hubiere llegado a un convenio, quedarán a salvo a fin

⁷ Compilación Legislativa del Estado de Nuevo León. Secretaría General de Gobierno, Coordinación de Asuntos Jurídicos y Normatividad, p. 9 de 19.

de obtener una solución mediante algún otro método alternativo o por la vía jurisdiccional.

En Guanajuato

De la mediación y conciliación privadas... Art. 24.- Las instituciones de mediación y conciliación privadas estarán atendidas por uno o más mediadores y conciliadores certificados por el Centro Estatal de Justicia Alternativa y registrados ante éste. Para obtener la certificación como mediador y conciliador, será indispensable:

- I. Ser ciudadano mexicano en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos.
- II. Ser preferentemente profesionista.
- III. Ser de reconocida honradez, gozar de buena reputación y haberse distinguido por su honorabilidad, competencia y antecedentes personales.
- IV. No haber sido condenado por delito intencional que amerite pena privativa de libertad por más de un año; pero si se tratare de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza u otro que lastime seriamente la buena fama pública, no importa la pena que le haya sido impuesta.
- V. Acreditar haber recibido la capacitación especializada en mediación y conciliación.
- VI. Cumplir, en lo conducente, los requisitos exigidos por las normas jurídicas aplicables.

En Morelos

La finalidad de este nuevo esquema tiene principalmente el objetivo de agilizar, economizar y reivindicar la credibilidad de la ciudadanía en la administración e impartición de justicia. ¿Qué es, cómo se opera o funciona, dónde está, datos generales? Es una institución que tiene por objeto solucionar los problemas más rápido sin iniciar un juicio largo y desgastante. El Centro de Justicia Alternativa te da asesoría gratuita y asistencia mediante un especialista para solucionar tus conflictos.

Ahora bien, la justicia restaurativa reconoce que el crimen causa daños a las personas y comunidades, se insiste en que la justicia repara esos daños y que a las partes se les permita participar en ese proceso.⁸ Por tanto, dependiendo de las necesidades de que requiere la sociedad, los gobernantes deben habilitar sistemas de justicia donde sea la voluntad como requisito principal de cualquiera de las partes

⁸ <<http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Especiales/SRPA/Confraternizacion-Carcelaria.pdf>>, consulta: 31 de agosto de 2014.

involucradas directamente para que ellos puedan participar en la solución del conflicto, pues definitivamente son la víctima y el agresor los interesados.

Quizá tenemos la idea errónea de que con otorgar el perdón por cualquier acción de cualquier índole se puede solucionar el conflicto que las autoridades encargadas de administrar e impartir justicia deben preocuparse por “la perspectiva que argumenta ventajas derivadas de la figura del Perdón en estos sistemas restaurativos, contempla la rehabilitación de los delincuentes, y no sólo el empoderamiento y sanación de las víctimas, si no que busca conciliarlo de la misma forma con otros miembros de la comunidad involucrados en el conflicto”.⁹ Es una filosofía que ve en el delito, la violencia y el conflicto una oportunidad para humanizar y dignificar, no puede limitarse solamente a cuestiones de orden penal.

Ella exige una coherencia con los valores y principios que llegan a muy distintas esferas de la vida en sociedad. Por ello, la filosofía de la restauración puede ser aplicada desde la familia misma, en la disciplina y formación de los hijos, en espacios escolares y obviamente en otros ámbitos de interacción social, como empresas. Vistos de este modo, los principios de la justicia restaurativa son coincidentes con los de la paz y por ello se logra maximizar su potencial creador cuando la llevamos a espacios de construcción social. Todas las instituciones sociales deben ser permeadas por esta filosofía.¹⁰

Mecanismos alternativos para la solución de controversias

En el sistema acusatorio y oral mexicano podemos advertir como medios alternativos a la solución de conflictos los siguientes: mediación, conciliación, arbitraje y acuerdo reparatorio.

Mediación

La mediación fue incluida en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por la reforma constitucional de 18 de junio de 2011 en materia de seguridad pública y justicia penal, como garantía individual de todo gobernado que se encuentre ante un conflicto de intereses y medio alterno a la solución de conflictos. En el ámbito jurídico es una de las acepciones de cognición diversa, y refiere lo relativo a la resolución pacífica de cualquier problema social, evitando el planteamiento controvertido y prescindiendo del desgaste mediante la

⁹ Trudy Govier y Colin Hirano, *Journal of Social Philosophy*, vol. 39, núm., 3, otoño de 2008, p. 429-444, 16p. DOI: 10.1111/j.1467-9833.2008.00434.

¹⁰ <<http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Especiales/SRPA/JR-en-Colombia.pdf>>, consulta: 31 de agosto de 2014.

injerencia de la autoridad, con tal de evitar llegar a una resolución jurisdiccional o administrativa; como de igual manera pudiera producirse mediante la intervención de la autoridad, pero sólo en la modalidad de moderador de las partes. En palabras de Picker Bennett, la mediación se define de la manera siguiente:

La mediación tiene el potencial necesario para cambiar drásticamente el panorama de la resolución de conflictos en nuestra sociedad, los abogados necesitan determinar prácticamente en todos los casos, si un conflicto debería de resolverse a través de la negociación, en pleito, la mediación o alguna otra forma alternativa de resolver los conflictos. La mediación, conocida también como uno de los medios de resolución alternativa de conflictos, en los casos en que se presenta, los abogados y los clientes están comprobando que ésta es la herramienta más poderosa para resolver las disputas comerciales en forma temprana, económica y justa. Es un proceso que emplea a un tercero neutral, el mediador, para facilitar las negociaciones entre las partes de un conflicto con el fin de llegar a una solución mutuante aceptable. Las mediaciones pueden ser: voluntarias, flexibles, confidenciales, informales y no voluntarias.¹¹

La reforma y el interés en la materia hacen evidente que la administración de justicia que imparten los tribunales ha encontrado en la mediación una forma alterna a la solución de conflictos, de manera que la justicia administrada sea pronta y expedita.

Antes de dicha reforma ya existían diversos ordenamientos jurídicos que tenían el objetivo de solucionar los conflictos mediante instrumentos distintos a los que brindaban los órganos jurisdiccionales. Se pueden mencionar como ejemplos:

- Código Financiero del Distrito Federal.
- Ley Agraria.
- Ley de Instituciones de Crédito.
- Código de Procedimientos Civiles del Estado de México.
- Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.
- Código Federal de Procedimientos Penales.
- Código de Procedimientos Penales del Estado de México.
- Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar.
- Ley Federal de Protección al Consumidor.
- Ley Federal de Turismo.
- Ley General de Sociedades Cooperativas.
- Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente.

En el estado de Morelos, la Ley de Justicia Alternativa en Materia Penal es una muestra temprana de ley que buscaba una forma alterna a la solución de conflictos. Lo anterior mediante la conciliación, el arbitraje y los acuerdos reparatorios.

¹¹ Picker Bennett G., *Guía práctica para la mediación, manual para la resolución de conflictos comerciales*, Buenos Aires, Paidós, 1999, p. 16.

Conciliación

Es el resultado, el producto o bien, el objetivo perseguido, querido y alcanzado, consecuencia de lo acordado entre las partes negociantes, ante el planteamiento previo de un problema social, jurídico o comercial, según la naturaleza de su contenido expuesto a un tercero, llámese autoridad o extraño, a los conciliados.

A diferencia de la mediación, en la que sólo se escucha a las partes involucradas, en la conciliación se cruzan opiniones e intervienen los conciliadores para dar alternativas de solución a las partes en cuanto al fondo del asunto, con el objetivo de llegar a la solución pacífica de una controversia entre particulares.

Sobre este particular, el doctor Félix Olmos expone el siguiente criterio: “La conciliación, respecto al objetivo perseguido, no es otra cosa sino evitar la conclusión de un proceso en su forma normal, con el propósito obvio de atenuar la contienda, el desgaste, al que pueden ser expuestos los litigantes en todos los aspectos en caso de agotar la fase final a la que conduce un litigio”.¹²

Dentro de esta actividad fundamental están enrolados no solamente los litigantes, sino que cuando ha sido motivo de planteamiento el pleito ante una autoridad, con toda seguridad que están asesorados profesionalmente por técnicos del derecho. Esta circunstancia expone la talla de la honestidad, la ética profesional y la moralidad del obligado jurista, a quien le asiste el deber de conducir por los caminos menos dificultosos, más fáciles, mediante el allanamiento de los litigantes a la conciliación, porque no todos los profesionales aconsejan esta perspectiva conciliatoria, dado que muchos prefieren el pleito hasta sus últimas consecuencias, armandolo de tal forma con el propósito de postergar un pago de honorarios, cuando al cliente sus posibilidades no le permiten hacerlo en una sola exhibición, de ahí que habrá conciliación.

Acuerdos reparatorios

Los acuerdos reparatorios consisten en la posibilidad que tiene la víctima de un delito que afecte bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, de lesiones menos graves (que son aquellas que producen una incapacidad menor a treinta días) y de delitos culposos, para llegar a un acuerdo con el imputado y convenir en una forma de reparación satisfactoria de las consecuencias dañosas del delito. Este acuerdo debe ser prestado en forma libre y con pleno conocimiento de los derechos por ambas partes. El acuerdo debe ser aprobado por el juez de control, quien velará que se cumplan los requisitos de consentimiento libre e informado, y debe además, establecer que no existe un interés público prevalente que haga que el acuerdo sea perjudicial socialmente.

¹² Félix Olmos, *Conciliación y arbitraje*, 3a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1975, p. 592.

Si el acuerdo reparatorio es aprobado, éste produce el efecto de sobreseer definitivamente la causa, extinguiéndose la responsabilidad penal del imputado que haya concurrido al acuerdo.

