

Revista Mexicana de Ciencias Penales

ISSN 0187-0416

Año 5

Número 15

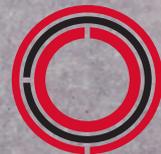
septiembre-diciembre de 2021

\$100.00

Grupos vulnerables y retos en la justicia



- Adolescentes indígenas en el sistema penal juvenil en México
Guadalupe Irene Juárez Ortiz
- El riesgo de hablar de derechos fundamentales: Una toma de postura desde el paradigma del realismo jurídico clásico
Francisco Vázquez Gómez Bisogno
- Génesis y evolución del sistema penitenciario en México frente a la tortura
Marisol Ramírez Reyes
- El recurso innominado del artículo 258 del Código Nacional de Procedimientos Penales
José Fernández de Cevallos y Torres



· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

REVISTA
MEXICANA
DE CIENCIAS
PENALES





REVISTA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES



REVISTA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES es una publicación del INACIPE, cuyo objetivo es dar a conocer investigaciones, análisis, reflexiones y opiniones acerca de las ciencias penales en México y en el mundo. En esta revista se dan cita los autores más reconocidos en estas disciplinas.

Año 5. Número 15. Septiembre-diciembre 2021
ISSN 0187-0416



· I N A C I P E ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

DIRECTORIO

H. JUNTA DE GOBIERNO

Alejandro Gertz Manero

Fiscal General de la República y Presidente de la H. Junta de Gobierno del Instituto Nacional de Ciencias Penales

Olga Sánchez Cordero

Secretaría de Gobernación

Arturo Herrera Gutiérrez

Secretario de Hacienda y Crédito Público

Delfina Gómez Álvarez

Secretaría de Educación Pública

Manuel Peralta García

Delegado y Comisario Público Propietario del Sector Seguridad Nacional de la Función Pública

Ernestina Godoy Ramos

Fiscal General de Justicia de la Ciudad de México

Enrique Luis Graue Wiechers

Rector de la Universidad Nacional Autónoma de México

Eduardo Abel Peñalosa Castro

Rector General de la Universidad Autónoma Metropolitana

Luis Rodríguez Manzanera

Presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales

María Elena Álvarez Buylla

Directora General del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología

INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

Gabriela Alejandra Rosales Hernández

Secretaría General de Extensión
Encargada del Despacho de la Dirección General
en suplencia por ausencia

COMITÉ EDITORIAL

Luis de la Barreda Solórzano

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Marta Lamas Encabo

Universidad Nacional Autónoma de México e
Instituto Autónomo de México

Gerardo Laveaga

Sergio López Ayllón

Centro de Investigación y Docencia Económicas

Elisa Speckman Guerra

Academia Mexicana de Ciencias Penales

Pedro Salazar Ugarte

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

DIRECTORA DE PUBLICACIONES Y BIBLIOTECA

Alejandra Silva Carreras

Diseño editorial

Lizeth Violeta Méndez Guadarrama

Daniel Leyte Muñiz

José Antonio Guzmán Maldonado

Editor

Victor Fernando Gálvez García

Correctora de estilo y edición

Irene Bárcenas Jara

Diseño de portada

Israel Eliseo Martínez

REVISTA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES, año 5, No. 15, septiembre-diciembre 2021.

Es una publicación trimestral editada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, a través de la Dirección de Publicaciones y Biblioteca. Calle Magisterio Nacional núm. 113, Col. Tlalpan, Alcaldía Tlalpan, C. P. 14000, Ciudad de México, México. Tel. 5487 1571; www.inacipe.gob.mx; e-mail: publicaciones@inacipe.gob.mx. Reservas de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2017-080214584200-102. ISSN: 0187-0416, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Licitud de Título y contenido: 17106. Expediente: CCPRI/3/TC/18/21019 otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación.

Impresa por Lito Roda S.A. de C.V., calle Escondida no. 2, Col. Volcanes, Alcaldía Tlalpan, C.P. 14640, Ciudad de México. Este número se terminó de imprimir en octubre de 2021 con un tiraje de 500 ejemplares.

Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad exclusiva de los autores y no necesariamente reflejan la postura del Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación, sin previa autorización del Instituto Nacional de Ciencias Penales.



Instituto Nacional de Ciencias Penales



@INACIPE

www.inacipe.gob.mx

CONTENIDO

Editorial _____ VII

TENDENCIAS ACTUALES

Francisco Vázquez Gómez Bisogno

● *El riesgo de hablar de derechos fundamentales:*

Una toma de postura desde el paradigma del realismo jurídico clásico _____ 3

Marisol Ramírez Reyes

● *Génesis y evolución del sistema penitenciario en México frente a la tortura* _____ 41

José Fernández de Cevallos y Torres

● *El recurso innominado del artículo 258 del Código Nacional de Procedimientos Penales* __ 71

José Manuel Calderón Calderón

● *Desarrollo de la sesión previa al círculo restaurativo con adolescentes,*

desde el enfoque centrado en la persona _____ 93

CIRCUNSTANCIAS EN LA PROCURACIÓN E IMPARTICIÓN DE JUSTICIA

Guadalupe Irene Juárez Ortiz

● *Adolescentes indígenas en el sistema penal juvenil en México* _____ 113

Luz Berthila Burgueño Duarte

● *Hechos que la ley señala como delitos a partir de la reforma constitucional de 2008* ____ 127

Ricardo Castillo Solano

● *E-justice en México: aspectos fundamentales* _____ 147

Hugo Enrique Lozano Gómez y

Óscar Armando Rico Chávez

● *¿Vulneración de la autonomía universitaria por la seguridad pública?*

Esclarecimiento jurídico y conceptual _____ 175

VISIONES PARA EL FUTURO

Maximiliano Hernández Cuevas

● *La agresión y la violencia como experiencias subjetivas* _____ 195

María Sierra Pacheco

● *Principio precautorio para disminuir la explotación reproductiva de la mujer*

y el daño a generaciones futuras en los casos de gestación subrogada _____ 213

Si bien en general se considera que las personas en situación de vulnerabilidad son aquellas que encuentran dificultades especiales para ejercer ante las instituciones de justicia los derechos que el sistema jurídico les reconoce, la gran diversidad de circunstancias que intervienen en los procesos de vulnerabilización (edad, género, estado físico o mental, o circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales son tan solo algunas de las que mencionan las Reglas de Brasilia) hace que para hablar de los sujetos que se encuentran en esta situación sea necesario analizar las situaciones específicas que los atraviesan y les impiden hacer valer sus derechos ante el sistema de justicia.

Es por lo anterior que el objetivo de esta publicación fue, no tratar de abarcar cada una de las circunstancias que pueden llevar a una persona a pasar por una situación de vulnerabilidad, sino englobar también los retos ante los que se enfrenta el sistema de justicia y figuras que podrían estar siendo utilizadas para lograr una procuración de justicia pronta y efectiva, sobre todo ante sujetos que históricamente han visto obstruido el acceso a la justicia.

Así, en este número se abordan temas de situaciones específicas de personas en contextos de vulnerabilidad, como el manejo de la agresión con adolescentes en conflicto con la ley, así como el caso de adolescentes indígenas que se encuentran dentro del sistema penal y la posible explotación reproductiva de la mujer a través de la gestación subrogada si no se toman las decisiones legislativas adecuadas.

Además, se incluyen importantes análisis acerca de la procuración de justicia en el caso de la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de controversias, así como en ámbitos electrónicos a través del concepto de *e-justice* —qué es, qué derechos humanos se fortalecen con su aplicación y sus ventajas y desventajas— y sobre las concepciones que intervienen al momento de analizar la vulneración de la autonomía universitaria por cuestiones de seguridad pública. Y, finalmente, se formula una reflexión acerca de las causas y las diferencias entre la agresión y la violencia, que nos puede ayudar a tener una visión más amplia al momento de legislar, y otra acerca

de la diferencia entre derechos fundamentales y derechos humanos y de las consecuencias de tomarlos como conceptos sinónimos.

Así, en la RMCP buscamos aportar a la discusión con temas de relevancia actual que nos ayuden a alcanzar una sociedad más justa.

Víctor Fernando Gálvez García

TENDENCIAS ACTUALES

EL RIESGO DE HABLAR DE DERECHOS FUNDAMENTALES: UNA TOMA DE POSTURA DESDE EL PARADIGMA DEL REALISMO JURÍDICO CLÁSICO

○ Francisco Vázquez Gómez Bisogno*

* Profesor titular de Teoría Constitucional y Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana. Investigador nivel I del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT. ORCID: 0000-0002-2054-7199 (fvazquez@up.edu.mx)

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

- **Realismo jurídico clásico**
- **Relativismo jurídico moderno**
- **Derechos humanos**
- **Derechos fundamentales**

Classic legal realism

Modern legal relativism

Human rights

Fundamental rights

Resumen. El relativismo ha sido definido como el problema más honddo de nuestro tiempo. Partiendo de tal premisa, el autor realiza una propuesta que pudiera parecer limitada al ámbito de la semántica, debido a que reflexiona en torno a los conceptos de *derechos humanos* y *derechos fundamentales*, los cuales son asumidos con muy diversas caracterizaciones o, incluso, como sinónimos. Sin embargo, a partir del análisis de su origen, así como de la identificación de los riesgos del relativismo jurídico y de su impacto negativo en la doctrina del constitucionalismo, el autor postula en clave del *realismo jurídico clásico* una propuesta encaminada a corregir esa profusa indiferencia conceptual. Así, el autor concluye que la utilización de una u otra de tales nociones no debe ser insensible, ya que lleva en sí —más allá del parecer de quien la utilice— la elección de un paradigma jurídico, es decir, una toma de postura.

Abstract. Relativism has been defined as the deepest problem of our time. Starting from this premise, the author makes a proposal that could seem limited to the field of semantics, because it reflects on the concepts of *human rights* and *fundamental rights*, which are assumed with very diverse characterizations or, even, as synonyms. However, by analyzing its origin, as well as identifying the risks of legal relativism and its negative impact on the constitutionalism doctrine, the author postulates in the key of *classical legal realism* a proposal aimed at correcting that profuse conceptual indifference. Thus, the author concludes that the use of one or the other of such notions must not be insensitive, since it carries within itself —beyond the opinion of the person who uses it— the choice of a legal paradigm, that is, a taking of posture.

Fecha de recepción: 23 de diciembre de 2019

Fecha de aceptación: 10 de noviembre de 2020

La “positivización” de contenidos “morales” afirmados por el derecho natural que se opera en el máximo nivel del ordenamiento jurídico [...] sólo es una circunstancia históricamente contingente que en el futuro podría ser sustituida... (Zagrebelsky, 1997, p. 116).

Gustavo Zagrebelsky

SUMARIO:

I. Introducción. II. Identificando el problema: relativismo jurídico vs. realismo jurídico clásico. III. ¿Derechos humanos o derechos fundamentales? IV. Los derechos humanos se reconocen; los derechos fundamentales se otorgan: un primer riesgo. V. Los derechos humanos poseen un fundamento antropológico; los derechos fundamentales poseen un fundamento político, generando así la “democracia vacía”: un segundo riesgo. VI. Los derechos humanos como nómina enunciativa; los derechos fundamentales como nómina taxativa: un tercer riesgo. VII. Los derechos humanos como ámbito especializado; los derechos fundamentales como la pulverización de los derechos: un cuarto riesgo. VIII. Conclusión. IX. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene por objeto reflexionar en torno a dos conceptos ampliamente desarrollados y utilizados en el foro filosófico-jurídico. En ese aspecto, poco se podría aportar. Sin embargo, para justificar mi investigación, inicio este preámbulo apelando al discurso anecdótico, lo cual me permitirá perfilar la identificación de la problemática que pretendo abordar. En alguna ocasión escuché decir a algún expositor que Confucio era reconocido por ser un *policia* del lenguaje. Me di, pues, a la tarea de investigar lo que esa tesis podría significar y descubrí que el pensador chino habría afirmado en alguno de sus escritos lo siguiente: *cuando las palabras pierden su significado, el pueblo pierde su libertad.*

Más allá de la certeza que podamos tener en torno a la veracidad de tal afirmación, su contenido me permite acercarme a un *desiderátum* que pudiera parecer exclusivamente semántico, pero que, con algo más de sosiego, se

torna relevante para la filosofía del derecho. Si analizamos con detenimiento la advertencia del pensador chino, las reflexiones en cuanto a la utilización de unos u otros conceptos dentro del ámbito del derecho no deberían parecerse inútiles. Máxime cuando se llega a advertir que:

... las normas jurídicas se manifiestan a través de lenguaje. Las decisiones de los tribunales que aplican las normas en la práctica son lenguaje. Incluso, si en ocasiones es incierto lo que está escrito en la ley, todo el material interpretativo, como los debates legislativos (trabajos preparatorios), se materializa también en lenguaje escrito. Así, el lenguaje es interpretado por lenguaje y el resultado se expresa por medio de lenguaje. (Aguirre Román, 2008: 142)

Después de sondear la profundidad de Aulis Aarnio, es evidente que nadie en su sano juicio podría recriminar a los ingenieros, administradores o médicos lo que hagan del y con el lenguaje, pero ciertamente no deberíamos actuar de la misma manera aquellos que elegimos profesiones cuya principal herramienta es el lenguaje mismo.