Es tal la fuerza e importancia de los acuerdos reparatorios, que la ley procesal le establece una obligación al fiscal de propiciar estos acuerdos u otras medidas que faciliten la reparación del daño causado a la víctima, estableciéndose una interesante opción preferente hacia soluciones alternativas, no punitivas-retributivas.

La Fiscalía cuenta con instrumentos muy útiles para poder alcanzar acuerdos satisfactorios, tales como los Centros de Justicia Alternativa de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Morelos, los cuáles pueden proporcionar procesos de mediación o conciliación, y puede asimismo, derivar el caso hacia programas de mediación independientes.

En todo caso, es importante tener presente que este encuentro entre agresor y víctima no necesariamente se dará en forma personal debido a que, además de las posibilidades de mediación o conciliación ya referidas, el proceso puede también consistir en una negociación entre el defensor y el fiscal o el abogado de la víctima, debiendo el acuerdo ser últimamente aceptado por ambos.

La viabilidad de la justicia restaurativa en los delitos de alto impacto

Por otra parte, la regulación de la mediación penal en las entidades federativas no es uniforme, incluso en los códigos procedimentales que la contemplan la variante es diversa y no todas las entidades la regulan.



La incidencia de seguridad se sigue dando, y en los delitos de alto impacto si se aplica la conciliación, se evita una tramitación procesal costosa en tiempo, dinero y esfuerzo, pues la víctima u ofendido lo que persigue es lograr que el daño que le

fue ocasionado, sea reparado mediante un arreglo oportuno, y a veces sólo quiere saber los motivos por los cuales su agresor actuó de esa manera y manifestarle cómo afectó a su familia y a la víctima; lográndose con ello una pronta y expedita impartición de justicia, pero sobre todo, una justicia de calidad (PGR).

Tasa de Víctimas por cada 100,000 habitantes para la población de 18 años y más, por entidad federativa, 2011 y 2012

Entidad	Víctimas 2011	Víctimas 2012	Entidad	Víctimas 2011	Víctimas 2012
NACIONAL	24,317	27,337			
Aguascalientes	25,668	27,225	Morelos	22,956	29,310
Baja California	30,549	36,579	Nayarit	20,804	19,169
Baja California Sur	26,939	27,043	Nuevo León	25,063	31,316
Campeche	17,191	21,991	Oaxaca	17,524	14,335
Coahuila	22,944	19,540	Puebla	22,591	22,733
Colima	21,069	24,908	Querétaro	21,022	24,002
Chiapas	12,526	12,620	Quintana Roo	26,603	29,703
Chihuahua	30,417	32,567	San Luis Potosí	24,662	26,810
Distrito Federal	33,256	31,675	Sinaloa	23,836	26,141
Durango	19,839	24,232	Sonora	29,980	29,131
Guanajuato	24,488	28,861	Tabasco	19,217	20,837
Guerrero	20,249	26,789	Tamaulipas	18,067	21,407
Hidalgo	21,787	19,451	Tlaxcala	18,135	18,150
Jalisco	25,505	31,861	Veracruz	17,708	18,733
México	30,920	41,048	Yucatán	14,816	19,548
Michoacán	20,805	20,354	Zacatecas	20,137	20,337

Sin embargo, la conciliación entre víctima e inculpado implica, como condición para iniciar el procedimiento, el reconocimiento de este último en la participación en el ilícito, la manifestación de arrepentimiento y la disposición por solicitar perdón al pasivo del delito. En este contexto, se provee a la víctima u ofendido las condiciones para expresar lo que siente y quiere, en un ambiente cooperativo, apacible y seguro; y al delincuente, la oportunidad de disculparse y de enmendarse al percibir por medio de los sentidos el impacto provocado por su conducta, responsabilizándose de las consecuencias materiales derivadas de la consumación del hecho delictuoso.

INCIDENCIA DELICTIVA* **Primera mitad del sexenio**

MMT
2005-2006-2007

RMV
2011-2012-2013

MMT	Tipo de delito	RMV	Variación
153,958	Delitos totales	254,214	65.1 %
	Robo		
9777	Con violencia	34558	253.4%
41041	Sin violencia	74069	80.5%
	Homicidio		
2147	Culposo	2137	-0.5%
1075	Doloso	1557	44.8%
19	Secuestro	117	515.8%
	Delitos sexuales		
1936	..	1836	-5.2%
2345	Otros delitos**	3186	35.9%

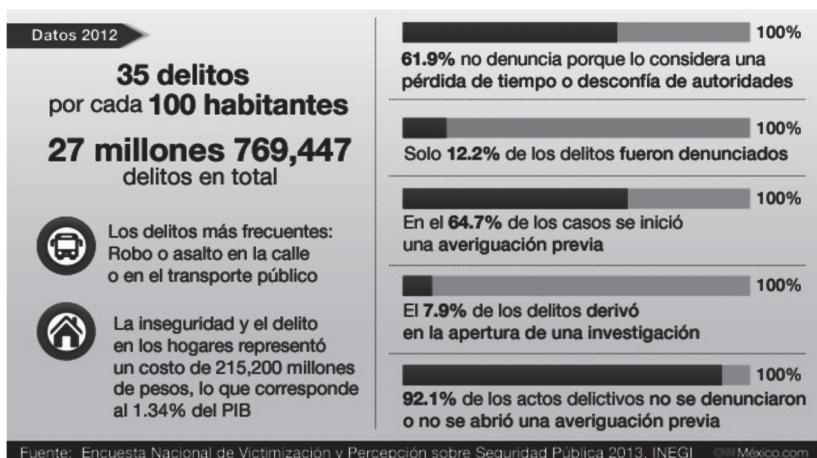
*Averiguaciones previas registradas

**Estupro y otros delitos sexuales

Nota: se sumaron los delitos de febrero del primer año de gobierno a noviembre del tercero.

Si nos percatamos, desde el inicio del sexenio de Enrique Peña Nieto la incidencia delictiva ha aumentado (PGR), por eso hablamos de un sistema de restauración como prevención de la inseguridad y se advierte que algunas ventajas de la conciliación son: que la reparación y el perdón resultan ser un fin más constructivo que la tradicional respuesta punitiva, que hasta ahora nos ha mostrado el fracaso de la prisión como espacio de rehabilitación social; asimismo, se convierte en la vía idónea para que la víctima participe activamente en los ámbitos de procuración, administración de justicia y de ejecución de penas, en contraste con el papel que tradicionalmente se le ha asignado y sin que esta circunstancia necesariamente libere al victimario de su responsabilidad ante el aparato coercitivo del Estado.

Los estados de Baja California, Michoacán, Yucatán, Guanajuato, Tamaulipas, Nayarit, Morelos, Tabasco, Sonora, Querétaro, Aguascalientes, San Luis Potosí, Nuevo León y Coahuila, de manera similar, establecen en sus códigos adjetivos la obligación del Ministerio Público de promover la conciliación de las partes durante la averiguación previa, en aquellos ilícitos que se persiguen a petición de parte.



Sin embargo, en la práctica, esta simple regulación no ha sido suficiente para reducir sensiblemente el número de causas criminales y descargar de forma relevante la administración de justicia penal, pues el sólo hecho de hacer del conocimiento de la víctima u ofendido del delito la instancia conciliadora, su alcance y conveniencia, y la posibilidad de otorgar el perdón al inculpado, con ello no se logra influir en el ánimo de las partes enfrentadas en el grado que se desea, para que logren un acuerdo, y cuando esto ocurre, se debe fundamentalmente a la interacción casual de la víctima y el victimario (PGR). Entre las innovaciones del nuevo sistema se encuentra la inclusión de diversas figuras procesales que permiten la interrupción del proceso antes de que éste llegue al juicio oral. Ello, a fin de desaho-

gar el sistema por medio de vías alternas que prevén sanciones penales distintas a la pena privativa de libertad y pretenden despejar el congestionado sistema actual y reducir el gasto público, ya que encontramos 35 delitos por cada 100 habitantes (INEGI, 2013), por eso se busca, en materia de procuración de justicia, dar celeridad al proceso que se inicia con los siguientes pasos:

1. Una investigación, cuando se presenta una denuncia o querrela, y concluye con el ejercicio de la acción penal en los tribunales correspondientes.
2. El proceso. Inicia con el ejercicio de la acción penal y culmina con la sentencia. A su vez, la etapa del proceso se divide en: *a)* control previo; *b)* investigación formalizada; *c)* fase intermedia, y *d)* juicio oral. Estas cuatro constituyen el centro de proceso penal.

La segunda instancia son los actos tendientes a resolver los medios de impugnación, es decir, una vez que el sistema se encuentre en operación, no todos los casos llegarán a la etapa de juicio oral, sino que pueden ser resueltos con antelación. Tales medios son: criterios de oportunidad; acuerdos reparatorios; suspensión condicional de proceso; proceso simplificado, y proceso abreviado.

Por lo que toca al estudio por entidad federativa, se hace un análisis de delitos de alto impacto (homicidio doloso, secuestro, extorsión, robo de vehículo y robo con violencia (mayor incidencia 2013, PGR), en el cual se tienen en cuenta las agravantes, atenuantes y calificadas a fin de determinar las diversas. A su vez, la etapa del proceso se divide en: *a)* control previo; *b)* investigación formalizada; *c)* fase intermedia, y *d)* juicio oral. Estas cuatro constituyen el centro de proceso penal. Entre las innovaciones del nuevo sistema se encuentra la inclusión de diversas figuras procesales que permiten la interrupción del proceso antes de que éste llegue al juicio oral.

Las leyes de justicia alternativa resultan trascendentales para nuestra materia, pues en éstas se establecen los requisitos mínimos que debe cumplir una persona para ser considerada como mediador; estableciendo en los centros de justicia la mediación interdisciplinaria, así como los procedimientos a seguir durante las reuniones celebradas entre las partes en conflicto y el mediador; lo cual significa una herramienta auxiliar para la construcción de un verdadero y eficaz sistema de mediación penal.