Teniendo en cuenta lo anterior, algo resulta altamente interesante en torno a dos nociones ampliamente desarrolladas por la literatura jurídica contemporánea. Me refiero a los conceptos de *derechos humanos* y *derechos fundamentales*. En trabajos cuyo objeto de análisis está íntimamente ligado a la doctrina del constitucionalismo, mientras juristas como Manuel Aragón (2002) en su obra *Constitución, democracia y control* y Francisco Javier Ansuátegui Roig (2003) en su investigación intitulada “Derechos, constitución y democracia”, se refieren de manera consistente al concepto *derechos fundamentales*, otros estudiosos como Juan Carlos Bayón, en su análisis “Derechos, democracia y constitución” (Pozzolo, 2006) prefiere adoptar el concepto de *derechos básicos o fundamentales*; incluso, juristas como Juan Manuel Acuña (2014), Antonio Colomer (2015), Dante Jaime Haro Reyes (2010) y Julio Armando Rodríguez Ortega (2010) utilizan ambos conceptos como sinónimos.

Frente a tal ambigüedad o indiferencia conceptual, el presente trabajo pretende aportar los elementos *iusfilosóficos* mínimos a partir de los cuales demostrar por qué resulta más acorde a la doctrina del constitucionalismo la noción de *derechos humanos*, sentando las bases para también advertir que utilizar tales conceptos como sinónimos implica una vaguedad que trae consigo mayores riesgos que beneficios.

Para ello, realizaré un análisis breve dentro del ámbito de la filosofía del derecho a efecto de demostrar que, si tal y como se afirma “el relativismo es

el problema más hondo de nuestro tiempo” (Ratzinger, 2005a: 65), por lo que resulta indispensable hacernos cargo de precisiones conceptuales que no son inocentes o indiferentes. Para ello echaré mano del *realismo jurídico clásico*, paradigma que provee de argumentos objetivos a partir de los cuales advertir que ni uno ni otro concepto son sinónimos ni deben ser utilizados indiscriminadamente, ya que su origen, contenido y sentido son precisables y, por tanto, su utilización puede, en muchos casos, llevar implícita una toma de postura filosófico-jurídica. En suma, los *derechos humanos*, en clave del *realismo jurídico clásico*, son una toma de postura que nos beneficia a todos. Veamos.

II. IDENTIFICANDO EL PROBLEMA: RELATIVISMO JURÍDICO VS. REALISMO JURÍDICO CLÁSICO

Para nadie es desconocido que el principal reto de todo jurista consiste en encontrar respuestas y soluciones justas a los casos concretos que son sometidos a su consideración. En uno de los momentos cruciales de su carrera —al recibir el título profesional—, el novel jurista promete *tened presente ante todo no emplear sus conocimientos sino en servicio de las causas justas desempeñando la importante función social de consejero y director de quienes no poseen la ciencia del derecho*.

Es por ello que, primordialmente y en cumplimiento a tal promesa, debe escudriñar en los hechos del caso concreto esforzándose en identificar la existencia de una o varias *deudas*, para luego reconocer y tutelar el derecho subjetivo que se encuentre en juego y proteger así a la parte a quién le sea debido algo. No por nada Ulpiano recomendaba al que habría de dedicarse al derecho que conociera primeramente de dónde deriva el nombre de *ius* (derecho). Es llamado así —afirmaba el jurisconsulto romano— por derivar de *justicia* (Digesto, 1, 1,1). Por ello el jurista puede (o debería) ser considerado el científico de la justicia, ya que debe poseer un saber práctico que comporte un discernimiento fundamental: el de lo justo y el de lo injusto, el del derecho y el de la lesión del derecho (Aparisi Millares, 2006: 193). Desde esta perspectiva, no hay duda de que el fin del derecho es por demás simple (*la justicia*), aunque su concreción llegue a dificultarse considerablemente (*darle a cada quien lo suyo*).

Es más, la simpleza del derecho por lo que respecta a la finalidad mencionada se ha matizado considerablemente debido, en gran medida, a que

... después de la triunfante Revolución francesa se expande en Europa un nuevo y peculiar modo de comprender y operar con el derecho que constituye un auténtico “paradigma” (Kuhn) al que podemos llamarlo “dogmático, exegético, legalista o iuspositivista estricto o integral” [y] como era de esperar, se extiende e impera por América. (Vigo, 2003: 3)

De esta forma, el paradigma (Kuhn, 2006: 13) del iuspositivismo estricto o integral al que se refiere Vigo impactaría dentro de la tradición jurídica *romano-canónica* o del *civil law*, proyectándose al constitucionalismo europeo continental y, como efecto secundario, permeando en casi todo el constitucionalismo contemporáneo una idea fundamental: *solo es derecho lo establecido en la norma escrita*.

El impacto fue de tal profundidad y extensión que, a pesar del embrionario impulso hoy existente en los países latinoamericanos por avanzar hacia diseños constitucionales más cercanos al Estado de derecho judicial, nadie en su sano juicio podría negar —en los albores del presente siglo— que el paradigma del Estado de derecho legal sigue siendo la estructura fundamental del Estado contemporáneo (Pereira, 2005: 78), salvo en aquellos pocos países, claro está, que continuaron con la tradición jurídica del *common law* (Morineau, 2001). En suma, resulta evidente —prueba de ello es el método aún vigente en la enseñanza del derecho— que la ley es en nuestra comunidad jurídica la primera y, en muchas ocasiones, la única fuente que el jurista consulta para cumplir la importante función social que se le ha sido encomendada.

Así las cosas, no consideramos estar equivocados al afirmar que el paradigma del iuspositivismo convierte la mirada del jurista en una visión obtusa de la realidad, toda vez que este analizará los casos a partir de lo que exista o no en el conjunto de leyes y normas escritas que sean vigentes en el sistema jurídico respectivo. Perdida esa dimensión sapiencial del derecho, afirmará Paolo Grossi (2003), el “simplismo y optimismo parecen las características más llamativas del jurista moderno confirmado por las certezas ilustradas” (p. 17). Empero, por paradójico que parezca, el iuspositivismo, pretendiendo simplificar el quehacer del jurista, hizo de la ciencia jurídica algo complejo, al punto de que “el drama del mundo moderno consistirá en la absorción de todo el derecho por la ley, en su identificación con la ley, aunque sea mala o inicua” (Grossi, 2003: 36), lo que produjo la construcción de algunos edificios vacíos e irreales que pretendieron destruir —consideramos que sin éxito— otros de la cultura jurídica clásica: el derecho pretendió ser sustituido por la ley; de lo justo se transitó a lo legal, y la justicia terminó por convertirse en seguridad jurídica.

De esta forma:

... la realidad [comenzó a concebirse] como un orden lógico desde el hombre [...] lo existente empieza a ser y sólo es si es colocado por el hombre que representa y elabora. [La] verdad equivale así a la certeza que el sujeto obtiene de haber asegurado metodológicamente la objetividad [por lo que] la atención se desplaza hacia los procedimientos del pensamiento, hacia las reglas y métodos de constitución del saber con indiferencia del dominio particular dentro del cual ellos mismos están llamados a operar. (Innerarity, 1990: 13-20)

Así, el hombre moderno le da la espalda al mundo y a la realidad para adentrarse en sí mismo. Para efectos del presente análisis entenderemos por *mundo clásico* aquel universo configurado a partir del pensamiento filosófico en la época clásica y el Medioevo (siglo v a.C.-1453, año en que cayó Constantinopla, capital del Imperio Romano de Oriente); y por *modernidad*, al pensamiento filosófico construido en la época moderna y contemporánea (siglo xv d.C. hasta nuestros días).

En este sentido, el iuspositivismo —representación más acabada de la *modernidad* en el ámbito del derecho— terminaría por generar una modificación en su desarrollo que significó transitar de una filosofía jurídica del *ser* a una filosofía jurídica del *pensar*. Es decir, mientras que en el mundo clásico el primer principio del que irremediamente partía todo conocimiento (cualquiera que fuera su nivel de abstracción) era la evidencia del objeto y su esencia, siendo el hombre capaz de saber lo que las cosas son y no son (*realismo filosófico*), para el mundo moderno el ser o las cosas se transformarían en objetos que son sometidos al pensar debido a que la cosa en sí es incognoscible, por lo que el *ser* de las cosas es solo un *ser percibido*. Así, el primer problema filosófico para los modernos sería el problema del conocimiento, ya que las cosas, más que conocidas, son pensadas (*relativismo filosófico*); desde esta perspectiva lo fundamental ya no sería *qué* se conoce sino *cómo* pienso lo que conozco (Vigo, 2012).

La diferencia entre el realismo y relativismo, que hunde sus raíces de manera profunda en el ámbito de la filosofía, evidentemente tendrá sus consecuencias en el ámbito del derecho, al punto de que hoy quizá debamos admitir que la histórica disputa entre el *iusnaturalismo* y el *iuspositivismo* ha quedado superada debido a que este último dejó ver sus insuficiencias y riesgos en Nuremberg, tribunal internacional en el que se contestaba categóricamente que la injusticia extrema que fundamentaba el orden jurídico nazi, a pesar de ser ley, no podía ser considerada derecho. En todo caso, desde nuestra óptica consideramos que hoy la disputa filosófico-jurídica

se ubica —más bien— entre el *realismo jurídico clásico* y el *relativismo jurídico*. Veamos.

En palabras de Javier Hervada (1988):

... el rasgo típico del realismo jurídico clásico consiste en ser una teoría de la justicia y del derecho construida desde la perspectiva del jurista, entendido éste según se deduce de la clásica definición de justicia que se encuentra en la primera página del Digesto: dar a cada uno su derecho, dar a cada uno lo suyo. La función del jurista se ve en relación con la justicia: determinar el derecho de cada uno, lo suyo de cada uno. Ese derecho; esa cosa suya es el "iustum", lo justo, de donde resulta que el arte del derecho es el arte de lo justo. (p. 281)

En pocas palabras, el *realismo jurídico clásico* recibe su nombre debido a que ve el derecho en la *res iusta* o cosa justa, es decir, en el *ius* o derecho que es la cosa de cada uno; de ahí su realismo, ya que el derecho (*ius*) no es la ley ni es el derecho subjetivo.

De esta forma, la relación jurídica —o en palabras de Hervada (1988), la relación de justicia— es originalmente una relación de deuda, y el derecho o *ius* se constituye como tal —la cosa es *ius* o derecho— por su índole de debida. Luego, si la cosa es debida, al tratarse de una deuda en sentido propio y estricto, resulta ser exigible por el titular, lo que implica la facultad de exigir. Y es esta facultad a la que conocemos con el nombre de *derecho subjetivo*. Pero, en todo caso, es importante advertir que para el *realismo jurídico clásico* la titularidad de un derecho o *ius* consiste primariamente en que una cosa sea debida a alguien, y solo en un segundo momento comportará el derecho subjetivo o facultad de exigir lo que le es debido, de ahí que Hervada (1988) sea enfático en señalar:

... la justicia no consiste en dar a uno una cosa para que sea suya; no consiste en hacer que una cosa sea suya de alguien. Consiste en dar a cada uno lo suyo. Por lo tanto, el derecho —el *ius*— preexiste a la justicia. Sin *ius* o derecho preexistente, no es posible la acción de la justicia. (p. 289)

Es por lo anterior que se afirma con verdad que el objeto de estudio del derecho son las *deudas*, ya que si no es posible identificar en la realidad mundana una deuda (algo que alguien debe a otro), indiscutiblemente podremos identificar un derecho —un *ius*— que ese *otro* no solo puede exigir, sino que el derecho debe generar los mecanismos o garantías para que ese *algo* le sea dado.

Por lo tanto, podemos afirmar que el paradigma del realismo jurídico clásico se sustenta en, al menos, los siguientes postulados: (i) la realidad jurídica es análoga; (ii) la noción primaria del derecho es el *ius*; (iii) la ley

no es el mismo derecho, sino cierta razón de él; (iv) el fundamento del derecho es la naturaleza humana; (v) el ordenamiento jurídico es en parte natural y en parte positivo, y (vi) el juicio es la determinación recta de lo justo. Estos serán los comunes denominadores en el pensamiento de filósofos del derecho que han desarrollado este paradigma jurídico, tales como V. Cathrein, F. Olgiati, L. Lachance, G. Graneris, J. Maritain, S. Cotta, L. Mendizábal, M. Sancho Izquierdo, E. Luño Peña, L. Legaz y Lacambra, A. Truyol y Serra, M. Villey, J. Hervada, J. Martínez Doral, y J. Finnis, entre otros (Forero Forero, 2004).

En definitiva, el realismo jurídico clásico es denominado así en palabras de Claudia Helena Forero (2004):

... por tener sus raíces en el realismo filosófico, el cual corresponde a la convicción de que los objetos tienen una existencia diferente al pensamiento del sujeto que conoce, que tales objetos son cognoscibles (susceptibles de ser conocidos), y que son lo que ellos son en sí mismos y no lo que el sujeto conoce de ellos [y] es «clásico» por estar sustentado en filósofos como Aristóteles y Tomás de Aquino, y en el pensamiento jurídico también clásico de los romanos. (p. 118)

Lo anterior nos permite distinguir el *realismo jurídico clásico* de las corrientes contemporáneas denominadas indistintamente como realismo jurídico escandinavo y norteamericano. El primero de ellos tiene en común una:

... actitud antimetafísica radical, de acuerdo con la cual la única realidad a la cual corresponden los fenómenos jurídicos es la psicología. [En efecto] lo que se preguntan los escandinavos no es cómo nace formalmente el Derecho y por medio de qué fuentes formales nace, sino cuándo y por qué determinadas normas sociales son consideradas como Derecho. (Villoro Toranzo, 1988: 73-80)

De esta forma —afirma Villoro Toranzo (1988)— los escandinavos se proponen construir una teoría general del derecho que lo explique a partir de hechos, y los hechos más importantes que observan en relación con el derecho son las reacciones psicológicas de los individuos ante las normas jurídicas y las sanciones, convirtiéndose así en una especie de sociología jurídica. Los defensores de esta postura filosófico-jurídica son, entre otros: Axel Hagerstrom, Anders Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona y Alf Ross.

La segunda corriente —el realismo jurídico norteamericano— debe diferenciarse del paradigma clásico, debido a que posee una cierta visión sociológica del derecho, pero con un claro ingrediente de pragmatismo o, si se prefiere, de *instrumentalismo pragmático*. En palabras de José Ignacio Solar

Cayón (2012), en esta postura filosófico-jurídica emerge una perspectiva pragmática o funcional, ya que el derecho ya no es entendido como algo preexistente que el jurista debe descubrir, sino un producto cultural forjado a partir de determinadas experiencias, necesidades, circunstancias históricas y, sobre todo, como un poderoso instrumento de transformación social. En esta corriente podemos ubicar a filósofos como Gray, Cardozo, F. Cohen, Holmes, Pound, entre otros.

En suma, se puede identificar a esta postura como aquella que sustenta su pensamiento en, al menos, cinco elementos esenciales: (i) la necesidad de estudiar las consecuencias sociales reales de las instituciones y doctrinas jurídicas; (ii) el estudio sociológico preparatorio de la legislación; (iii) el estudio de los medios para conseguir que las normas sean efectivas en su acción; (iv) el divorcio temporal entre el *ser* y el *deber ser* a efectos del estudio del derecho; y (v) la insistencia en la evaluación de cualquier parte del derecho en función de sus efectos (Solar Cayón, 2012: 176-226).

Así las cosas, a diferencia de lo defendido por el relativismo jurídico y los realismos jurídicos escandinavo y norteamericano, en el sentido de que será más importante reparar en las formas y los procedimientos de creación de las normas y no así en su contenido, comulgamos plenamente con la idea de que:

... el derecho está llamado a servir al hombre, [en el entendido de que] juzgar los actos humanos, con el fin de hacer justicia –tarea exclusiva del derecho–, pasa por el camino de conocer no sólo el texto legal que le es aplicable, sino el contexto del acto mismo, lo que reclama de los juristas hoy más que nunca prudencia (Platas Pacheco, 2011: XXI).

A lo que habría que sumar la suficiente integridad profesional que les mueva a buscar la verdad práctica, en el entendido de que “la realización de la justicia requiere, inevitablemente, un intento de aproximación a la realidad [al punto de que] si se abdica de la búsqueda de la verdad también se renunciará, en última instancia, a hacer justicia” (Aparisi Millares, 2006: 242).

En palabras de Gustavo Zagrebelsky (1997), no debemos olvidar que el “derecho como disciplina práctica está necesariamente anclado a la realidad” (p. 121). En definitiva, mientras que el realismo es la doctrina según la cual el objeto de nuestro conocimiento tiene una existencia real e independiente de nuestra mente, para el relativismo (o idealismo) las esencias no están en las cosas sino en la mente del sujeto cognoscente (Platas Pacheco, 2011, pp. 18-19).

Pero ¿de qué manera el profesional del derecho puede desarrollar su función teniendo en cuenta tales premisas?, ¿cómo es que el abogado podrá ser fiel a su misión en tratándose de un ámbito tan complejo como lo es el ámbito de los derechos y las libertades?, en suma, ¿de qué forma el jurista del siglo XXI podrá juzgar los actos humanos con el fin de hacer justicia asumiendo a cabalidad la nueva obligación de realizar un control de convencionalidad y hacer todo ello a partir del paradigma del realismo jurídico clásico?

Es en este punto en el que este trabajo pretende realizar una aportación a partir de advertir que la definición en cuanto a la utilización de conceptos como los de *derechos humanos* o *derechos fundamentales* —comúnmente utilizados como sinónimos— no es neutral. Por el contrario, dicha definición implica una toma de postura —consciente o inconsciente— que hunde profundamente sus raíces en la concepción que del derecho pueda tener el jurista, razón de más para escudriñar en los riesgos que se generan ante dicha toma de postura. Veamos.

III. ¿DERECHOS HUMANOS O DERECHOS FUNDAMENTALES?

En palabras de Nubiola (2000):

... quienes nos dedicamos a la filosofía —o quienes lo pretendemos— estamos enamorados de la verdad, estamos comprometidos en la búsqueda de las verdades realmente decisivas, [debiendo identificarnos por ese motivo] con una honda aspiración a que la verdad y la transparencia presidan siempre todas nuestras relaciones y la organización misma de la sociedad. (p. 100)

En este propósito, el objetivo fundamental de estas líneas es abordar una cuestión de orden conceptual en torno a las denominaciones de *derechos humanos* y *derechos fundamentales*, por lo que consideramos necesario justificar los motivos que nos llevan a referirnos al primero de los conceptos y no al segundo.

La precisión conceptual obedece, además, a que tal y como ya lo hemos previsto hacer referencia a uno u otro concepto ubica a quien los utiliza —consciente o inconscientemente— en paradigmas jurídicos opuestos, en razón de lo cual, en aras de propender a la veracidad y a la transparencia a la que se refiere Nubiola, es una *toma de postura* que en justicia debe realizarse a

fin de que aquel que lea estas u otras líneas sepa a partir de qué visión de lo jurídico se formula un juicio o discurso. Si, por el contrario, al momento de leer estas líneas se tiene la idea de que tales conceptos son sinónimos, este será el momento idóneo para que usted, querido lector, haga una elección y tome una postura de significativa relevancia en el ámbito de la filosofía del derecho. Veamos.

Para nadie es desconocido que no existe una postura hegemónica en cuanto a este debate conceptual, sin embargo, de lo que sí estamos convencidos es de que —estrictamente— derechos humanos y derechos fundamentales no son lo mismo. Lo anterior debido a que “el estudio de los derechos fundamentales tiene como referencia ineludible los derechos humanos [por lo que] conviene dejar claro que unos y otros no son exactamente lo mismo” (Bastida Freijedo, 2005: 41).

Así, podemos decir que los derechos humanos son una categoría más amplia, debido a que no son jurídicos, ya que en estos debemos incluir, por ejemplo, a los llamados derechos morales o naturales, es decir, tal y como lo sostiene Francisco Laporta (1987):

... si admitimos el rasgo de universalidad [de los derechos humanos] entonces tenemos que sacarlos [...] del ámbito del sistema jurídico positivo. Porque, en efecto, no hablamos de unos derechos que unos tienen y otros no tienen en función del sistema jurídico en que viven [...] Parece por ello menos controvertible que ubiquemos a los derechos humanos en el ámbito de la ética, como “derechos morales” y no [en el ámbito del sistema jurídico] como “derechos legales”. (p. 32)

Bajo esta premisa filosófica, por ejemplo, el Reglamento de la Comisión Nacional de Derechos Humanos del 1º de agosto de 1990 estableció con sencillez que “Artículo 2º. Los Derechos Humanos son los inherentes a la naturaleza humana, sin los cuales no se puede vivir como ser humano”.

De esta forma, los derechos humanos son, han sido y serán los mismos desde que el primer ser humano puso un pie sobre la faz de la tierra y hasta que el último lo haga. Por ello, se dice que el fundamento de los derechos fundamentales son los derechos humanos, que no son otra cosa que pretensiones, facultades e inmunidades inherentes a la naturaleza y dignidad humanas. Es decir, partiendo de dicha premisa resulta inútil —y hasta peligrosa— la pretensión de elaborar una nómina de derechos humanos, ya que cualquier listado, sea cual fuere el ámbito en el que se desarrolle, siempre será finito, imperfecto e inacabado.

No se pierda de vista que “el término ‘derechos fundamentales’ aparece en Francia (*droits fondamentaux*) a finales del siglo XVIII, dentro del movimiento que culmina con la expedición de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789” (Carbonell, 2005: 8). Es decir, surge en el contexto de la tradición jurídica del *civil law*, la cual, acompañada del mecanismo constitucional propio del Estado legislativo de derecho que pretende concretar el *constitucionalismo* —es decir, limitar al poder exclusivamente a través de las leyes escritas— termina por generar una clara tendencia a la codificación en todos los ámbitos, no siendo la excepción el terreno de los —hasta ese momento— denominados *derechos del hombre*.

De ahí que se afirme en términos generales que “...el modelo positivista trasforma los derechos humanos en derechos fundamentales” (Bastida Freijedo, 2005: 42). Así, bien puede afirmarse que los derechos fundamentales son los derechos que han sido *positivizados* en los tratados internacionales y en los textos constitucionales, es decir, los derechos fundamentales son —en el mejor de los casos— derechos humanos *constitucionalizados*.

Para entender claramente la relación entre ambos conceptos, Antonio Pérez Luño afirma:

... habría un amplio consenso en considerar que en el régimen del apartheid en Sudáfrica o en la dictadura de Pinochet en Chile se violaban “derechos humanos”; sin embargo, de acuerdo con el sistema jurídico de esos países, la detención sin causa o la segregación racial no eran actos violatorios de “derechos fundamentales”. Estos dos regímenes [...] podrían ser denunciados como “violadores de derechos humanos”, pero no como violadores de “derechos fundamentales” en tanto que sus ordenamientos jurídicos internos no reconocían como tales una serie de derechos que a nosotros nos pueden parecer esenciales desde cualquier punto de vista. (Carbonell, 2005: 8)

Por ello es que Francisco Laporta (1987), al hacer referencia a otra de las características de los derechos humanos, es decir, a su carácter absoluto, señala que, efectivamente, los derechos humanos pretenden obtener su fuerza característica de que son la expresión de bienes de particular relevancia para los seres humanos. En palabras de Benn, los derechos humanos son afirmaciones de intereses o necesidades básicas; o bien, afirmarí­a Kleinig que los derechos humanos representan esas mínimas condiciones bajo las que los seres humanos pueden prosperar (*flourish*) y que deben ser asegurados, si es necesario, con la fuerza (Laporta, 1987).

Pero como señala Laporta, la cuestión es determinar cuáles son esos intereses, necesidades, condiciones mínimas, mínimo de exigencias o valores

vitales; esfuerzo que supera ampliamente esta investigación. No obstante, en palabras de John Finnis, es posible identificar siete *bienes humanos básicos*, a partir de los cuales sería también posible identificar los derechos humanos. En otras palabras, atendiendo a que, desde el punto de vista del *realismo jurídico clásico*, el derecho es la ciencia que debe tener como objeto de estudio las *deudas*, al identificar qué bienes son aquellos sin los cuales el ser humano no puede vivir como tal —es decir, aquellas realidades que le son debidas al hombre por el hecho de ser hombre— será posible identificar los derechos que sean correlativos a esas deudas. Hacerlo de otra forma nos puede llevar, sin la mayor dificultad, a postular la existencia de pseudo derechos humanos que, en muchas ocasiones, ni siquiera son simples derechos debido a que frente a ellos no existe una obligación que cumplir o una deuda que cubrir.

De ahí que Finnis (2011) no intente postular una nómina de derechos, sino que, por el contrario, afirme que los *bienes humanos básicos* (léase deudas que le son debidas a todo ser humano) son la (i) la vida, (ii) el conocimiento, (iii) el juego, (iv) la experiencia estética, (v) la sociabilidad o amistad, (vi) la razonabilidad práctica y (vii) la religión.

Estos *bienes humanos básicos* —afirma Finnis— son conocidos por todo el mundo a través de la evidencia y sin la necesidad de razones ni discursos. Luego, al analizar aquellas circunstancias en las que se encuentre en riesgo alguno de dichos bienes, el filósofo del derecho estará en la posibilidad de ir deduciendo los derechos que sirvan de tutela; pero, en todo caso, su enunciación y su conceptualización deriva de un proceso que parte del análisis de la realidad, asegurando así su desarrollo dentro del paradigma del *realismo jurídico clásico*. Es por ello que debe afirmarse, desde este modelo de entendimiento, que los derechos humanos no se inventan, existen desde siempre y afloran de un proceso de reflexión filosófica generalmente frente al sufrimiento y a la injusticia.

En razón de ello es que Zagrebelsky (1997) afirme que la *positivización* de contenidos *morales* afirmados por el derecho natural que se realiza en el máximo nivel del ordenamiento jurídico —es decir, en los tratados internacionales y en las Constituciones—, si bien tiene una gran importancia en la historia del derecho, solo es una circunstancia históricamente contingente que en el futuro podría ser sustituida por elaboraciones materiales diferentes, tanto del derecho constitucional como del propio derecho natural.

De esta forma, consideramos que al no entender esta diferencia conceptual y, sobre todo, al optar por utilizar el concepto de *derechos fundamentales*

prescindiendo del concepto de *derechos humanos* —bajo la lógica de al no estar positivizados no son garantía y de poco sirven en el ámbito de la práctica jurídica— se corren cuatro riesgos de significativa relevancia, mismos que a continuación intentaremos explicar.