Encontramos como delitos de alto impacto en el fuero común: el homicidio culposo y doloso, el secuestro, la extorsión, el robo con violencia y robo de vehículo con o sin violencia. Citando algunos ejemplos.

a) El tratamiento: homicidio culposo

La práctica restaurativa indica la conveniencia de realizar en primer lugar la entrevista con la persona que figura como imputada en la causa, con el fin de evitar

la generación de expectativas en la víctima que luego no puedan ser cumplidas, lo que puede convertirse en un episodio de revictimización. Esta intervención tiene múltiples propósitos: explicar las características del proceso de mediación, generar confianza, evaluar las condiciones (físicas, psicológicas, emocionales, sociales, etc.) del entrevistado para una eventual reunión conjunta, detectar intereses y necesidades para explicar las características del proceso de mediación, generar confianza, evaluar las condiciones (físicas, psicológicas, emocionales, sociales, etc.) del entrevistado para una eventual reunión conjunta, detectar intereses y necesidades, determinar quiénes deben participar en el proceso de mediación, tiempo y lugar del encuentro, como se expone a continuación:

- Construcción del acuerdo
- Relato del hecho
- Reconocimientos mutuos
- Solicitud de disculpas
- Reparación económica
- Desistimiento de acciones judiciales

b) El tratamiento: el secuestro

El caso de la sustracción internacional de menores crea un alto nivel de conflicto, diferencias culturales, distancia geográfica, la concurrencia de varios sistemas legales, e incluso las diferencias idiomáticas entre las partes y los operadores jurídicos ofrecen un entorno de gran complejidad.¹³ Dentro de las medidas, es con la mediación o conciliación que se da la restitución voluntaria del menor o la solución amigable de los litigios, en forma que no se retrase la restitución del menor. Se divide en tres fases:

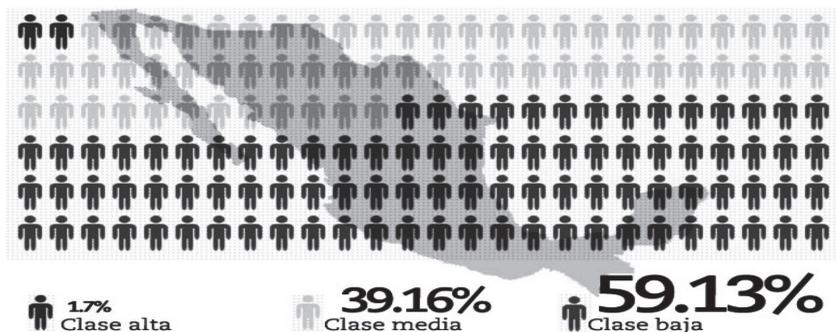
- Fase de calentamiento (hay una gran tensión con sesiones individuales)
- Fase de *reflecting team* (los mediadores cambian de puntos de vista)
- Fase de acuerdos, los abogados formulan acuerdos.

c) La extorsión y d) el robo con violencia y robo de vehículo con o sin violencia

Son delitos que se persiguen de oficio, cuyo mínimo de pena sí excede de cinco años de prisión, siempre y cuando el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita

¹³ Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacionales de menores (SIM) y la implementación práctica del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996. 20 *Revista de Mediación*, año 4, núm. 8, 2º semestre de 2011.

personal del perjudicado, y la víctima y el imputado o acusado acepten una solución de justicia restaurativa: en este tipo de delitos la mediación se tiene en cuenta “para otorgar algunos beneficios durante el trámite de la actuación, o relacionados con la dosificación de la pena, o el purgamiento de la sanción”.¹⁴ Como lo aludimos anteriormente, la justicia restaurativa se dará siempre y cuando las partes se encuentren de conformidad.



Por otro lado, ya ha concluido más del primer año de gobierno, para ser precisos un año, diez meses de la administración del presidente Peña Nieto, y desde el punto de vista social, son más agudas y radicales la separación de las clases sociales (INEGI, 2013), existe más pobreza en nuestro país. Por otro lado, nos queda como reflexión y pendiente las múltiples promesas en materia de seguridad pública pronunciadas a lo largo de las campañas del actual sexenio.

Sin embargo, pese a las buenas intenciones y a las disminuciones de las denuncias de ciertos delitos del fuero común durante los últimos meses, podemos afirmar que, con base en las estadísticas disponibles en el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP), continuamos a la espera de mejoras significativas en materia de incidencia delictiva que se traduzcan en la reducción tangible de riesgos y violencia para la sociedad.

Ahora bien, nos cuestionamos... es posible la viabilidad de los delitos de alto impacto en México... Tal vez sí es posible, ya que los límites no son la gravedad del delito sino las circunstancias del caso concreto y de las partes *a priori*, cualquier persona puede hacer uso de la justicia restaurativa, cualquiera debería tener la oportunidad. Siempre y cuando estemos capacitados para ello, pero nuestro entorno de inseguridad no nos permite seguir avanzando...

¹⁴ Inciso 2º del artículo 524 de la Ley 906 de 2004. Bogotá, D.C. Colombia, volumen XV, núm. 29, enero-junio de 2012, ISSN 0121-182X, *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, pp. 149- 171, 2012, I.

Conclusiones

Primero: se necesita determinar el interés de la víctima estableciendo una política criminal en delitos de alto impacto del fuero común.

Segundo: interesarse y comprometerse con similar ahínco tanto con víctimas como con ofensores, atrayendo a dichas partes para que participen en los procesos de justicia.

Tercero: encauzar esfuerzos a la restauración de pasivos de la conducta antisocial empoderándolas, así como atender a sus necesidades desde su perspectiva.

Cuarto: establecer la formalidad jurídica y cambiar la cultura jurídica de los ciudadanos para reparar el daño frente a la sociedad.

Quinto: establecer un sistema de justicia por parte de la víctima para disminuir la tasa de reincidencia y viabilizar la mínima intervención de las partes para no incurrir en conflicto.

Sexto: capacitar a los ministerios públicos en forma adecuada para desempeñar la función de mediador; tampoco existe un método conciliatorio o manual de procedimientos; además, no existen espacios adecuados en donde las partes en conflicto pueden tener un ambiente menos agreste que favorezca el diálogo pacífico para alcanzar la conciliación de intereses encontrados.

Séptimo: la experiencia de participar en un proceso de justicia restaurativa permitirá al delincuente mejorar su competencia y entendimiento.

Octavo: la conciliación, vía la mediación, es uno de los medios jurídicos idóneos para promover la concordia social; de tal suerte que el fomento del concilio de intereses de los particulares que se ven involucrados en hechos ilícitos que afectan intereses estrictamente privados, debe convertirse en una prioridad en el ámbito de procuración de justicia para la seguridad nacional.

Bibliografía

- Azar Mansur, Cecilia, *Mediación y conciliación en México: dos vías de solución de conflictos a considerar*, México, Porrúa, 2003.
- Becerra Bautista, José, *El proceso civil en México*, 10a. ed., México, Porrúa, 1982.
- Báez Martínez, Roberto, *Comentarios a la Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos*, México, PAC, 2007.
- Cabrera Dircio, Julio, *Estado y justicia alternativa, reforma al artículo 17 constitucional*, México, Coyoacán, 2012.
- Carranca y Trujillo, Raúl *et al.*, *Derecho penal mexicano. Parte general*, 19a. ed., México, Porrúa, 1997.
- Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 17a. ed., México, Porrúa, 1998.

- Félix Olmos, *Conciliación y arbitraje*, 3a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1975.
- Fernández Millán, Juan M., *Los conflictos. Cómo desarrollar actividades como mediador*, Madrid, Psicología Pirámide, 2006.
- Fix-Fierro, Héctor, *La reforma judicial en México, ¿De donde viene?, ¿Hacia donde va*, México, IJ-UNAM, 2002.
- Floyer Acland, Andrew, *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1997.
- García, Villanluenga, Leticia *et al.*, *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI, arbitraje y resolución extra judicial de conflictos*, Madrid, Reus, 2010.
- Gorjon Gómez, Francisco Javier *et al.*, *Métodos alternos de solución de controversias, enfoque educativo por competencias*, México, Patria, 2011
- Gonzalo Quiroga, Martha, “Métodos alternos: una justicia mas progresista y universalizada”, en Arnulfo Sánchez García (coord.), *Metodos alternos de solución de conflictos herramientas de paz y modernización de la justicia*, Madrid, Dykinson, 2011
- Gordillo Santana, Luis F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, España, Iustel, 2007
- Highton, Helena I. *et al.*, *Mediación para resolver conflictos*, Argentina, Ad-Hoc, 1998.
- Peña González, Óscar, *Mediación y conciliación extrajudicial, medios alternos de solución de conflictos teoría y práctica*, México, Flores Editor, 2010.
- Picker Bennett, G., *Guía práctica para la mediación. Manual para la resolución de conflictos comerciales*, Buenos Aires, Paidós, 1999.
- Torreo, Juan Carlo, *Mediación de conflictos en instituciones educativas: Manual para la formación de mediadores*, Madrid, España, Narcea, 2003 [PDF].
- Trulls, Daniela F., *Mediación: resolución alternativa de conflictos*, Argentina [PDF].
- Uribarri Carpintero, Gonzalo, *Acceso a la justicia alternativa la reforma al artículo 17 constitucional una visión de conjunto a los mecanismos alternativos de solución de controversias*, México, Porrúa (s.a.).
- Villoro Toranzo, Miguel, *Metodología del trabajo jurídico*, México, Universidad Iberoamericana, 1992.