IV. LOS DERECHOS HUMANOS SE RECONOCEN; LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SE OTORGAN: UN PRIMER RIESGO

El primer riesgo que advertimos en la visión que prescinde del concepto de *derechos humanos* para centrarse únicamente en el de *derechos fundamentales* consiste en que se constituye a partir de una filosofía antropológica y política que concibe al hombre de una forma poco humana o, si se prefiere, parte de negar aspectos esenciales de su naturaleza y dignidad como lo es la sociabilidad, incurriendo así en un pesimismo antropológico que terminará por generar una nueva paradoja: *¿cómo configurar y defender derechos que derivan de la naturaleza y dignidad humanas, partiendo de negar elementos esenciales de dicha naturaleza y dignidad y de afirmar que ese ser humano es un ser malvado en sí?* Veamos.

Al mencionar que este primer riesgo consiste en defender una filosofía política que niega características esenciales de la naturaleza y dignidad humanas, incurriendo así en un pesimismo antropológico, nos referimos a que la visión iuspositivista de los derechos humanos —es decir, la visión que opta por preferir el concepto de los derechos fundamentales— parte, en buena medida, de las ideas del *contractualismo hobbesiano y roussonianos*.

Para entender mejor las afirmaciones antes vertidas, debemos recordar que salvo Hobbes y Rousseau todos los teóricos que siguieron la doctrina *contractualista* consideraron que hay un núcleo de derechos que los hombres se reservan debido a que son irrenunciables, es decir, estos dos pensadores consideraron que el ser humano, al iniciar la convivencia social, renunciaba a todos sus derechos, lo que a la postre serviría de fundamento al Estado legislativo de derecho para generar esquemas en los que los derechos debían *otorgarse*, no reconocerse. Thomas Hobbes (1980) llegaría a esta conclusión afirmando que el ser humano es malo por naturaleza, toda vez que:

... lo que los escritores llaman comúnmente *jus naturale*, es la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera, para la conservación de su propia naturaleza, es

decir, de su propia vida; y por consiguiente, para hacer todo aquello que su propio juicio y razón considere como los medios más aptos para lograr ese fin. (p. 106)

Nótese cómo Hobbes partiría de la premisa de considerar que el hombre puede hacer *todo* lo que a su propio juicio y razón considere necesario para conservar su vida, para luego afirmar que ese *juicio* y esa *razón* no son tales en realidad, ya que “la buena inteligencia de las criaturas irracionales es natural, mientras que la de los hombres lo es solamente por pacto, [razón de más para que exista] un poder común que los mantenga a raya y dirija sus acciones hacia el beneficio colectivo” (Hobbes, 1980: 137 y 141).

Así, vemos claramente que su tesis se fundamentó en un *pesimismo antropológico*, de grado tal que considera que la inteligencia de los animales es natural, mientras que la del hombre lo es solo por convención, llegando así a la conclusión de que:

... el único camino para erigir semejante poder común, capaz de defenderlos –a los hombres– contra la invasión de los extranjeros y contra las injurias ajenas [...] es conferir todo su poder y fortaleza a un hombre o una asamblea de hombres [...] por pacto de cada hombre con los demás, en forma tal como si cada uno dijera a todos: autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres mi derecho de gobernarme a mí mismo, con la condición de que vosotros transferiréis a él vuestro derecho, y autorizaréis todos sus actos de la misma manera. (Hobbes, 1980: 141)

Luego, resulta evidente que Hobbes, al considerar tal autorización y transferencia, no solo se refiere al pacto social, sino a la necesidad de que dentro de tal pacto se incluya una cláusula por medio de la cual los hombres renuncien a todas sus libertades y derechos, razón para ubicar a Hobbes dentro de los teóricos del *contractualismo*, pero con la característica de que termina por concebir que el ser humano no posee un núcleo de derechos inalienables, al punto de que puede y debe renunciar a todo para estar en la aptitud de celebrar tal contrato.

Por su parte, Rousseau, al momento en que se le preguntaba por las razones que impulsan al hombre a reunirse en sociedad, comienza por afirmar que el ser humano nace libre en todas partes y, sin embargo, vive amarrado y atado a las reglas de la sociedad. Nótese esta primera afirmación: “...el hombre en todas partes ha nacido libre...” (Rousseau, 1882: 2).

Sin embargo, rápidamente dejaría ver el mismo pesimismo antropológico esbozado por Hobbes, pero con una adición de significativa relevancia: Rousseau niega cualquier dato o contenido relacionado con la natural

sociabilidad del hombre. Tal negación la encontramos cuando menciona que, aunque “...el orden social es un derecho sagrado que sirve de base a todos los otros, no obstante él no proviene de la naturaleza, pues está fundado en meras convenciones” (Rousseau, 1882: 3).

Lo grave del equívoco roussonianos es que no le otorga valor alguno a la naturaleza política del hombre y, por lo tanto, terminará por negar implícitamente su dignidad. A pesar de que Rousseau (1882) comienza por señalar que:

... la sociedad más antigua y la sola que hay natural es la familia, [inmediatamente afirmará que] los hijos no están sujetos al padre, sino mientras tienen necesidad de él para su conservación. Tan pronto como esta necesidad cesa, el lazo natural se disuelve. Los hijos exentos de la obediencia que deben al padre, éste libre de los cuidados que debe a sus hijos, ambos entran naturalmente en la independencia: si continúan unidos, no es natural sino voluntariamente, y esta familia no se mantiene en este estado sino por convención. (pp. 3-4)

Así, el ser humano, según Rousseau, de su estricta individualidad solo puede transitar a la vida en sociedad a través de un pacto, es decir, de un acto voluntario, negando cualquier fundamento que la natural sociabilidad del hombre pueda tener en la génesis de la sociedad civil y del Estado, lo que debe advertirse, ya que de aceptarse tal postura tendríamos que reconocer que el Estado es exclusiva construcción del hombre y, lo que es peor, tendríamos que negar la intervención de su propia naturaleza. Luego —tal y como se verá—, esta forma de pensamiento será un punto de partida erróneo e incompatible con la más básica idea de los derechos humanos.

Aunque para Rousseau el hombre es un *bon sauvage*, habrá que distinguir que el concepto de *buen salvaje* puede tener dos interpretaciones, sobre todo por lo que hace al calificativo de *buen*, a saber: (i) acorde con las cualidades que cabe atribuirle por su naturaleza o destino, es decir, en esta primera acepción *buen salvaje* significaría que la persona es salvaje en su máxima expresión o, en otras palabras, es *bien* salvaje; o (ii) dicho de una persona simple o bonachona, es decir, en esta segunda acepción *buen salvaje* significaría un *salvaje bueno*. Como puede observarse, las acepciones son diametralmente opuestas, ya que, mientras que la primera parte del pesimismo antropológico hobbesiano, la segunda considera al hombre como un ser que, si bien ha sido dotado de una naturaleza que en mucho es idéntica a la de los animales superiores, por la dignidad que posee puede desarrollarse; es decir, el ser humano se construye a sí mismo en todo momento a través del ejercicio de su libertad.

No obstante, consideramos que Rousseau se refiere al *bon sauvage* como la primera de las acepciones mencionadas, ya que concluirá que el hombre no puede reunirse en sociedad más que por un pacto. Nótese la forma en que Rousseau (1882) comienza a explicar el contrato social, al formular la siguiente hipótesis:

Supongo a los hombres constituidos en aquel punto, en el cual los obstáculos que perjudican a su conservación en el estado de naturaleza, superan con su resistencia las fuerzas que cada individuo puede emplear para mantenerse en semejante estado. Entonces no puede ya subsistir en este estado primitivo, y el género humano perecería, si no mudase de modo de existir. (pp. 22-23)

Así, la tesis *roussonian* contempla también la miseria del hombre, quizá no de la misma manera en cómo la enfatizó Hobbes, ya que no afirmaría que *el hombre es el lobo del hombre*, pero sí lo concibe como un *buen salvaje* que, antes de su inserción en la sociedad a través del pacto social, era incapaz de todo conocimiento moral o racional, lo que no podría adquirir hasta en tanto no celebrase dicho pacto, ya que será gracias al mismo que el hombre pueda enaltecerse. De ahí que Rousseau (1882) señalara:

... el paso del estado de la naturaleza al civil produce en el hombre una mutación muy notable, sustituyendo en su conducta la justicia al instinto, y dando a sus acciones la moralidad que les faltaba antes. Entonces es cuando la voz del deber sucediendo a la impulsión física, y el derecho al apetito, el hombre que hasta aquí no había mirado más que a sí mismo, se ve obligado a obrar por otros principios y a consultar su razón antes de escuchar sus inclinaciones. (pp. 28-29)

De esta forma, al negar la importancia de la natural sociabilidad humana en la génesis de la sociedad y del Estado, Rousseau (1882) terminaría por incurrir en el error que ya advertíamos: asumir como necesaria la cesión absoluta de los derechos y libertades del hombre a favor del Estado, diciendo —en relación con el pacto social— que:

... las cláusulas de este contrato están de tal modo determinadas por la naturaleza del acto, que la menor modificación las hace vanas y de ningún efecto [...] Estas cláusulas bien entendidas se reducen a una sola, es a saber: la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a toda la comunidad, porque en primer lugar, dándose cada uno enteramente, la condición es igual para todos, y siendo así, ninguno tiene derecho de hacerla onerosa a los otros. Además, haciéndose la enajenación sin reserva, la unión es tan perfecta como puede ser, y ningún asociado tiene nada que reclamar (p. 21).

Bajo esa tesitura, al igual que Hobbes, la tesis roussoniana se refiere a una cesión absoluta de derechos y libertades, lo que nos deja advertir que tales pensadores no le concedieron valor alguno a la natural sociabilidad del hombre en la génesis de la sociedad —primero— y del Estado —después—. Hobbes, por considerar que el ser humano es malo por naturaleza, razón de más para que deba ser despojado de todo, y Rousseau, por considerar que no hay tales derechos naturales, ya que toda unión humana se da por convención, corriendo los derechos humanos con la misma suerte, razón por la cual será indispensable *otorgarlos* mediante normas positivas, convirtiéndolos así en derechos fundamentales.

Pero, si esta es la filosofía política y antropológica sobre la que se construye el concepto de derechos fundamentales, ¿cuál podría ser la que sirva de fundamento a los derechos humanos? Veamos.

De acuerdo con Aristóteles, el hombre tiende por naturaleza a reunirse con sus semejantes. Comencemos por recordar la celeberrima frase del Estagirita quien —en el libro primero de *La política*— afirmaba que el hombre es *zoon politikón* al manifestar:

... la mejor manera de ver las cosas, en esta materia al igual que en otras, es verlas en su desarrollo natural y desde su principio [...] el hombre es por naturaleza un animal político [...] el por qué sea el hombre un animal político, más aún que las abejas y todo otro animal gregario, es evidente. La naturaleza —según hemos dicho— no hace nada en vano; ahora bien, el hombre es entre los animales el único que tiene palabra [...] la palabra está para hacer patente lo provechoso y lo nocivo, lo mismo que lo justo y lo injusto; y lo propio del hombre con respecto de los demás animales es que él solo tiene la percepción de lo bueno y de lo malo, de lo justo y de lo injusto. (Aristóteles, 1998: 158)

Así, la sociabilidad que Aristóteles califica de natural en el ser humano nos ha llevado a afirmar durante siglos que el hombre tiende a reunirse en sociedad con el fin de potencializar sus aptitudes, corregir sus defectos, satisfacer sus necesidades y, lo que no es menor, para servir a los demás a efecto de que concreten los mismos fines, ya que es una máxima de la experiencia que el ser humano nunca se ha bastado a sí mismo. No por nada el filósofo diría también que:

... si el individuo no puede de por sí bastarse a sí mismo, deberá estar con él todo político, en la misma relación que las otras partes lo están con su respectivo todo. El que sea incapaz de entrar en esta participación común [prescribe Aristóteles] es una bestia o un dios. [Por ello] en todos los hombres hay pues por naturaleza una tendencia a formar asociaciones de esta especie [que son] causa de los mayores bienes. (Aristóteles, 1998: 159)

22

Siguiendo a Aristóteles y derivado de la sociabilidad humana, podemos ubicar un primer parteaguas en la génesis de la sociedad y del Estado. Nos referimos al paso que por naturaleza tuvo que transitar el ser humano abandonando cualquier idea de vivir y desarrollarse en su estricta individualidad para que, aún sin disponer de su libertad natural, comenzara a relacionarse con sus semejantes y, con ello, ser fiel a esa tendencia que su misma naturaleza le imponía. Este primer momento lo podemos identificar como el origen de una *sociedad natural*.

En simples palabras, la sociedad natural se configura en el momento en que el ser humano percibe que sus semejantes poseen idénticas o similares necesidades, razón suficiente para iniciar una sociedad en la que comienza a gestarse una muy precaria idea de bien común. Es por ello que Jean Dabin (2003) sostiene que:

... el individuo humano se ve compelido a buscar la sociedad de los demás individuos humanos. Entre esas sociedades necesarias figuran, además de la familia, las diferentes formas de agrupación política: las aldeas y ciudades, primero; después, en la misma prologación, pero sobre un plano más amplio, el Estado. (pp. 89-90)

Formada así la sociedad natural es posible identificar un segundo momento: la configuración de una *sociedad civil*, primero, y posteriormente la conformación del Estado. Es en esta etapa en la que vemos la configuración de grupos homogéneos de personas que empiezan a identificar fines y objetivos similares, por lo que se reúnen para conseguirlos, estableciendo para tal efecto mínimos normativos no escritos. Surge así la idea de ser gobernados por normas (no en un sentido positivo), no por hombres, y por ello se gesta una precaria idea de *interés general*, mismo que debe prevalecer respecto de los intereses particulares. Llegado este punto, John Locke puede servirnos de referencia para entender las virtudes de una tesis que se sustenta en una filosofía política que no niega el derecho natural y que se sustenta en un *optimismo antropológico*.