Textos legales

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824.
Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
Ley de Justicia Alternativa para el TSJDF Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Libro Blanco de la Reforma Judicial (una agenda para la justicia de México y sus anexos)*, México 2006.
Artículo II, fracción x, de la Ley de Medios Alternos de Solución de Conflictos de Nuevo León
Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (SIM) y la implementación práctica del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996.
Inciso 2º del artículo 524 de la Ley 906 de 2004. Bogotá, D.C. Colombia, volumen xv, núm. 29, enero-junio de 2012, ISSN 0121-182X, *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, pp. 149 - 171, 2012, I.
Compilación Legislativa del Estado de Nuevo León, Secretaría General de Gobierno, Coordinación de Asuntos Jurídicos y Normatividad.

Diccionarios

Diccionario Jurídico Mexicano, tomo II, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1983.
Nuevo Espasa ilustrado, España, Espasa-Calpe, 2005.
Diccionario de la lengua española, 2a. reimp., México, Océano, 1995.

Publicaciones electrónicas

Azar Ortega, S. y C. Gómez Ruano, *La mediación y el Arbitraje Comercial: reporte anual 2010*, disponible en <www.aogr.com.mx>.
Artículo de Ana Aurora Carrasco García, Psicóloga, experta en Mediación, miembro del Colegio Oficial de Psicología desde el 2005 en el área de Mediación, disponible en <<http://experimentandocambio.blogspot.mx/2010/02/estilos-de-afrontamiento-del-conflicto.html>>.
<www.condusef.gob.mx>.
Colección muro de honor 2006. <www.diputados.gob.mx/cedia/sia/re/RE-iss-04-06-36.pdf>.
Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina, Ley 26.589 de Mediación y Conciliación, <<http://www.csjn.gov.ar/accjust/docs/nacional.jsp>>.

Departamento de Derecho Internacional, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C. <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>.
<www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/SAPI-ISS-19-11.pdf>.
“El dictamen que pasó a las legislaturas locales”, disponible en <http://www.diputados.gob.mx/Le_YesBiblio/ref/cpeum_crono.htm>.
Enright, Robert, Suzanne Freedman y Julio Rique, “Interpersonal forgiveness”, en R. Enright y J. North, *Exploring forgiveness*, Madison, University of Wisconsin Press, pp. 46-47. <http://www.kolping.org.uy/perdon/Principios_teoricos_1.pdf>.vista
El Dr. Ormachea en su *Manual de Conciliación*, p. 46, presenta un cuadro con 9 factores elaborado con base en el texto de Goldberg, Green & Sander: *Dispute Resolución*, 1985.
Enciclopedia jurídica, en <<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/tutela-judicial-efectiva/tutela-judicial-efectiva.htm>>.
<<http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?article813>>.
González de Cossío, Francisco, “El nuevo reglamento adr de la cámara de comercio internacional”, disponible en <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/5/tci/tci5.htm>>.
<www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/.../pr30.pdf>.
Libro Blanco de la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal de la Gestión 2009-2012, disponible en <www.gobernacion.gob.mx/.../Secretaria_Tecnica_del_Consejo_de_Coordinacion_para_la_Implementacion_del_Sistema_de_Justicia_Penal.pdf>.
Marco Esteban, “Sobre el derecho a la tutela judicial efectiva”, en *Noticias Jurídicas*, disponible en <http://noticias.juridicas.com/articulos/00-Generalidades/201209-derecho_tutela_judicial_efectiva.html>, consulta: septiembre de 2012.
Navarrete-Villarreal, V., “Anexo 7: La reforma al artículo 17 constitucional en materia de medios alternativos de solución de controversias: una respuesta atinada en la vida político-jurídica del México del Siglo XXI”, en *II Diploma en Mediación Privada con Especialidad en las Materias Civil, Mercantil y Familiar*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2012
Presentación de Silvina Funes Laponi, profesora de Sociología, Universidad Carlos III de Madrid, en <http://recursos.crfptic.es:9080/jspui/bitstream/recursos/139/2/01_teoría_del_conflicto.pdf>.
<www.profeco.gob.mx>.

- Ruiz, Yolanda, *Análisis y resolución de conflictos desde una dimensión psicosocial*, Jornades de Foment de la Investigació, Universitat Jaume.
- Silva García, Germán, “La teoría del conflicto. Un marco teórico necesario”, en *Prolegómenos. Derechos y Valores* [en línea] 2008, vol. XI [citado 2012-08-09]. Disponible en <<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=87602203>>. ISSN 0121-182X.
- Sáez Lara, C., Rodríguez-Piñero y M. Bravo Ferrer, *La tutela judicial efectiva y el proceso laboral*, Madrid, 2004. Citado en “Sobre el derecho a la tutela judicial efectiva”, en *Noticias Jurídicas*, en <http://noticias.juridicas.com/articulos/00-Generalidades/201209-derecho_tutela_judicial_efectiva.html>, consulta: septiembre de 2012.
- Sharpe, Susan, *La justicia restaurativa: Una visión para la sanación y el cambio*, Canadá, Centro de Mediación y Justicia Restaurativa. <www.setec.gob.mx/work/models/SETEC/PDF/2012-02-Nov_1.pdf>.
- Sun Tzu, *The Art Of War*, Londres, Oxford University Press, 1963, p. 166 <http://www.kolping.org.uy/perdon/Principios_teoricos_1.pdf vista>.
- Valencia Carmona, Salvador, *Constitución y nuevo proceso penal*, Biblioteca Jurídica de la UNAM, <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/refjud/cont/13/pjn/pjn4.htm>>.

Direcciones electrónicas

- <http://eprints.ucm.es/10035/1/MEDIACION_PENAL.pdf>.
- <http://www.unad.org/upload/36/78/PONENCIA_MEDIACION_PENAL.pdf>.
- <www.mediacionypacificacion.es/.../7-justicia-restaurativa-y-mediacion-p>.
- <<http://info-derecho.com/blog/el-procedimiento-de-mediacion-penal/>>.
- <<http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2010/CAPACITACION%20ESPECIALIZADA/bardales/Hacia%20una%20Justicia%20Restaurativa%20en%20M%C3%A9xico%20Emma%20Meza.pdf>>.
- <http://www.academia.edu/1176783/Lintegration_penale_indirecte._Interactions_entre_droit_penal_et_cooperation_judiciaire_au_sein_de_lUnion_>.

ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE DELINCUENCIA ORGANIZADA

*Francisco Xavier García Jiménez**

Introducción

El combate al crimen organizado ha adquirido gran importancia en los últimos años, sobre todo en nuestro país, para ello contamos con los medios jurídicos, institucionales, policiacos y hasta militares. Definir el término “delincuencia organizada” resulta complejo, sobre todo por la estructura con la que cuentan estas organizaciones criminales. Un punto de partida lo es la definición etimológica de los conceptos “delincuencia” y “organización”.

Delincuencia (Del lat. *delinquentia*). f. Cualidad de delincuente. 2. Acción de delinquir. || 3. Conjunto de delitos, ya en general o ya referidos a un país, época o especialidad en ellos. || 4. Colectividad de delincuentes.

Organización. Asociación de personas regulada por un conjunto de normas en función de determinados fines.

Atendiendo a las acepciones hechas por el diccionario, podemos observar que la palabra “delincuencia” es la manera ilícita con la que actúan una o varias personas con la finalidad de delinquir o cometer delitos; y como segundo término la palabra “organización”, es la integración de dos o mas personas organizadamente, bajo normas y fines determinados, es decir, bajo una estructura jerárquica y de

* Licenciado, maestro y doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Integrante distinguido del Claustro Académico de Doctores en Derecho. Facultad de Derecho-UNAM. De febrero del 2005 a febrero del 2006, investigador en el Instituto de Estudios Judiciales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; profesor-investigador de tiempo completo en la Universidad Autónoma del Estado de Morelos.

mando. Por lo que al conjuntar ambas acepciones podemos concluir que la delincuencia organizada es el conjunto de personas organizadamente, bajo normas y jerarquías, con la finalidad de cometer o llevar a cabo actos ilícitos, es decir, hablamos ya de una organización criminal.

Por tanto, como toda asociación o sociedad, estará sujeta a normas, disciplina y rigidez para realizar su fin; la delincuencia organizada actuará como una “sociedad del crimen”, ya que sus actos, aparte de ser ilegales, tendrán el fin de obtener ganancias lucrativas de esas actividades ilícitas. De ahí que el crimen organizado haya sido conceptualizado como una “sociedad”, que busca operar fuera del control del pueblo y del gobierno, pues involucra a miles de delincuentes que trabajan dentro de sus estructuras complejas, ordenadas y disciplinadas como cualquier corporación, mismas que están sujetas a reglas aplicadas con rigidez.

En el ámbito jurídico tenemos la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, instituida el 7 de noviembre de 1996 por el entonces presidente de la República, Ernesto Zedillo, con la finalidad de combatir a estos grupos u organizaciones criminales, entre otras organizaciones.

En marzo de 1996, frente a la delincuencia tradicional o común, ha aparecido otro tipo de delincuencia más organizada y violenta; que cuenta con mejores técnicas y métodos y con mayores posibilidades de acceso a información privilegiada. No obstante lo anterior, a raíz del crecimiento del crimen organizado en nuestro país, que deja ya ser un problema de carácter local o nacional y se convierte en uno de índole internacional, con mayor eficacia que los propios órganos estatales encargados de enfrentarla, en virtud de que los medios de transporte, y transferencia de fondos y valores han optado por su internacionalización cada vez mayor, por ello, el Ejecutivo federal envió al Congreso de la Unión la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, iniciativa que contiene y establece una serie de estrategias político-criminales, sobre todo de carácter procesal para actuar en contra de la delincuencia organizada.