Locke (1821) consideraría —al igual que Aristóteles— que el hombre se reúne en sociedad por naturaleza, no por convención, ya que afirmaría que habiendo:

... Dios hecho al hombre una cierta criatura, a quien, según el juicio de este sabio Creador no convenía estar solo, le ha puesto en la obligación y necesidad que le ha inspirado, con el deseo de unirse en sociedad. La primera fue la del hombre y la mujer, que ha dado nacimiento a otra formada de aquellos y de sus hijos, [y por la cual] él y los demás hombres forman una comunidad, componiendo una sociedad —la sociedad natural— que les distingue

de lo restante de las criaturas: si no fuera por la corrupción de los malvados no hubiera necesidad de ninguna otra sociedad, ni de que los hombres abandonasen la comunidad natural para componer otras. (pp. 122, 198-199).

De esta manera, a diferencia de Hobbes y Rousseau, Locke (1821) afirmaba en su *Tratado del gobierno civil*, en torno al estado de naturaleza, que para:

... comprender perfectamente en qué consiste el poder político y conocer su verdadero origen, es preciso considerar el estado en que todos los hombres se hallan naturalmente. Este es el de absoluta libertad, en el cual sin anuencia de nadie y sin ninguna dependencia de voluntad ajena, se puede hacer lo que se quiera, y disponer de personas y bienes según mejor parezca, con la restricción de contenerse siempre en los límites de la ley natural. (p. 5)

No obstante, afirmaría Locke (1821) que:

... si el estado de naturaleza es un estado de libertad, no lo es de ningún modo de licencia. Indudablemente que el hombre tiene una incontestable libertad, en virtud de la cual puede disponer a su antojo de su persona y de lo que posee: empero no tiene derecho de destruirse a sí mismo, ni de hacer ningún daño a persona alguna, o turbar a nadie en la posesión de lo que goza: debe hacer de su libertad el mejor y más noble uso que exige de él su propia conservación. (pp. 8-9)

Nótese aquí una diferencia más entre los pensadores que hemos puesto en diálogo. Mientras que Hobbes y Rousseau concibieron el ejercicio de la *libertad* como *autarquía* (DRAE: autosuficiencia), Locke concibe tal ejercicio como *autonomía* (DRAE: condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie), siendo esta una diferencia sustancial y de profundas consecuencias en el tema que estamos abordando. Veamos.

La libertad entendida como *autonomía* se concibe, en primer lugar, como una condición del individuo, es decir, se trata de un individuo que se encuentra en una situación determinada, lo que significa que la autonomía no es necesariamente intrínseca a todo individuo, sino solo al que se encuentra en una determinada condición. Así, por ejemplo, afirmó el *justice* Holmes, “el carácter de cualquier acto depende de las circunstancias dentro de las cuales es realizado. La más estricta protección de la libertad de expresión no protegería a una persona que gritara falsamente ‘¡fuego!’ en un teatro, causando pánico” (Schenk vs. United States, 1919); y en segundo lugar, que el individuo no depende de nadie en ciertos aspectos, lo que quiere decir que por ciertos aspectos es independiente de cualquier sujeto

u objeto, pero no por otros o por todos los aspectos; se trata, por tanto, de una independencia parcial y relativa, y no total ni absoluta. Así, esta concepción de libertad mira a la persona como “capaz de autogobierno biológico, psicológico y espiritual; pero su autonomía es relativa” (Lucas Lucas, 2010: 68-69).

Por el contrario, la libertad, entendida como *autarquía*, se concibe como la capacidad o poder de gobernarse a sí mismo, o bien, de acuerdo al segundo de sus significados, como autosuficiencia; es decir, un sujeto que se basta a sí mismo. De esta forma, la autarquía va más allá de la autonomía y se impone o se afirma contra cualquier otra voluntad de modo absoluto e indiscutible. La visión de la libertad como autárquica genera la consecuencia lógica de pensar que el bienestar del ser humano consiste en satisfacer todas sus necesidades dándole una respuesta exhaustiva a todas sus aspiraciones, lo que a su vez provoca un permisivismo que termina por configurar una moral libertaria. En palabras de Ramón Lucas Lucas (2010), lo anterior genera un *absolutismo del libertinaje*, el cual provoca que:

... la sociedad no respet[e] las leyes de un desarrollo armonioso y, por esto, las partes actúan sin respeto a los derechos de los demás. Así, por ejemplo, quien considera que la forma para realizarse a sí mismo sea seguir las tendencias de la propia «libido reprimida», juzgará lícito y derecho suyo orientar la libertad individual en este sentido. La sociedad permisiva es una sociedad falsamente libre, y esto por un motivo fundamental: por querer permitir todo no garantiza ya nada. (pp. 59-60)

Este es el peligro de una visión de la libertad como autarquía: “[que] en estas sociedades, prospera la delincuencia organizada, avanza la droga y se desencadenan los más bajos instintos del hombre” (Lucas Lucas, 2010: 59-60).

Así, vemos en Locke una filosofía antropológica que considera, aún en el estado de naturaleza, a un hombre titular de ciertos derechos que no pueden ser arrebatados por los demás, derechos los cuales, incluso, no pueden ser dispuestos por su titular, ya que la voluntad del hombre siempre deberá estar limitada por la ley natural a efecto de que haga de su libertad el mejor y más noble uso. Luego, será lógico que, a diferencia de Hobbes y Rousseau, considere que el contrato social tenga un límite infranqueable: los derechos naturales del ser humano, es decir, los derechos humanos, razón de más para que afirmara que:

... la libertad natural del hombre consiste en no reconocer ningún poder soberano en el mundo, y en no estar sujeto a voluntad o autoridad legislativa cualquiera que sea, y sí solo en seguir las leyes de la naturaleza. La libertad en la sociedad civil consiste en no ser sometido a más poder legislativo que aquel que se ha establecido por el asentimiento de la comunidad [...] Esta libertad, por la cual no existe sujeción a un poder arbitrario y absoluto, es tan necesaria y tan estrechamente unida a la conservación del hombre que no puede separarle de ella [...] Por consecuencia ningún hombre no teniendo derecho sobre su propia vida, tampoco puede por ningún tratado, ni por su propio consentimiento hacerse esclavo, como tampoco puede someterse al poder absoluto de otro que le quitará la vida cuando quiera. Nadie puede conceder aquello de que no es poseedor, y aquél que no puede quitarse la vida, no tiene facultad para comunicar a otro ningún derecho sobre esta. (Locke, 1821: 41-43)

Por lo anterior, Locke considerará que los únicos poderes a los que renuncia el ser humano, al consentir el pacto o contrato social, es decir, al decidir formar parte de esa *sociedad civil* de la que hemos hablado, son dos: (i) el poder de mantenerse en una sociedad natural, es decir, de hacer todo aquello que halle más propio para su conservación y la de los demás, según el espíritu de las leyes de la naturaleza comunes a todos, por lo cual dirá que “si no fuera por la corrupción de los malvados no hubiera necesidad de ninguna otra sociedad, ni de que los hombres se separasen, ni abandonasen la comunidad natural” (Locke, 1821: 198-199); y (ii) el poder para castigar los crímenes cometidos contra sus leyes, pero señalando que, ante tales renunciaciones, el hombre:

... se despoja [...] de esos poderes a fin de que las leyes de la sociedad le dirijan y administren, con el objeto de proveer a la conservación del que lo ha entregado, así como la de todos los demás miembros de esta sociedad: estas leyes estrechan por tales rendiciones la libertad que se consigue en el estado de naturaleza (Locke, 1821: 199-200).

Nótese que Locke habla de que las leyes de la sociedad civil solo *estrechan* las libertades de las que el hombre es titular, dejando en claro que el hombre mantiene su libertad y aquellos derechos naturales que son irrenunciables. Por ello concluirá que el poder en la sociedad civil —y por lo tanto en el Estado— “debe reducirse a asegurar y conservar las propiedades de cada uno, remediando al mismo tiempo los [...] defectos [...] que hacían del estado de naturaleza tan peligroso como molesto” (Locke, 1821: 201).

De esta forma, ahora es claro el primer riesgo que advertíamos en torno a la tesis *iustificativista* de los derechos humanos, la cual, al estar sustentada en una filosofía antropológica y política poco conveniente, terminará por convertirlos en derechos fundamentales, siendo necesaria su positivización

y, con ello, su *otorgamiento* —que no reconocimiento— a través de ciertas normas jurídicas.

V. LOS DERECHOS HUMANOS POSEEN UN FUNDAMENTO ANTROPOLÓGICO; LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POSEEN UN FUNDAMENTO POLÍTICO, GENERANDO ASÍ LA “DEMOCRACIA VACÍA”: UN SEGUNDO RIESGO

El segundo riesgo consiste en que, paradójicamente, se desprovee de fundamento a los *derechos fundamentales* o, si se prefiere para evitar la ironía, se les provee de un fundamento exclusivamente de tipo político. En efecto, al considerar que la verdadera y efectiva garantía de los derechos humanos es su positivización en los tratados internacionales y en las constituciones, transformándolos así en derechos fundamentales, terminan por ser derechos alejados del *ser* al que dicen proteger y se convierten en derechos que son proyectados, discutidos y aprobados por órganos legislativos —nacionales o internacionales— siguiendo un procedimiento que, en el mejor de los casos, será la única garantía y el único rasgo de rigor en su configuración, incurriendo así en un *intersubjetivismo procedimental*, según el cual los derechos deben ser definidos por la mayoría (Goñi Zubietta, 2003:163).

De esta manera, el debate acerca del fundamento filosófico de lo que termine por ser un derecho fundamental ya no será trascendente, pudiendo incluso ser obviado en caso de que sea políticamente incorrecto. Así, la configuración de los derechos deja de ser un ámbito en el que participen las ciencias cuyo objetivo sea explicar la naturaleza y dignidad humanas —ciencias que deben participar en la configuración, justificación y desarrollo de cualquier derecho del que se afirme que deriva de tal naturaleza y tal dignidad— para trasladarse exclusivamente al terreno de la política y de la lucha del poder.

En este sentido, este segundo riesgo consiste en que esta postura nos remite irremediabilmente al paradigma del *relativismo jurídico* y, con ello, a un concepto por demás peligroso: la *democracia vacía*, que es aquella en la que “el hombre quiere redefinir los contenidos esenciales de la misma humanidad, considerando que no existe ninguna verdad acerca del bien del hombre que no sea producto del consenso social” (Lucas Lucas, 2010: 195). De esta forma, “el relativismo aparece así, al mismo tiempo, como el fundamento filosófico de la democracia” (Ratzinger, 2005a: 105), lo cual

configura la *falacia democrática*, es decir, suponer que la verdad se encuentra en aquello que decida la mayoría.

Es por ello que, ante la falacia mencionada, existe una tesis que ningún jurista debiera olvidar:

La verdad (léase "justicia") no es un producto de la política (de la mayoría), sino que la precede e ilumina. No es la praxis la que crea la verdad, sino la verdad la que hace posible la praxis correcta. [Así] la política es justa y promueve la libertad cuando sirve a un sistema de verdades y derechos que la razón muestra al hombre". [En definitiva,] frente al escepticismo explícito de las teorías relativista y positivista [debe existir] una confianza fundamental en la razón, que es capaz de mostrar la verdad. (Ratzinger, 2005a: 86-87)

De esta forma, no se trata de desconocer el problema al que se enfrenta el concepto de *derecho natural* y la determinación de su contenido en un mundo que considera como una relación indisoluble la *democracia* con el *relativismo*. Resulta paradójico que en tiempos modernos se defiendan los derechos humanos sobre la base de que la dignidad natural del hombre es la misma, predicando por ello su universalidad, pero al mismo tiempo, cuando de responsabilidades u obligaciones se trata, surja inmediatamente el *relativismo* que diluye los conceptos de justicia o injusticia a cuestiones meramente particulares, circunstanciales o culturales. Todos tenemos claro que nuestra vida es un valor que merece toda la tutela jurídica posible, pero comienza a no ser tan claro cuando de lo que se habla es de la vida de los demás. Por eso se ha señalado que "el relativismo es el problema más hondo de nuestro tiempo" (Ratzinger, 2005a: 65). Es por ello que no podemos olvidar que:

... la verdad es "lógos" que crea "diálogos" y, por tanto, comunicación y comunión [por lo que rescata] a los hombres de las opiniones y de las sensaciones subjetivas, [y] les permite llegar más allá de las determinaciones culturales e históricas y apreciar el valor y la sustancia de las cosas. (Benedicto XVI, 2009: 4)

En definitiva, no compartimos la idea de que el *relativismo* sea el fundamento filosófico de la *democracia* debido a dos razones: (a) si bien es cierto que la pluralidad democrática implica que haya personas con ideas diversas, es falso que la verdad y la justicia sean incognoscibles para el hombre; de hecho, es la misma pluralidad la que permite en mejor medida entrar en el proceso de la búsqueda de la verdad y la justicia; y (b) porque la vinculación de *democracia* y *relativismo* nos remite nuevamente a lo que ya hemos denominado como *democracia vacía*.