Sergio García Ramírez señala:

En la breve y reciente historia de este tema jurídico-penal es preciso distinguir dos etapas, cada una de ellas caracterizada por una óptica diversa para abordar la materia y unas consecuencias jurídicas propias.

En una primera etapa, que pese a sus evidentes deficiencias resultó más acertada que la siguiente y pudo señalar el camino del porvenir, la figura de delincuencia organizada fue entendida como un modo de comisión de delitos –no de todos, sino de algunos, precisados por la ley procesal penal, puesto que el tema se relacionaba entonces solamente con las medidas cautelares– con efectos sustantivos en el plano de la individualización penal a través de la sentencia, y procesales [...]

En la segunda etapa, fraguada en 1996 y presente hoy día, la delincuencia organizada pasó a constituir un tipo penal, sin perjuicio de las consecuencias procesales que posee, derivadas de la gravedad de los delitos que pretende la organización, más que de esta misma. De tal suerte se ha modificado radicalmente el concepto y tratamiento ju-

rídico de la delincuencia organizada, de la manera que actualmente recoge la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada...¹

Definición doctrinal

Señala la Procuraduría General de la República² que:

- Cuando con el transcurso del tiempo la delincuencia “común” llega a tal extremo de “evolución” o “perfeccionamiento”; cuando rebasa los límites de control gubernamental; cuando establece líneas especiales de operación basadas en un sistema complejo –tipo empresarial– bien estructurado en su comisión; cuando persigue mediante determinadas acciones violentas la búsqueda del poder, ya sea político, económico o social, es cuando podemos decir, sin lugar a dudas, que estamos frente a un caso de delincuencia organizada.
- El concepto “delincuencia organizada” fue empleado por primera vez por el criminólogo norteamericano John Ladesco en 1929, para designar las operaciones delictivas provenientes de la mafia.
- Este tipo de delincuencia fue designada con la palabra “organizada”, ya que se refiere a la “asociación”, a la “sociedad”, a la “corporación”, al “grupo”, al “sindicato”, a la “liga”, al “gremio”, a la “coalición”, en sí, a la “unión”, como forma de conjuntar esfuerzos en grupo; y con el empleo de la violencia, soborno, intimidación y fuerza, los delincuentes llevaban a cabo sus actividades ilegales.
- La fuerza de la delincuencia organizada radica en el establecimiento de “alianzas y vínculos” que logra en todos los niveles, incluyendo el político y el militar; con la ayuda de actos de corrupción logran su impunidad.
- Así, las organizaciones dedicadas a la delincuencia organizada emprenden operaciones ilegales de tipo financiero, mercantil, bancario, bursátil o comercial; acciones de soborno, extorsión; ofrecimiento de servicios de protección, ocultación de servicios fraudulentos y ganancias ilegales; adquisiciones ilegítimas; control de centros de juego ilegales y centros de prostitución.
- Por ello, la delincuencia, en su manifestación organizada, constituye uno de los más graves y vitales problemas que dañan y perjudican a la humanidad.

¹ Sergio García Ramírez, *Delincuencia organizada*, México, Porrúa, 2002, pp. 31-32.

² <http://www.pgr.gob.mx/combate%20a%20la%20delincuencia/delitos%20federales/delincuencia%20organizada/Presentacion.asp>

- Cuando la delincuencia organizada construye conexiones con organizaciones similares formando redes en todo el mundo, la Organización de las Naciones Unidas la identifica como delincuencia organizada transnacional.
- La delincuencia organizada tiene un eje central de dirección y mando, y está estructurada en forma celular y flexible, con rangos permanentes de autoridad, de acuerdo con la célula que la integran; alberga una permanencia en el tiempo, más allá de la vida de sus miembros; tienen un grupo de sicarios a su servicio; tienden a corromper a las autoridades; éstos son dos de los recursos conocidos para el cumplimiento de sus objetivos; opera bajo un principio desarrollado de división del trabajo mediante células que sólo se relacionan entre sí por medio de los mandos superiores.

Por su parte, Bayardo Ramírez Monagas, en su trabajo denominado “La delincuencia organizada transnacional como fenómeno global contemporáneo de carácter político, económico y social”, define la delincuencia organizada como la “asociación o pertenencia de un grupo de tres o más personas vinculadas con la finalidad u objeto de dedicarse a una o más actividades delictivas para obtener beneficios económicos y de otro orden, en forma constante”.

En tanto, el doctrinario M. Matlz, señaló en la revista *Cuentas Claras*:

Lo que caracteriza a las asociaciones criminales son los siguientes rasgos: [...] elementos como la disciplina, la raza o afinidad a la familia pueden ser de importancia en algunas organizaciones, pero igualmente pueden no serlo en otras. La continuidad en el desarrollo de sus actividades, las cuales pueden ser ilegales al igual que legales. Como rasgos principales, tenemos la utilización de la violencia y la corrupción por parte de las organizaciones. La creación de estructura que pueda variar según el tamaño del grupo, la actividad, la procedencia.

Asimismo, el autor Anuarie Borillo, en su ponencia “Conjeturas sobre la criminalidad organizada”, recoge los indicadores elaborados por la policía alemana (BKA) con el fin de identificar a las organizaciones criminales:

- Asociación duradera, estable y persistente de una pluralidad de personas, concebida como una sociedad de intereses que aspira solidariamente a la obtención de ganancias e incluso a posiciones de poder político, económico, mediático o en general social.
- Estructura organizativa disciplinada y jerárquica.
- Actuación planificada y con división de trabajo.
- Realización de negocios legales o ilegales internamente conectados y adaptados en cada momento a las necesidades de la población, haciendo uso delictivo de relaciones personales o sociales.

- Tecnología flexible del delito y variedad de los medios para delinquir, desde la explotación, amenazas, extorsión, violencia, protección coactiva y terror, hasta el cohecho activo.
- Consciente aprovechamiento de infraestructuras como redes radioeléctricas, telefónicas, informáticas y de transportes internacionales.
- Internacionalidad y movilidad.

La Comunidad Europea considera que

...Existe criminalidad organizada cada vez que más de dos personas están implicadas en un proyecto criminal, a lo largo de un periodo indeterminado de tiempo, con el objetivo de obtener poder y beneficios, y por el cual el asociado asume funciones en el seno de la organización:

Por medio de actividades comerciales conexas.

Recurriendo a la violencia u otros medios de intimidación.

Ejerciendo influencia sobre los medios políticos, judiciales, de comunicación o económicos. Ello si fuera necesario para cometer delitos que, desde un punto de vista individual o colectivo, son considerados como infracciones penales graves.

En la definición de la Unión Europea existen cuatro características fundamentales: existencia de una jerarquía organizada y estable; aspecto lucrativo de la actividad criminal; uso de la fuerza ilegal y la intimidación, y recurso a la corrupción para conservar la impunidad.

Según la Interpol, la delincuencia organizada es “cualquier grupo de delincentes que practica actividades ilícitas de manera continuada, haciendo caso omiso a la existencia de fronteras”. Existe un acuerdo de Interpol en el que se expone que un grupo de delincentes, para que sea considerado como delincuencia organizada, debe cumplir las siguientes condiciones:

- Que lo formen más de tres personas.
- Que tenga un periodo de actuación de largo en el tiempo y la continuidad de las actuaciones.
- Que el delito cometido sea grave.
- Que obtengan beneficios, poder o influencia.
- Que en el seno del grupo en cuestión exista un reparto de tareas.
- Que tengan jerarquías y disciplina interna.
- Que tengan actividad internacional.
- Que utilicen violencia e intimidación.
- Que monten estructuras empresariales para desarrollar o enmascarar sus actividades delictivas.
- Que participen en el grave delito de legitimación de capitales.
- Que sus actuaciones provoquen y usen la influencia y corrupción.

Se ha determinado que las cuatro primeras condiciones deben darse obligatoriamente y que deben cumplirse al menos dos o más de las otras.

Definición legal

La Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) señala que por grupo delictivo organizado, “se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

En tanto que el artículo 2o. de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada dispone:

Artículo 2o.- Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:

I. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter; contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 Y (sic) 237; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis; y el previsto en el artículo 424 Bis, todos del Código Penal Federal;

II. Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;

III. Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población;

IV. Tráfico de órganos previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud;

V. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo previsto en el artículo 201; pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204; asalto, previsto en los artículos 286 y 287; secuestro, previsto en el artículo 366; tráfico de menores o personas que no tiene capacidad para comprender el significado del hecho, previsto en el artículo

lo 366 Ter, y robo de vehículos, previsto en los artículos 376 Bis y 377 del Código Penal Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales Estatales o del Distrito Federal, y

VI. Trata de personas, previsto y sancionado en los artículos 5 y 6 de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas.

De conformidad con el precepto transcrito, se advierte que la hipótesis delictiva captada por la descripción típica se actualiza cuando: tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos que en diversas fracciones se se precisan de manera limitativa en el propio numeral.

Analizado dicho delito, desde el punto de vista de la dogmática jurídica penal, puede clasificarse:

- a) *De naturaleza plurisubjetiva*: se requiere de un número mínimo de activos, que es de tres.
- b) *De comisión alternativa*: puede actualizarse mediante la hipótesis conductual de “organizarse” o bien, por el hecho de acordar hacerlo.
- c) *Por su fin o resultado*: cometer alguno o algunos de los delitos que limitativamente se precisan.
- d) *Elemento subjetivo específico (distinto del dolo)*: que se traduce en esa particular finalidad.
- e) *De resultado anticipado o cortado*: para su configuración es irrelevante, el que se logre o no la consumación, materialización, o simplemente exteriorización de las conductas que pudieran integrar a los diversos delitos que conformaren en abstracto la finalidad perseguida por la organización.
- f) *Delito doloso*: el dolo debe abarcar el conocimiento de los aspectos objetivos y la voluntad del autor a aceptar tal integración, esto es, el saber y querer de esa pertenencia al grupo que deliberadamente se organiza o acuerda organizarse.
- g) *Delito formal o de mera conducta*: carente de resultado material, que se integra con la organización o el acuerdo para organizarse de tres o más personas con la intención final de cometer determinados delitos, de donde resalta que la sola intención de los miembros de perpetrar esos ilícitos, en forma indeterminada, acarrea un perjuicio para el conglomerado social, con independencia de la efectiva comisión de los mismos, que constituiría, en su caso, una conducta particular e independiente.

Sujetos del delito:

1. Activo. No tiene una calidad específica, ni legal, ni natural, pero si numérica, ya que para su conformación se requiere la concurrencia de tres o más personas.
 2. Pasivo. Es la sociedad, porque si bien se pueden afectar a personas en lo particular, este delito se creó al estimar que tales conductas afectaban estructuralmente al Estado y a la sociedad.
- g) *Verbo rector*: que las tres personas se *organicen*, entendiendo por tal expresión la acción y efecto de dar a las partes de un todo la estructura necesaria para que pueda funcionar.
- h) *Conducta*: se describe una conducta positiva o de acción al requerir que los sujetos activos desplieguen un movimiento corporal objetivamente perceptible, ya que no se concibe que sea físicamente posible ejecutar el verbo organizarse de una manera pasiva u omisión.
- i) *Conforme con la descripción legal*, los elementos del tipo de delincuencia organizada son:
- a) El acuerdo de tres o más personas para organizarse o que se organicen.
 - b) Que el acuerdo para organizarse o la organización sea en forma permanente o reiterada.
 - c) Que el acuerdo o la organización tenga como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos que señala el artículo 2o. de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

Sobre la naturaleza del delito de delincuencia organizada podemos citar la jurisprudencia del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

xxiv, Septiembre de 2006

Página: 1194

Tesis: II.2o.P. J/22

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

“DELINCUENCIA ORGANIZADA, NATURALEZA DEL DELITO DE. Conforme al artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la hipótesis delictiva se actualiza cuando: tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos que en diversas fracciones se precisan de manera limitativa en el propio numeral. De lo anterior se obtiene que, desde el punto de vista de la dogmática jurídica penal, el aludido delito puede clasificarse como de

naturaleza plurisubjetiva, puesto que se requiere de un número mínimo de activos, que es de tres personas; de comisión alternativa, pues puede actualizarse mediante la hipótesis conductual de “organizarse, o bien, por el hecho de acordar hacerlo”; ello con la finalidad de realizar conductas que por sí mismas o unidas a otras, que regula a su vez el fin o resultado de cometer alguno o algunos de los delitos que limitativamente se precisan; por tanto, requiere de un elemento subjetivo específico (distinto del dolo), que se traduce en esa particular finalidad; además, puede clasificarse como de aquellos que la doctrina denomina “de resultado anticipado o cortado” puesto que para su configuración es irrelevante el que se logre o no la consumación, materialización, o simplemente exteriorización de las conductas que pudieran integrar a los diversos delitos que conformaren en abstracto la finalidad perseguida por la organización. Además, es sin duda un delito doloso, en donde el dolo debe abarcar el conocimiento de los aspectos objetivos y la voluntad del autor o aceptar tal integración, esto es, el saber y querer de esa pertenencia al grupo que deliberadamente se organiza o acuerda organizarse”.

Respecto al tema del *bien jurídico tutelado*, resulta oportuno transcribir la exposición de motivos de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada:

CÁMARA DE ORIGEN: SENADORES

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

México, D.F., a 19 de marzo de 1996

INICIATIVA DEL EJECUTIVO

C.C. SECRETARIOS DE LA CÁMARA DE SENADORES

DEL HONORABLE CONGRESO DE LA UNIÓN,

PRESENTES.

Con esta misma fecha el Ejecutivo Federal y los señores legisladores del Honorable Congreso de la Unión presentamos una iniciativa de reformas a los artículos 16, 21, 22 y 73, fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Con el fin de que esa Soberanía cuente con mayores elementos para valorar la reforma constitucional mencionada, también sometemos a su consideración la presente iniciativa de Ley para su discusión y, en su caso, aprobación, especialmente en aquellos artículos que suponen la reforma constitucional antes mencionada, los cuales tendrán razón de ser siempre que se hayan aprobado los cambios constitucionales propuestos.

La suscripción conjunta de la presente iniciativa de Ley, además de reiterar la preocupación de ambos poderes por fortalecer la lucha contra la delincuencia organizada, es sin perjuicio de que sea discutida y, en su caso, enriquecida durante todo el proceso legislativo, incluso por los señores legisladores que la suscriben.

I. DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN GENERAL

I.1. Presentación del problema y compromisos gubernamentales.

a) *Es compromiso del Estado fortalecer la lucha contra la delincuencia organizada, pues ésta ha manifestado en los últimos tiempos una gran transformación, observando entre otras tendencias, además de una mayor organización, mayor violencia en su comisión y su indiscutible transnacionalización, como puede verse en el*

caso del tráfico internacional de estupefacientes, tráfico de armas, tráfico de personas, entre otros.

Toda esa transformación ha hecho, a su vez, que la delincuencia muestre actualmente una mayor eficacia frente a los medios de control estatal, en los diversos órdenes. Con frecuencia, según nos muestra la realidad, el fenómeno delictivo supera a las formas institucionales de reacción, obligando a éstas superarse o quedarse rezagadas. Por ello, los métodos y las técnicas utilizados por las formas modernas de delincuencia motivan, también, la necesidad de generación de métodos y técnicas modernos para combatirla eficazmente.

La delincuencia organizada es uno de los problemas más graves por los que atraviesa la comunidad mundial, del que México no escapa. Se trata de una delincuencia de carácter transnacional, que ha sido identificada, en diversos foros, como todo un sistema económico clandestino, con ingresos que sobrepasan el Producto Nacional Bruto de algunas naciones. Uno de sus componentes principales, el narcotráfico, arroja por sí mismo ganancias exorbitantes, que implican, incluso, la evasión fiscal y las prácticas comerciales restrictivas para eliminar la competencia. *Otras consecuencias de estas conductas ilegales son el comercio ilícito de armas, el uso de la fuerza física, la corrupción, la pérdida de la seguridad urbana y rural y aún la participación en conflictos políticos y étnicos; por lo que plantea una amenaza directa para la estabilidad de las naciones y constituye un ataque frontal contra las autoridades políticas de los Estados.*

b) Consciente de la gravedad del problema, el Ejecutivo Federal al definir su política de gobierno, en el mensaje a la nación del 1º de diciembre de 1994, aseveró, respecto de una de las manifestaciones más importantes de la delincuencia organizada, que “es intolerable la impunidad al narcotráfico, ya que éste es la mayor amenaza a la seguridad nacional, el más grave riesgo para la salud social y la más cruenta fuente de violencia”. Idea que reiteró al conmemorarse el Día Internacional Contra el Uso Indebido y el Tráfico Ilícito de Drogas en junio del presente año, al afirmar: “El narcotráfico es la más grave amenaza para la integridad física, mental y moral de los jóvenes; el narcotráfico es la más grave amenaza a la salud de la sociedad; el narcotráfico es la más grave amenaza a la tranquilidad y el orden público; el narcotráfico es la más grave amenaza al Estado de derecho [...] y a nuestra seguridad nacional”. “Por la gravedad de los peligros que representa, el tráfico de drogas debe ser combatido por todos los medios, en todo lugar, en todo tiempo y sin titubeos. Si flaquea nuestra voluntad, si se debilita la cooperación internacional, si dependemos sólo del esfuerzo aislado de cada nación, se fortalecerá el enemigo común que son los narcotraficantes”.

El Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000 recoge esta preocupación al establecer que “combatir sus causas y sus efectos, acabar con la impunidad que genera y castigar a sus autores, son tareas urgentes que debemos emprender sin dilaciones ni titubeos”; anunciándose, además, que para ello se establecerán programas que permitan una mayor especialización de los cuerpos policiales encargados de esa tarea; se deberán intensificar los esfuerzos de cooperación internacional, fortaleciendo los convenios y acuerdos destinados a la identificación y seguimiento de los delincuentes, de sus operaciones y de las acciones de lavado de dinero e inversión de fondos obtenidos de sus actividades ilícitas; y también que se revisará la legislación penal sustantiva, a fin de que pueda sancionarse de manera directa efectiva y con mucha mayor severidad, a quienes se organi-

cen para delinquir, o a quienes colaboren con ellos con anterioridad o posterioridad a la realización de los ilícitos. Por este motivo, es necesario revisar las distintas modalidades de actuación del crimen organizado, así como el catálogo de las penas que deban corresponder a quienes las realicen.

c) El Poder Legislativo Federal, igualmente sensible a este gran problema, se dio a la tarea de conocer la opinión pública y buscar alternativas más eficaces, promoviendo en agosto de 1995 una Consulta Nacional para el Combate al Narcotráfico. En ella se recibieron aportaciones valiosas de especialistas, quienes enfatizaron la necesidad de luchar en contra de dicho fenómeno de manera más eficaz, desde una óptica multidisciplinaria y con la colaboración de todos los países, realizando las reformas legales conducentes, que regulen en forma clara cómo combatir al crimen organizado. Sugerencias que también se manifiestan en el contenido de esta iniciativa, sobre todo por lo que hace a ciertas estrategias procedimentales.

En efecto, la iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, cuya necesidad reiteradamente se ha anunciado y que ahora, el Ejecutivo Federal y señores legisladores del Honorable Congreso de la Unión, sometemos a la consideración del Poder Legislativo Federal, parte de la base de que para enfrentar este fenómeno generalizado es necesario estudiarlo y definir su origen, su forma de operación, sus consecuencias y la manera en que se procesan las ganancias ilícitas obtenidas.