Lo cierto es que la *verdad*, que es la propiedad del juicio respecto al ser, no es algo *nominal* sino *real*; es decir, es la conformidad de lo dicho o sostenido con la realidad. Así, si lo real no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto, las características de la verdad son: (i) que es *una*, debido al principio de no contradicción se da la imposibilidad de la doble verdad; (ii) que es *integral*, porque no existen grados en la verdad, aunque el acceso y la posesión de ella puedan ser graduales y perfectibles; y (iii) que es *inmutable*, debido a que no cambia, lo que cambia es su percepción y su ahondamiento.

En conclusión, si el diálogo es una de las principales herramientas que postula el sistema democrático, visto este como el rostro institucional del *relativismo*, termina por atentar contra sí mismo ya que, si no existe la verdad ni la justicia, ¿qué sentido tiene dialogar para buscarlas? Nótese que, implícitamente, una *democracia relativista* niega la necesidad de diálogo, pues —a su parecer— la verdad es inalcanzable. Cuando ello pasa, se cancela el diálogo y solo queda camino para la imposición; he ahí el peligro de esta concepción: los derechos humanos, al convertirlos en derechos fundamentales, quedan al capricho del legislador. Por ello es que:

... el relativismo encierra su propio dogmatismo: está tan seguro de sí mismo que debe ser impuesto a los que no lo comparten. Con una actitud así, al final resulta inevitable el cinismo [ya que si] la mayoría tiene siempre la razón, el derecho tendrá que ser pisoteado. Entonces lo único que cuenta, a fin de cuentas, es el poder del más fuerte [y no la fuerza de unos derechos humanos sustentados en la verdad, en la razón y en la naturaleza humana]. (Ratzinger, 2005b: 95)

VI. LOS DERECHOS HUMANOS COMO NÓMINA ENUNCIATIVA; LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO NÓMINA TAXATIVA: UN TERCER RIESGO

El tercer riesgo consiste en advertir que, dejando a los derechos fundamentales sin una justificación filosófica, indefectiblemente se genera la posibilidad de que ni todos los derechos fundamentales sean derechos humanos, ni todos los derechos humanos estén dentro del catálogo de derechos fundamentales.

De esta forma, este riesgo consiste en que, si el *constitucionalismo* es la doctrina que pretende limitar el poder a través del derecho (Pereira, 2005) y —*mutatis mutandi*— el *convencionalismo* sería la doctrina que pretende

limitar al poder, pero a través del respeto a los derechos humanos bajo el entendimiento de tales derechos solo como derechos fundamentales, estos quedarán necesariamente al arbitrio del legislador positivo —nacional o internacional— y, con ello, se generará nuevamente la paradoja que llevó a la crisis al Estado legislativo de derecho: ¿cómo limitar al poder a través del derecho si solo es derecho el creado por el propio poder? Es decir, ¿cómo lograr que el contenido (derechos fundamentales) limite al continente (Estado y poder)?² Así, los derechos humanos en clave iuspositivista (léase derechos fundamentales) terminan por ser decretos de tolerancia revocables o, incluso, “derechos” o caprichos que filosóficamente carecen de todo sustento.

Para efectos de entender de mejor manera la diferencia conceptual sobre la que hemos estado reflexionando, resulta muy ilustrativa la discusión que se generaría a finales del siglo XVIII entre los padres fundadores del constitucionalismo norteamericano, respecto de la necesidad —decían unos— o irrelevancia —decían los otros— de la inclusión de un catálogo de derechos en el proyecto de Constitución de EE. UU. de 1787. Veamos.

Comencemos por advertir que las experiencias constitucionales norteamericana y francesa, si bien guardan comunes denominadores, como lo son las ideas que forman la esencia del constitucionalismo moderno —división de poderes y respeto a los derechos—, resulta paradójico el hecho de que en EE. UU. la Constitución de 1787 resultó ser un documento que fue aprobado sin incluir una declaración de estos últimos, es decir, nació siendo una Constitución exclusivamente orgánica. Por el contrario, Francia comenzaría su experiencia constitucional solo con una declaración de derechos —la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789—, es decir, una Constitución exclusivamente dogmática.

Esta diferencia en las experiencias constitucionales de EE. UU. y Francia deja ver que los dos grandes modelos de constitucionalismo que servirían para la configuración de todos los sistemas constitucionales posteriores serían el modelo norteamericano (que se funda en la idea de *common law* y derecho no escrito) y el modelo europeo continental (que se funda en la idea de *civil law* y de derecho escrito).

En razón de ello, surge aquí una duda que resulta fundamental para la diferencia conceptual que estamos analizando: ¿por qué los primeros textos constitucionales no se ocuparon de realizar declaraciones de derechos, aun cuando se derivaron de revoluciones e independencias que buscaban,

precisamente, el respeto de tales derechos? No por nada, con un agudo sentido común, Pereira Menaut (2005) señala que

... para conocer la finalidad de la Constitución sería conveniente seguir el criterio de preguntárselo a los padres fundadores del constitucionalismo. ¿Por qué se movían las guerras y revoluciones en nombre de la Constitución? ¿Por qué decían 'Constitución o muerte sea nuestra divisa' los liberales románticos españoles?, –concluyendo el profesor español– Si pudieran respondernos nos dirían que, desde luego, no era un documento legal formalmente ordenado y fundamentador por el que aquellas gentes (ni creo que ninguna otra) daban incluso sus vidas. (pp. 25-26)

En suma, resulta paradójico que la doctrina del constitucionalismo se fundamente en el respeto a los derechos y que, sin embargo, las primeras Constituciones fueran omisas en establecer un catálogo a ese respecto. Para responder esta interrogante, consideramos que hay que apelar al debate suscitado entre *federalistas* y *antifederalistas*, una vez que la Convención de Filadelfia proyectó el texto original de la Constitución norteamericana de 1787.

Los federalistas, impulsando el texto proyectado, respondían a los argumentos de los antifederalistas, quienes no estaban de acuerdo con dicho texto y afirmaban que era una Constitución despótica debido a que no contenía una declaración de derechos, lo que generaría que el presidente se convirtiera en la práctica en un tirano. Cabe señalar que las ideas antifederalistas en torno a la falta de una declaración de derechos fueron lideradas por Thomas Jefferson, lo que no era casualidad, ya que había sido delegado de Virginia ante el Congreso Continental, colonia donde ya se había emitido la famosa Declaración de Derechos del Pueblo de Virginia del 12 de junio de 1776, aunado a lo cual habría que considerar que había permanecido como embajador ante Francia de 1785 a 1789, por lo que tenía a flor de piel la influencia de la Revolución francesa y de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Por su parte, Alexander Hamilton, líder de los Federalistas, al intentar erradicar la idea de incorporar a la recién proyectada Constitución norteamericana de 1787 una declaración de derechos, en *El Federalista* n° 84, argumentaba que en estricto rigor

... el pueblo no renunció a nada, y como retiene todo, no necesita reservarse ningún derecho en particular [...] las declaraciones de derechos en el sentido y amplitud que se pretenden, no sólo son innecesarias en la Constitución proyectada, sino que resultarían hasta peligrosas. Contendrían varias excepciones a poderes no concedidos y por ello mismo

proporcionarían un pretexto plausible para reclamar más facultades de las que otorgan. ¿Con qué objeto declarar que no se harán cosas que no se están autorizados a efectuar? Por ejemplo: ¿para qué se afirma que la libertad de prensa no sufriría menoscabo, si no se confiere el poder de imponerle restricciones?

En suma, el argumento de Hamilton era que una declaración escrita podría dejar fuera otros derechos ahí no enunciados, aunado a que este ámbito era competencia de los estados miembros y no de la federación, razón de más para que la Constitución federal solo se encargara de las facultades que debían tener los poderes federales.

De esta forma, este punto de vista partía de dos ideas fundamentales: (i) el ser humano se reúne en sociedad por naturaleza, no por convención; y (ii) derivado de esa natural sociabilidad, el hombre posee ciertos derechos naturales que son irrenunciables y que no pueden ser objeto del pacto social. De esta forma, la visión en torno a la irrelevancia de una declaración de derechos se apega claramente a la filosofía política de Aristóteles y John Locke, es decir, lo que bien podríamos denominar un *contractualismo* de corte *iusnaturalista*.

Por su parte, el argumento antifederalista se hacía consistir, más bien, en ideas del *contractualismo hobbesiano* o *roussonian*, ya que expresaría que:

... es una verdad confirmada por la infalible experiencia de los siglos, que todo hombre y todo cuerpo de hombres al que se confiere un poder, siempre está dispuesto a aumentarlo y a superar todo aquello que se interponga en su camino. Esta disposición, inscrita en la naturaleza humana, llevará al cuerpo legislativo federal a menoscabar y, en último término, a anular la autoridad de los estados, y sin duda triunfará en tal empresa, dadas las ventajas con las que cuenta, si es que llega a prosperar el gobierno federal.

Aunado a ello, en otros fragmentos el antifederalista señalaría que:

... los gobernantes tienen las mismas inclinaciones que los demás hombres; es tan probable que usen el poder del que están investidos para sus fines privados y para dañar y oprimir a quienes se hallan bajo su mando como que los individuos se dañen y opriman entre sí en el estado de naturaleza [...] Por tanto, los principios en que se basa el contrato social deberían estar expuestos con claridad y precisión, y debería haberse efectuado la declaración de derechos más explícita y completa.

Luego, a consideración de Jefferson y los antifederalistas, era indiscutible la necesidad de un catálogo escrito que sirviera de límite al ejercicio del poder, debido a que, por un lado, los gobernados han renunciado a todos sus derechos y libertades por lo que es necesario que con posterioridad se

les otorguen, y por el otro, los gobernantes —por su misma naturaleza— abusarían del poder que tienen. Ahora bien, más allá de que el argumento antifederalista pudiera ser admisible atendiendo sobre todo a la última razón expuesta (el abuso de poder), lo trascendente para el análisis que estamos realizando tiene que ver con la posibilidad de identificar teóricamente la divergencia que existe entre las premisas filosóficas de los conceptos que estamos diferenciando.

Así, por ejemplo, mientras que el concepto de *derechos humanos* posee una íntima relación con la visión de los federalistas toda vez que, si tales derechos son aquellos sin los cuales no se puede vivir como ser humano, es evidente que resulta no solo innecesaria, sino hasta peligrosa una nómina de derechos; el concepto de *derechos fundamentales* coincide con la visión de los antifederalistas toda vez que los *derechos humanos*, como concepto abstracto, de poco sirven si no se han positivizado en un catálogo.

Es por ello que existen un sinnúmero de teóricos que, al considerar a los *derechos humanos* parte del derecho natural, consideran que la única forma de protegerlos es incorporarlos al derecho positivo. Lo cierto es que esta visión resulta a todas luces pragmática y hasta cierto punto peligrosa ya que, como lo hemos sostenido líneas arriba, deja sin fundamento *iusfilosófico* a lo que dice defender, y por ello deja a los *derechos humanos* al arbitrio del legislador positivo, sea este nacional o internacional.

Pero más allá de las ideas filosófico-antropológicas que subyacen en el debate, los antifederalistas terminaron por esgrimir un argumento jurídico sustentándose en el artículo 1º, novena sección de la Constitución norteamericana, la cual señala que:

Novena Sección

[...]

2. El privilegio del habeas corpus no se suspenderá, salvo cuando la seguridad pública lo exija en los casos de rebelión o invasión.

3. No se aplicarán decretos de proscripción, ni leyes ex post facto.

[...]

8. Los Estados Unidos no concederán ningún título de nobleza y ninguna persona que ocupe un empleo remunerado u honorífico que dependa de ellos aceptará ningún regalo, emolumento, empleo o título, sea de la clase que fuere, de cualquier monarca, príncipe o Estado extranjero, sin consentimiento del Congreso.

De tal cláusula constitucional argumentarían que:

... en la novena sección del primer artículo declarado, –encontramos– que el procedimiento de habeas corpus no podrá ser suspendido, excepto en casos de rebelión –que ninguna pena de ejecución legislativa, o ley retroactiva, será aprobada– que ningún título de nobleza se otorgará en los Estados Unidos, etc. Si todo lo que no se otorga [en la Constitución federal] queda reservado [a los Estados], ¿cuál es el propósito de estas excepciones? ¿Otorga esta Constitución en alguna parte el poder de suspender el procedimiento de habeas corpus, de crear leyes retroactivas, o de otorgar títulos nobiliarios? Ciertamente no lo hace de forma expresa. La única respuesta que puede darse es que éstos se encuentran implícitos en los poderes generales otorgados. Con igual certeza se puede decir, que todos los poderes contra cuyo abuso la carta de derechos protege se encuentran contenidos o implícitos en los poderes generales otorgados por la Constitución [a los poderes federales].