I.2. Conceptualización

Si bien el problema de la conceptualización ha sido uno de los temas que ha provocado discusión en la doctrina, ésta ha conceptualizado al crimen organizado como una sociedad que busca operar fuera del control del pueblo y del gobierno, pues involucra a miles de delincuentes que trabajan dentro de estructuras tan complejas, ordenadas y disciplinadas como las de cualquier corporación, mismas que están sujetas a reglas aplicadas con gran rigidez. Se caracteriza porque sus acciones no son impulsivas, sino más bien resultado de previsiones a corto, mediano y largo plazo, con el propósito de ganar control sobre diversos campos de actividad y así amasar grandes oportunidades de dinero y de poder real.

El crimen organizado, en sus diversas manifestaciones, afecta las vidas de miles de seres humanos; pero debido a que conserva escrupulosamente su invisibilidad, muchos no estamos conscientes de cuánto nos daña o siquiera que nos afecte. Ciertamente, mucho se ha hablado y se habla del narcotráfico, desafortunadamente no siempre con plena comprensión de su enorme complejidad, ya que involucra elementos jurídicos, políticos, económicos y de salud, entre otros; de ahí que gran parte de la insuficiencia de los resultados obedece a que no se han entendido bien todos los factores causales del fenómeno, por un lado, ni todas las consecuencias en su magnitud y complejidad, por el otro.

Es importante señalar que la delincuencia organizada constituye el género y el narcotráfico la especie, aunque éste es una de sus más importantes manifestaciones; por ello, analizar e intentar comprender el fenómeno del crimen organizado sólo desde la perspectiva del narcotráfico resulta ser una visión parcial y las conclusiones serían carentes de método. Es necesario, entonces, analizar las características específicas de la delincuencia organizada, con el fin de entender mejor su funcionamiento y adoptar las estrategias político-criminales más adecuadas para enfrentarla eficazmente.

I.3. Características específicas

Se entiende a esta forma de delincuencia como una organización permanente, con estructura jerárquica respetada, compuesta por individuos disciplinados, que se agrupan para cometer delitos.

Este esquema presenta a una delincuencia de mayor peligrosidad que la común, ya que permite el reclutamiento de individuos eficientes; entrenamiento especializado; tecnología de punta; capacidad para el “lavado de dinero”; acceso a información privilegiada; continuidad en sus acciones y capacidad de operación que rebasa, en el marco existente, la capacidad de reacción de las instituciones de Gobierno.

En síntesis, a nivel internacional se destaca que la delincuencia organizada se identifica por los siguientes atributos: a) No tiene metas ideológicas. Sus metas son el dinero y el poder sin connotaciones políticas (salvo en caso de terrorismo); b) Tiene una estructura jerárquica vertical y rígida con dos o tres rangos máximos y permanentes de autoridad; c) Limitación o exclusividad de membresía con diferentes criterios de aptitud y proceso de selección riguroso; d) Permanencia en el tiempo, más allá de la vida de sus miembros; e) Uso de violencia y corrupción como recursos reconocidos y aceptados para el cumplimiento de los objetivos; f) Operan bajo un principio desarrollado de división del trabajo mediante células que sólo se relacionan entre sí a través de los mandos superiores. Cuenta con posiciones perfectamente perfiladas en relación a las cualidades de sus miembros y, en caso de ser necesario, subcontratan servicios externos; g) Siempre pretende ejercer hegemonía sobre determinada área geográfica o sobre determinada “industria” (legítima o ilegítima), y h) Reglamentación interna oral o escrita que los miembros están obligados a seguir, entre otros.

II. LA DELINCUENCIA EN MEXICO

II.1. Marco Legal

En México, como es sabido, el concepto de delincuencia organizada se introdujo legalmente en el año de 1993 con la reforma que la Constitución experimentó en su artículo 16, al disponer en el párrafo séptimo que el plazo de la retención de cuarenta y ocho horas, para los casos de flagrancia y urgencia, “podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada”.

A raíz de la reforma constitucional, el 1° de febrero de 1994 entraron en vigor las importantes reformas que se hicieron *al Código Penal federal y a los Códigos de Procedimientos Penales, federal y del Distrito Federal, en los que también se hace mención de la “delincuencia organizada”*. En el *Código Penal el problema de la delincuencia organizada se vincula directamente al del narcotráfico*, estableciéndose una penalidad de 20 a 40 años de prisión y de quinientos a diez mil días multa, además de decomiso, “a quien por sí, a través de tercero o a nombre de otros, dirija, administre o supervise cualquier tipo de asociación delictuosa constituida con el propósito de practicar o que practique cualquiera de las actividades a que se refiere este capítulo” (a.196 bis). Se prevé, asimismo, una penalidad menor (hasta una mitad) para quienes no tienen facultades de decisión pero de alguna manera colaboran en dichas organizaciones, o una penalidad accesoria (destitución e inhabilitación) si el delito es cometido por servidor público de alguna corporación policiaca o por un miembro de las fuerzas armadas mexicanas.

El Código Federal de Procedimientos Penales, por su parte, hace referencia a la delincuencia organizada en el artículo 194 bis, únicamente para efectos de duplicar el plazo de retención de cuarenta y ocho horas en los casos de delitos flagrantes o en los casos urgentes. Y establece que los casos de “delincuencia organizada” serán aquellos “en los que tres o más personas que se organizan bajo las reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento y reiterado o con fines predominantes lucrativos alguno de los delitos legalmente previstos en los siguientes artículos del Código Penal: [...]” Entre los delitos que se prevén en dichos artículos se encuentran: terrorismo, sabotaje, evasión de presos, ataque a las vías de comunicación, trata de personas, explotación de cuerpos de un menor de edad por medio de comercio camal, violación, homicidio doloso, secuestro, robo calificado, extorsión, despojo, tortura, piratería, uso ilícito de instalaciones destinadas al tráfico aéreo, asalto en carreteras o caminos, posesión y tráfico de armas de fuego, narcotráfico, tráfico de indocumentados, “lavado de dinero”, falsificación de moneda.

Es importante indicar que, al encontrarse definida la delincuencia organizada en los códigos de procedimientos penales, se identifica sólo para efectos de considerar plazos más amplios de retención por el Ministerio Público sobre presuntos responsables y no para otros fines. *Tampoco se le considera como un delito por sí mismo; por lo que, en nuestro país no se puede procesar a alguien sólo por pertenecer a una organización criminal con las características señaladas, sino que sólo se le puede procesar cuando cometa un delito de los previstos como tal en la legislación penal.*

Por tanto, no obstante tales inserciones a la ley, la regulación es aún insuficiente; todavía no puede afirmarse que la delincuencia organizada está debidamente atendida en el plano formal. De ahí la necesidad de su previsión en este anteproyecto de Ley especial, en la que se establece, por una parte, lo que se entiende por “delincuencia organizada”, señalándose sus rasgos característicos y por otra, el listado anterior disminuye considerablemente, para que la Ley resulte efectivamente funcional, abarcando únicamente aquellos casos que realmente constituyen problema de delincuencia organizada en la actualidad, como son: terrorismo, narcotráfico, acopio y tráfico de armas, secuestro, tráfico de indocumentados, falsificación y alteración de moneda, robo de vehículos, y lavado de dinero. Se entiende, por supuesto, que en el conocimiento de estos delitos también se comprenden a los delitos que tengan conexidad en los términos del Código Federal de Procedimientos Penales, como serían, por ejemplo, el homicidio y la portación de arma de fuego.

II.2. Estado de la delincuencia organizada en México

Las organizaciones criminales mexicanas, relacionadas sobre todo con delitos contra la salud, se ajustan en gran medida a los patrones universales ya señalados para la delincuencia organizada. Nos encontramos, en efecto, con un crimen organizado formado en gran parte por las organizaciones para el narcotráfico, entre las cuales destacan los cárteles de Tijuana, Juárez, del Pacífico y del Golfo, de los que importantes miembros han sido ya objeto de procesos, sin que a la fecha hayan podido ser desarticulados totalmente.

Según estimaciones de la Procuraduría General de la República, los grupos narcotraficantes que operan en México tuvieron ingresos brutos en 1994 de alrededor de 30 mil millones de dólares. Lo anterior nos da una idea de las grandes ganancias y del enorme poderío económico que tienen estas organizaciones, que les permite igualmen-

te contar con medios modernos y con mayor capacidad de operación. Lo que quiere decir que México, al igual que muchos otros países del mundo, se encuentre con frecuencia rebasado y vea amenazada la salud y seguridad de sus habitantes ante los embates de un fenómeno de gran magnitud y complejidad, como es el consumo y tráfico de drogas ilícitas que, además, ponen en riesgo la seguridad nacional.

Los hechos muestran que durante los últimos años, los “ajustes de cuentas” y la disputa entre cárteles para controlar la ruta del Pacífico han ocasionado más de 170 muertes. A eso habrá que agregar las que se dan en enfrentamientos con los cuerpos de seguridad pública tanto federales como locales, los cuales han sufrido bajas muy considerables y lamentables.

Por otro lado, se han decomisado grandes arsenales de armas de diferentes calibres. Informes de las 39 zonas militares indican que existe un promedio de 60 armas decomisadas diariamente en todo el país, además de los aseguramientos que realiza la Policía Judicial Federal.

Por lo que se refiere a los secuestros, algunos analistas han calculado que entre julio de 1988 y abril de 1994 se cometieron cerca de 800 secuestros de empresarios y otras personalidades en todo el territorio nacional. Por supuesto, los datos reales son mayores ya que muchos familiares de las víctimas prefieren no reportarlos a la policía. En muchos casos el modo de operación parece responder a un patrón de comportamiento.