Es por ello que los propios integrantes de la Convención de Filadelfia, federalistas y antifederalistas, prometieron expedir, una vez que se reuniera el primer congreso electo conforme a la nueva Constitución, una declaración de derechos, que fue, precisamente, la *Bill of Rights*, integrada por las primeras diez enmiendas, sancionada en 1791 (apenas tres años después de la ratificación de la Constitución de 1787). Este compromiso entre federalistas y antifederalistas, al que la historia ubica con el nombre de *Compromiso de Massachusetts de 1788*, le dio viabilidad a la nueva Constitución, sobre todo ante las posiciones más enérgicas que incluso condicionaban la firma de la misma a que se incluyera una Carta de Derechos. De hecho, en el preámbulo de tal *Bill of Rights* se señalaría que:

LAS CONVENCIONES de algunos de los Estados, habiendo expresado en el momento de adoptar la Constitución el deseo de que, para prevenir la mala interpretación o el abuso de sus facultades, se agreguen ciertas cláusulas declaratorias y restrictivas: y a fin de ampliar las bases de la confianza pública en el Gobierno, como mejor se garanticen los propósitos beneficiosos de su institución, resolvieron por medio del Senado y la Cámara de Representantes de los Estados Unidos de América, en una reunión del Congreso a la cual concurrieron dos terceras partes de ambas Cámaras, que los siguientes artículos fueran propuestos a las Asambleas Legislativas de los diferentes Estados como enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos, considerando que todos o cualquiera de sus artículos, una vez ratificados por tres cuartas partes de las susodichas Asambleas Legislativas, serán válidos para todos los fines y propósitos, como parte de dicha Constitución; a saber artículos que, en adición y enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, fueron propuestos por el Congreso y ratificados por las Asambleas Legislativas de los distintos Estados, de conformidad con el quinto artículo de la Constitución original.

Así, el debate entre federalistas y antifederalistas se resolvió aprobando la novena y décima enmiendas, cuyo contenido fue el siguiente:

ENMIENDA IX

No por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo.

[Atiende el argumento del federalista]

ENMIENDA X

Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados, queda reservados a los Estados respectivamente o al pueblo.

[Atiende el argumento del antifederalista]

Como puede observarse, el debate entre *federalistas* y *antifederalistas* resulta ilustrativo de lo que implica elegir conceptualmente la nomenclatura de los derechos, debate que, dicho sea de paso, se ha decantado a favor de los derechos humanos. No es casualidad que los principales tratados internacionales en la materia, como lo es la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, incluyan principios de interpretación y argumentación que postulen, precisamente, el pensamiento del *federalista*, al señalar que:

Artículo 29. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a)...

b)...

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.

No obstante que vemos en el derecho internacional de los derechos humanos principios tan importantes como el transcrito, se ha generado un movimiento sobre el que vale la pena reflexionar ya que, aun cuando se sostenga que las nóminas de derechos humanos son solo enunciativas, en el desarrollo de tal ámbito internacional se encuentra latente la tentación de ser exhaustivos en la enunciación de los derechos. Esto, aunado a la falta de fundamentación filosófica de los derechos fundamentales, que ha traído consigo el cuarto riesgo al que nos referiremos. Veamos.

VII. LOS DERECHOS HUMANOS COMO ÁMBITO ESPECIALIZADO; LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LA PULVERIZACIÓN DE LOS DERECHOS: UN CUARTO RIESGO

El cuarto riesgo resulta ciertamente sencillo de explicar. La idea de privar de fundamento a los derechos fundamentales ha ido generando un efecto nocivo para los mismos. Nos referimos al tránsito de la especialización a la pulverización que ha comenzado a generarse con los derechos fundamentales, que no con los derechos humanos. Veamos.

De acuerdo con Norberto Bobbio, los derechos humanos han atendido a un proceso que pasa por lo siguiente: (a) positivización, (b) generalización, (c) internacionalización y (d) especialización.

Esta última fase del proceso (la especialización) resulta ser un paso que no puede ser calificado como negativo *per se*; no obstante, consideramos que sí debe ser tomado con reservas ya que hoy, para ser sujeto titular de derechos fundamentales, ya no solo se requiere participar de la naturaleza y dignidad humana, sino que se requiere, además, ser niño, anciano, discapacitado, mujer, homosexual, bisexual, etcétera. Es decir que, lejos de generar un proceso de especialización, se comienza a generar un efecto de pulverización de los derechos fundamentales —no necesariamente derechos humanos—, y con ello a desvinculárseles de su fundamento filosófico. El riesgo es muy fácil de entender si recordamos que los derechos fundamentales pueden llegar a ser un mero constructo político de las mayorías. Y para muestra de tal riesgo consistente en la pulverización de los derechos, veamos lo siguiente.

Durante el proceso constituyente, que culminó con la aprobación de la Constitución ecuatoriana de 2008, María Soledad Vela, legisladora por el partido en el gobierno, propuso que el derecho de las mujeres a la felicidad sexual fuera garantizado por la carta magna de aquel país. La reacción no se hizo esperar, ya que un miembro de la oposición en la Asamblea Constituyente, Leonardo Viteri, llegó a acusarla de intentar decretar los orgasmos por ley. Otro calificó la propuesta de ridícula y sostuvo que un tema tan íntimo debería quedar en el ámbito privado y no ser garantizado por la legislación (Schweimler, BBC News, 2019).

Más allá de lo que se pueda afirmar en torno a la postulación de ese pseudoderecho, lo que parece evidente es que, al pretender su reconocimiento en una Constitución, su protección y garantía implicarían

irremediamente la violación a la intimidad de las personas, lo que deja ver la falta de fundamentación filosófica en la construcción —que no descubrimiento— de pseudoderechos como el mencionado. No se omita señalar que la propuesta de María Soledad Vela no prosperó, debido a que una cosa es que las Constituciones y tratados internacionales reconozcan el derecho a la procreación, es decir, a determinar el número y espaciamiento de los hijos, y otra muy diferente es que quiera garantizarse que en el ejercicio de ese derecho la mujer —o el hombre— deban sentir placer. Pensar el derecho de esta manera nos llevaría a absurdos como la postulación no solo del derecho a la alimentación, sino incluso hablar del “derecho a comer deliciosamente”.

Este tipo de cuestiones hace advertir —afirma Francisco Laporta— un peligro que debe analizarse a la luz de una de las características de los derechos humanos: su universalidad. Es por ello que el profesor español señala que:

... para pensar en un estado de cosas que pueda ser predicado de todos y cada uno de los miembros de la clase «ser humano» es forzoso hacer abstracción de los rasgos experimentales o de los contextos vitales concretos de los miembros individuales de esa clase, pues de lo contrario sería imposible pensar que tal estado de cosas es realmente «universal», [siendo necesario con ello] diseñar los derechos en términos de una gran abstracción, porque un catálogo excesivamente minucioso y concreto corre el peligro inmediato de ser inaplicable en determinados contextos culturales. (Laporta, 1987: 34)

VIII. CONCLUSIÓN

En definitiva, después del análisis de los cuatro riesgos que hemos abordado, consideramos que debemos arribar a las siguientes conclusiones: (i) la elección en cuanto a la utilización de los conceptos *derechos humanos* o *derechos fundamentales* lleva en sí la elección de un paradigma jurídico, una toma de postura, y (ii) el concepto que se considera más adecuado es el de *derechos humanos*, no por capricho sino porque, en la medida de que seamos conscientes que tales derechos son realidades que deben ser reconocidas debido a que poseen un fundamento antropológico objetivo, necesariamente llegaremos a la conclusión de que existen desde siempre y afloran de un proceso de reflexión filosófica generalmente frente al sufrimiento y a la injusticia. Esta visión solo es posible a la luz del *realismo jurídico clásico*.

Por todo lo antes dicho, resulta evidente que la utilización de los conceptos analizados no es inofensiva; por el contrario, el manejo de uno o de otro implica una toma de postura de profundas magnitudes. Lo que busca este análisis no es otra cosa sino advertir al operador jurídico de la importancia de reflexionar sobre esta diferencia conceptual. En lo personal, me arriesgo a que el derecho recobre la objetividad que ha perdido. Al final, de eso se trata la apuesta por el *realismo jurídico clásico*: de tomar una postura en beneficio de todos.

IX. FUENTES DE CONSULTA

- Acuña Roldán, J. M. (2014). “Democracia y derechos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *Cuestiones Constitucionales*. México: UNAM.
- Aguirre Román, J. O. (2008). “La relación lenguaje y derecho: Jürgen Habermas y el debate iusfilosófico”. *Opinión Jurídica*, vol.7, n.13, pp.139-162, Colombia.
- Ansuátegui Roig, F.J. (2003). “Derechos, constitución y democracia”. En J. M. Pérez-Prendes *et al.* (comps.), *Derechos y libertades en la Historia*. España: Universidad de Valladolid.
- Aparisi Millares, Á. (2006). *Ética y deontología para juristas*. Madrid: Eunsa.
- Aragón, M. (2002). *Constitución, democracia y control*. México: UNAM.
- Aristóteles (1998). *La política*. México: Porrúa.
- Bastida Freijedo, F.J. (2005). *El fundamento de los derechos fundamentales*. España. Universidad de La Rioja.
- Benedicto XVI (2009). Carta Enc. *Caritas in Veritate*. Ciudad del Vaticano.
- Carbonell, M. (2005). *Los derechos fundamentales en México*. México: Porrúa.
- Colomer Viadel, A. (2015). “Democracia, Constitución, derechos humanos, regímenes políticos e integración en América Latina. Una perspectiva comparada”. En Miguel Carbonell *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpi- zo*. México: UNAM.
- Dabin, J. (2003). *Doctrina general del Estado. Elementos de filosofía política*. México: UNAM.
- Finnis, J. (2011). *Natural Law & Natural Rights*. United States: Oxford University Press.

- Forero Forero, C. H. (2004). “Derecho natural: verdadero derecho para el realismo jurídico clásico”. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. España.
- Goñi Zubieta, C. (2003). *Recuerda que eres hombre*. Madrid: Ediciones Rialp.
- Grossi, P. (2003). *Mitología jurídica de la modernidad*. Madrid: Trota.
- Haro Reyes, D. J. (2010). “Introducción”. En Luis Díaz Müller, (coord.). *Estado de derecho, derechos humanos y democracia*. México: UNAM.
- Hervada, J. (1988). “Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico”. En *Persona y Derecho*. España: Universidad de Navarra.
- Hobbes, T. (1980). *Leviatán*. México: FCE.
- Innerarity, D. (1990). *Dialéctica de la modernidad*. Madrid: Ediciones Rialp.
- Kuhn, T. S. (2006). *La estructura de las revoluciones científicas*. México: FCE.
- Laporta, F. (1987). “Sobre el concepto de derechos humanos”. *Doxa*, 4, pp. 23-46, España.
- Locke, J. (1821). *Tratado del gobierno civil*. España: Imprenta de la Minerva Española.
- Lucas Lucas, R. (2010). *Horizonte vertical. Sentido y significado de la persona humana*. Madrid: BAC.
- Morineau, M. (2001). *Una introducción al Common Law*. México: UNAM.
- Nubiola, J. (2000). *El taller de la filosofía. Una introducción a la escritura filosófica*. España: Ediciones Universidad de Navarra.
- Pereira Menaut, A. C. (2005). *Lecciones de teoría constitucional*. México: Porrúa-Universidad Panamericana.
- Platas Pacheco, M. C. (2011). *Filosofía jurídica. Lógica jurídica*. México: Porrúa.
- Pozzolo, S. (2006). “Un constitucionalismo ambiguo”. En Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- Ratzinger, J. (2005a). *Fe, verdad y tolerancia: el cristianismo y las religiones del mundo*. Salamanca: Ediciones Sígueme.
- Ratzinger, J. (2005b). *Verdad, valores, poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista*. Madrid. Ediciones Rialp.
- Rodríguez Ortega, J. A. (2010). “Constitución, democracia y garantismo en los derechos humanos. Una propuesta de marco conceptual para la maestría en Derecho”. *Criterio jurídico garantista*. Colombia: Universidad Autónoma de Colombia.
- Rousseau, J. J. (1832). *El contrato social*. Londres: S.E.
- Solar Cayón, J. I. (2012). “Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo jurídico americano”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. Madrid: Universidad Carlos III.

- Schweimler, Daniel (2008), “Ecuador: orgasmo por ley”, BBC News, América del Sur, 04 de mayo de 2008, <http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/misc/newsid_7383000/7383220.stm>, (23 de diciembre de 2019)
- Vigo, R. L. (2012). “Derecho y moral en el Estado de derecho constitucional proyecciones teóricas: iuspositivismo, neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico”. *Prudentia Iuris*. Argentina: Pontificia Universidad Católica.
- Vigo, R. L. (2003). *De la ley al derecho*. México: Porrúa.
- Villoro Toranzo, M. (1988). “El realismo jurídico escandinavo”. *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. México: IBERO.
- Zagrebelsky, G. (1997). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.

GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DEL SISTEMA PENITENCIARIO EN MÉXICO FRENTE A LA TORTURA

○ Marisol Ramírez Reyes*

* Investigadora predoctoral por la Universidad Nacional de Educación a Distancia de España (UNED), bajo el Programa de Doctorado en la Unión Europea. Es maestra en Derechos Humanos y Seguridad Pública por el Instituto Latinoamericano de Comunicación Educativa (ILCE), cuenta con Estudios de Posgrado en Ciencia Política y Sociología por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales de Argentina (FLACSO), estudió su licenciatura en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Actualmente es directora de Atención a Grupos en Riesgo en la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación (SEGOB), ha laborado en diversos espacios nacionales e internacionales. mramirez117@alumno.uned.es / marysolarena@yahoo.com.mx

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

- **Cárceles**
- **Prisiones**
- **Centros de readaptación**
- **Centros de reinserción social**
- **Tortura**

Jails

Prisons

Rehabilitation centres

Social reintegration centres

Torture

Resumen. El documento expone la evolución del sistema penitenciario en México y el avance progresivo que se ha tenido desde mediados del siglo XIX hasta nuestros días relativo a cárceles, reclusorios, prisiones, centros de readaptación, ahora llamados centros de reinserción social, mismos que históricamente han funcionado como módulos de sanción y castigo a quienes transgreden la ley.