Los robos de vehículos se presentan constantemente en las grandes urbes de nuestro país; respecto de este ilícito se observa la existencia de bandas cada vez más organizadas para su comisión, la que en los últimos años ha alcanzado un enorme incremento, constituyendo una de las importantes fuentes de ingreso de organizaciones criminales.

Por otra parte, es ineludible aceptar que el avance de la delincuencia organizada está relacionado con la corrupción de los cuerpos de seguridad pública a tal grado que, en las tragedias más lamentables de los últimos meses, o como se constató con la detención de Jesús Héctor Salazar (a) “El Güero Palma”, jefe del “Cártel de Sinaloa”, se han vinculado a policías o expolicías, habiéndose ejercitado acción penal en contra de miembros o exmiembros de esas corporaciones.

II.3. Disfuncionalidad institucional de reacción contra la delincuencia organizada.

Ahora bien, por lo que hace a los medios de reacción contra la delincuencia organizada, debe aceptarse que hasta ahora no existe en México una política criminal integral para enfrentarla; una política que comprenda desde la prevención general hasta la readaptación social especial, pasando por la procuración y la impartición de justicia, y que se base en criterios uniformes. Siempre se han adoptado políticas aisladas, desvinculadas unas de otras, sin conexión de rumbos y de criterios; por ello, aunque aisladamente han parecido adecuadas, han resultado finalmente infuncionales.

Las instituciones encargadas del combate a la delincuencia organizada padecen de los problemas identificados en lo general para la seguridad pública, pudiendo destacarse por su importancia respecto de este tema la falta de especialización (aunque no debe desconocerse el esfuerzo importante que para el caso del narcotráfico se ha hecho con la creación del CENDRO e INCD), la impunidad, la falta de profesionalización de sus integrantes, la corrupción, la falta de coordinación y corresponsabilidad, y la falta de un sistema nacional de información.

A este respecto, cabe notar que buena parte de la ineficiencia institucional en esta materia se debe a la existencia de un marco legal relativamente rígido, que impide a las instituciones actuar con flexibilidad y eficacia contra un adversario dinámico y cada vez más eficiente.

Como puede observarse, de la exposición de motivos, la iniciativa de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada atendía el “compromiso del Estado para fortalecer la lucha contra la delincuencia organizada”, toda vez que “La delincuencia organizada es uno de los problemas más graves por los que atraviesa la comunidad mundial, del que México no escapa”. “Otras consecuencias de estas conductas ilegales son el comercio ilícito de armas [...] *la pérdida de la seguridad urbana y rural y aun la participación en conflictos políticos y étnicos*; por lo que plantea una *amenaza directa para la estabilidad de las naciones y constituye un ataque frontal contra las autoridades políticas de los Estados*”.

Consecuentemente, puede advertirse que *el bien jurídico* protegido por esta ley especial son: la seguridad pública, la seguridad nacional, contraídas a puntos de orden y paz.

Sobre el delito de delincuencia organizada nuestro más Alto Tribunal de la nación ha emitido las siguientes tesis, que considero significativas:

Novena Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*
XXI, Enero de 2005
Página: 412
Tesis: 1a. CLXVIII/2004
Tesis Aislada
Materia(s): Penal

DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 20. DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, ES AUTÓNOMO RESPECTO AL DE ASOCIACIÓN DELICTUOSA CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 164 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. De conformidad con el primero de los numerales citados, los elementos integradores del delito de delincuencia organizada son los siguientes: a) Un acuerdo de tres o más personas para organizarse o la existencia de esa organización; b) Que el acuerdo para organizarse o la organización sea en forma permanente o reiterada; c) Que el acuerdo o la organización tengan como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos que señala el artículo 20. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Por su parte, el artículo 164 del Código Penal Federal establece que el delito de asociación delictuosa es el acuerdo de constitución de una asociación u organización de tres o más personas, cuyo elemento subjetivo específico lo constituye el propósito de delinquir, esto es, cometer ilícitos. De lo anterior puede establecerse el rasgo distintivo entre ambas figuras delictivas, ya que mientras el delito de delincuencia organizada tiene como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos expresamente establecidos en el artículo 20. de la ley citada, el delito de

asociación delictuosa, en forma general, sólo se refiere al propósito de delinquir, sin hacer referencia a la clase de delitos que pueden cometerse. En estas condiciones, ambos tipos penales pueden contener elementos constitutivos análogos, sin embargo, el rasgo distintivo anotado permite advertir que el delito de delincuencia organizada es un tipo penal autónomo en relación con el diverso de asociación delictuosa; máxime que la autonomía del delito de delincuencia organizada se corrobora con lo dispuesto en el citado artículo 2o., en el sentido de que: “[...] serán sancionadas por ese solo hecho [...]”, excluyendo dicha porción normativa la aplicación del diverso tipo penal de asociación delictuosa.

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA

Tomo: XVI, julio de 2002

Tesis: P. xxv/2002

Página: 8

DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 2O., Y SANCIONADO EN EL ARTÍCULO 4O., AMBOS DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA MISMA, ES AUTÓNOMO Y NO UNA AGRAVANTE. Del texto de los artículos 1o., 2o., párrafo primero, y 4o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en relación con su exposición de motivos, se advierte que el solo acuerdo de la organización o la organización misma, que tenga como fin cometer algunos de los delitos precisados en el numeral 2o. citado, es suficiente para imponer las penas previstas en el artículo 4o. de la ley referida, con independencia de la sanción que le corresponda al ilícito o ilícitos cometidos. Acorde con lo anterior, debe decirse que el ilícito de mérito no es una agravante de los diversos previstos en las fracciones del citado artículo 2o. de la ley en cuestión, toda vez que las circunstancias señaladas denotan la autonomía del ilícito de delincuencia organizada, porque le dan vida propia, esto es, para su consumación no requiere de la realización de otra conducta tipificada como delito.

Conclusiones

La delincuencia organizada ha aumentado de forma alarmante en los últimos tiempos, pasando a ser un problema que cada vez genera mayor preocupación social, tanto por su incremento cuantitativo como por su progresiva peligrosidad cualitativa; es además, una característica de sociedades que han alcanzado un cierto nivel de prosperidad y, según análisis autorizados, más habitual en los países anglosajones y nórdicos que en los euromediterráneos y en las naciones en vías de desarrollo. En las grandes ciudades latinoamericanas, la delincuencia organizada está ligada a la obtención delictiva de bienes suntuarios de consumo y por lo general no practican la violencia por sí misma, sino como medio para obtener sus objetivos materiales.

La delincuencia organizada es un fenómeno global contemporáneo de carácter político, económico y social, siendo ésta una asociación de un grupo de tres o más personas vinculadas con la finalidad u objeto de dedicarse a una o más actividades delictivas para obtener beneficios económicos y de otro orden en forma constante, teniendo como características y modalidades comunes capacidad gerencial. No tienen una existencia única, monolítica, monopólica; constituidas bajo formas de grandes organizaciones jerárquicas piramidales, funcionan como una red de intercambio social en el seno de la comunidad; son transnacionales porque sus actividades van más allá de las fronteras nacionales de los Estados; unen lo político con el delito y funcionan como un aparato de poder, como un Estado paralelo. Son muchas las causas del gran problema de la delincuencia organizada, entre ellas tenemos: la corrupción, la inestabilidad política, económica jurídica y social; las migraciones; vacíos de poder, entre otras. Las bandas organizadas se han unido con el fin de propiciar su permanencia, desarrollo, extensión y proliferación, actuando en forma sistemática, bien compactadas, en donde cada una de ellas funcionan como microempresas especializadas en determinadas áreas, dejando a los otros grupos restos de las actividades a desarrollar, según sus propias capacidades y conocimientos.

Existen determinadas actividades que son propias de cada grupo, las cuales responden a características y modalidades muy especiales para no ser comparables con la delincuencia común. Siendo precisamente éstas las que lo diferencian y le dan los caracteres que le otorgan el nombre de delincuencia organizada, las cuales en su mayoría son entes dedicados de forma específica a una o varias actividades delictivas graves.

Bibliografía

García Ramírez, Sergio, *Delincuencia organizada*, México, Porrúa, 2002.

Código Penal Federal.

Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

IUS 2009.

Cibergrafía

<<http://www.pgr.gob.mx/combate%20a%20la%20delincuencia/delitos%20federales/delincuencia%20organizada/Presentacion.asp>>.

ÍNDICE

Prólogo.....	7
Derechos humanos y mediación..... <i>Julio Cabrera Dircio</i>	9
Derechos humanos y ocupación temporal en la reforma energética..... <i>Humberto Serrano Guevara</i>	31
Los retos de la policía frente al nuevo proceso penal acusatorio mexicano... <i>Marcela González Duarte</i>	51
Un acercamiento a los retos de los jueces mexicanos ante el control difuso de constitucionalidad/convencionalidad..... <i>Christian Benítez Núñez</i>	71
Necesidad de regular el procedimiento en México para el cumplimiento de sentencias emitidas por organismos supranacionales protectores de derechos humanos..... <i>Héctor González Chévez</i> <i>Filiberto Eduardo R. Manrique Molina</i>	95
El principio <i>pro persona</i> en la implementación del control difuso de convencionalidad por los jueces nacionales..... <i>Rodolfo Bautista Jiménez</i>	115

La mediación penal en el ámbito internacional y sus efectos en la legislación local. Retos y perspectivas.	129
<i>Daniel Montero Zendejas</i>	
La viabilidad de la justicia restaurativa de los delitos de alto impacto en México	147
<i>Lidia Yolanda López García</i>	
Análisis dogmático del delito de delincuencia organizada	171
<i>Francisco Xavier García Jiménez</i>	