La tesis central del presente trabajo radica en exponer cómo y en qué medida la tortura ha sido una práctica de antaño indexada a la pena de privación de la libertad en el sistema penitenciario mexicano y demostrar los avances y retrocesos legislativos elaborados e implementados por los presidentes que han gobernado en México desde 1857 hasta nuestros días, a fin de demostrar con datos duros que en la pena de prisión se continúa con las violaciones a derechos humanos de la población penitenciaria.

Abstract. The document presents the evolution of the prison system in Mexico and the progressive advance that has been made from the mid-nineteenth century to the present day, relating to jails, prisons, rehabilitation centers, now called social reintegration centers, which have historically functioned as modules of sanction and punishment for those who violate the law.

The central thesis of this paper lies in exposing how and to what extent torture has been a practice from aforesaid indexed to the penalty of deprivation of liberty in the Mexican prison system and demonstrate the legislative advances and setbacks elaborated and implemented by the presidents who have governed Mexico from 1857 to the present day, in order to demonstrate with hard data that the prison sentence continues with the human rights violations of the prison population.

Fecha de recepción: 21 de mayo de 2021

Fecha de aceptación: 16 de agosto de 2021

SUMARIO:

I. Introducción. II. Génesis y evolución del sistema penitenciario en México. III. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

En el siguiente texto se expone el desarrollo del sistema penitenciario mexicano a partir de la visión presidencial, adentrándonos a la política pública empleada, el avance normativo —pasando por su estructura— para la configuración de los centros de reinserción social, en el que se encuentra el cuerpo de seguridad y custodia, cuya principal función es garantizar la seguridad mediante el respeto a los derechos humanos de los internos al interior de los centros.

Realizaremos un recorrido por la historia de las prisiones en México y cómo se imponía o se impone el castigo a los internos. Por ello es necesario reconocer los avances y retrocesos en la materia con información cualitativa y cuantitativa respecto a población reclusa en los últimos 30 años, cuántas quejas por violaciones a derechos humanos respecto a tortura y otros tratos crueles inhumanos o degradantes tenemos y cuál es la estadística respecto a la procuración y administración de justicia.

La primera aproximación a nuestro tema de estudio es el reconocimiento de la falta de espacios para compurgar la pena del siglo XII al XVI, ya que la forma de castigo no era privativa de la libertad, sino más bien consistía generalmente en la expiación, orientada en su totalidad por la práctica de producir dolor al cuerpo a través de la tortura con vías a la confesión (Sandoval, 1982), o bien la aplicación de destierro.

Posteriormente y con la llegada de los españoles y la conquista de América, se implementaron los tribunales de la Santa Inquisición, en donde los castigos y tormentos eran también en forma de torturas sádicas, extremas, degradantes o inhumanas. Una de sus mejores representaciones en la etapa colonial es la Fortaleza de San Juan de Ulúa, situada en Veracruz, considerada como la primera prisión diseñada en 1519 (Santes, 2015). Se tiene documentado que algunos presos eran víctimas de vejaciones difíciles de describir: existía hacinamiento en las celdas y sufrían tormentos como falta de oxígeno, y durante la época de lluvia padecían de inundaciones, donde el agua les llegaba hasta las rodillas, realizaban trabajos forzados

en condiciones inhumanas, aunado a la falta de alimentación adecuada (México Desconocido, 2019).

A lo largo de la historia en México, existieron algunas prisiones extremadamente crueles, donde el sufrimiento se multiplicó y en cuyos muros retumbaron ecos de dolor y sufrimiento. Una de ellas tuvo su lugar en la Ciudad de México: la cárcel de Belén, que algunos textos consideran como la prisión más cruel de la segunda mitad del siglo XIX. Fue una prisión que empezó siendo para mujeres solteras, establecida en 1683, en la que existían precarias condiciones de alimentación, tratos inhumanos, hacinamiento, falta de camas, aunado al trato indigno respecto a que las mujeres tenían la obligación de prostituirse con los celadores para poder cubrir los gastos al momento de ser liberadas. Existen fotografías que logran captar a hombres y mujeres colgados en sus celdas por suicidios que en realidad era la única salida de muchos de ellos y ellas para dejar de padecer el infierno en estas cárceles (México Desconocido, 2019).

En el presente texto, revisaremos el surgimiento y desarrollo de algunos instrumentos jurídicos que abordan la prohibición de la tortura y la política gubernamental al respecto, para posteriormente analizar la política pública empleada en el ahora conocido sistema penitenciario a fin de visibilizar las buenas prácticas y los desaciertos que atentan contra los derechos humanos del interno.

II. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DEL SISTEMA PENITENCIARIO EN MÉXICO

Iniciaremos nuestro recorrido en 1814. Recordemos que en México nos encontrábamos en el periodo postindependencia en el que surgió la Constitución de Apatzingán, que destacaba en su artículo 18 que en la nueva legislación no se admita la tortura (Cámara de Diputados, 1814); sin embargo, la protección de derechos humanos quedó en letra muerta en los lugares donde se albergaban prisioneros o malhechores.

No obstante, esta normativa no encontró eco y hubo prácticamente una omisión en el tema por parte de los primeros presidentes de México, iniciando con Guadalupe Victoria (1824), seguido por Vicente Guerrero, José María Bocanegra, Pedro Vélez, Anastasio Bustamante, Melchor Múzquiz, Manuel Gómez Pedraza y Valentín Gómez Farías, quien concluyó su mandato en 1834.

Con Antonio López de Santa Anna, que tuvo la presidencia de manera reiterada de 1833 a 1855, se destaca la promulgación, en abril de 1835 en el estado de Veracruz, del primer Código Penal vigente en la República, mismo que tuvo similitud con el Código Penal español de 1822, en el que se sistematiza el catálogo de las penas con ciertas medidas de seguridad para los internos (Murillo, 2003).

Después de 1835, tutelaron la presidencia Miguel Barragán, José Justo Corro, Nicolás Bravo, Valentín Canalizo, José Joaquín de Herrera, Juan Bautista Ceballos, Manuel María Lombardini, Martín Carrera, Rómulo Díaz de la Vega, Juan Álvarez e Ignacio Comonfort, quien concluyó su mandato en 1858. En este periodo, que concluye con la finalización de la dictadura de Santa Anna, no se encuentran documentos de avances relativos a la protección de la integridad del interno en los centros penitenciarios.

Durante el periodo de 1858 a 1872, Benito Juárez fue un presidente reconocido por los liberales por coadyuvar a eliminar los privilegios de las clases dominantes durante la Guerra de Reforma. Al final de su periodo, en 1862, solicitó a Antonio Martínez de Castro que formara parte de la comisión que redactaría el Código Penal para el Distrito Federal — publicado en 1871—, mismo que en la exposición de motivos destaca la diferencia entre la peligrosidad acreditada por el delincuente (Hernández López, 2000).

Dentro de las primeras cárceles documentadas se encuentra la situada en el estado de Oaxaca, instaurada en 1862 por Porfirio Díaz, que destina por primera vez una prisión para hombres y otra para mujeres. En esos años se señalaba que entrar a esos espacios era prácticamente mortal, debido a las pésimas condiciones en las que se encontraba esa población, sobre todo por la falta de medicamentos para atender a las enfermedades que estaban en su auge entre los internos. En este periodo inicia la idea de prisión moderna, cambiando la idea de espacio arquitectónico a tratamiento progresivo (Lapassade, 1981).

Cabe destacar que en esa época no se reflejaba al delito como fenómeno social, por lo que no estaba adherido a la criminología en México, sino que apenas comenzábamos a tener algunos rudimentos. La doctrina de Lombroso respecto al delincuente nato fue incorporada por el jurista Miguel S. Macedo, quien en 1882 propone al presidente Manuel González un proyecto penitenciario. Su idea principal radicaba en “corregir al delincuente corregible y castigar sin infamia ni horror al incorregible” (Bringas H., 1998). Vale la pena anotar que en sus aportaciones desarrolla que no

hay delito sino delincuentes, y no hay delincuentes sino enfermos, lo que actualmente nos lleva irremisiblemente a la confusión.

Es precisamente en este periodo que el castigo en México dejó de centrarse en la pena de muerte para pasar a la etapa de restricción de la libertad por medio de espacios arquitectónicos y de regimentación de la vida interior que pretendía transformar científicamente el espíritu de los individuos: “a la expiación que causa estragos en el cuerpo debe suceder un castigo que actúe en profundidad sobre el corazón, el pensamiento, la voluntad, las disposiciones” (Foucault, 2005: 24).

Porfirio Díaz fue presidente de México desde 1877 a 1911, en un periodo de 35 años en el que logró progresos económicos y una estabilidad política nunca antes vista en México. Consagró diversos proyectos penitenciarios, entre los que se encuentra el Palacio de Lecumberri (también conocido como el Palacio Negro), construido en 1885 en la Ciudad de México; es también conocida como la primera penitenciaría con influencia humanista, ya que eliminó los castigos tormentosos conocidos hasta ese entonces y representó lo más logrado de la planeación penitenciaria. Actualmente, en ese edificio se encuentra el Archivo General de la Nación. Asimismo, en 1905 Porfirio Díaz ordenó que se albergara a los criminales en las Islas Marías, situadas en Nayarit, las cuales se convirtieron en el primer Centro Penitenciario Federal (Gobernación, 2000).

Otro personaje mexicano surgido en la época de Porfirio Díaz con enfoque humanista fue José Almaraz, quien en 1908 llevó a la práctica diversos estudios en los que afirmaba que el fin de una pena privativa de la libertad era “... modelar, reformar, curar o readaptar al delincuente” (Coca Muñoz, 2007: 177). A partir de entonces, el gran concepto que surge en nuestro país en materia penitenciaria es la readaptación social (Roldán Quiñones, 2013).

Asimismo, en la época porfirista las prisiones de Puebla y Yucatán, construidas sobre el modelo panóptico creado por Jeremías Bentham, inspirador del utilitarismo, incorporan en su estructura modelos arquitectónicos carcelarios para mantener vigilados a los presos durante todo el día (Canché, 2021).

Por otra parte y en el ámbito legislativo, bajo la presidencia de Venustiano Carranza se conformó en 1917 la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en su artículo 18 párrafo segundo establecía las bases para un adecuado tratamiento penitenciario, el cual debería estar basado en el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la

salud, el deporte y el respeto a los derechos humanos como medios y elementos para lograr la reinserción social del delincuente con el objetivo de que este no volviera a delinquir.

De 1920 a 1924, el poder estuvo a cargo de Álvaro Obregón; no obstante, fue hasta la llegada al poder del presidente Plutarco Elías Calles (1924-1928) que se delineó que las penitenciarias fueran centros de regeneración, logrando tal desafío antes de terminar su mandato al entrar en vigor un nuevo reglamento y el Código Penal. El primero considera la atención de los reos por delitos del fuero federal y del fuero común en el entonces Distrito Federal, tramitación de indultos, amnistías, conmutación y reducción de penas, traslado de reos, registro de presos, cumplimiento de sentencias, entre otros temas.

En estos años se realizan las reformas constitucionales pertinentes para extender el período presidencial a seis años. De 1928 a 1930, durante la presidencia de Emilio Portes Gil, los maestros Ángel Ceniceros y Luis Garrido publicaron un tratado sobre la ley penal. Su trabajo duró prácticamente casi todo el siglo, ya que entre sus propuestas estaba la incorporación de prácticas judiciales y una visión crítica respecto a los códigos penales de 1929 y a las instituciones gubernamentales jurisdiccionales en esa época (Garrido, 1934).

Cabe destacar que en 1929, bajo el mandato de Emilio Portes Gil, se reformó el Código Penal para el distrito y territorios federales. Durante este periodo:

... se individualizó las sanciones para cada delincuente y adoptó un sistema de sanciones para darles a los internos un tratamiento basado en el trabajo, para ello, se realizó una selección de los delincuentes, alojarlos en establecimientos especiales y aplicarles el tratamiento individualizado, tarea que no fue realizada íntegramente. (Cámara de Diputados, 2011)

Asimismo, la legislación penal contribuyó de manera importante al derecho penitenciario mexicano, porque se crea el Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social dependiente de la Secretaría de Gobernación, entre cuyas facultades se encontraba el registro de los reos federales, el traslado de procesados y reos federales, las libertades preventivas, la conmutación de penas y el pago de alimentación de reos federales de todos los estados, distritos y territorios, exceptuando el D.F.

De 1930 a 1932 tuvo la presidencia Pascual Ortiz Rubio, quien para 1931 coadyuvó a promulgar el Código Penal del D.F. y territorios federales

en materia del fuero común y de toda la República en materia federal, y transformó al Consejo Supremo de Defensa en el Departamento de Prevención Social y del Departamento del Distrito Federal, en el que se observaban algunos elementos relativos al tratamiento individualizado del interno, la existencia de instalaciones carcelarias adecuadas y el respaldo del cuerpo técnico especializado persiguiendo como fin último la reinserción, a diferencia del antiguo penitenciarismo que a lo más que aspiraba era imponer un castigo para disuadir la transgresión a la ley (Orozco Linares, 1985).

Durante el mandato de Abelardo Luján Rodríguez de 1932 a 1934, se logró que en 1933 se trasladaran de las cárceles existentes en la época a todos los reos al Palacio de Lecumberri, en el D.F. (ahora Ciudad de México), iniciándose con ello una nueva etapa en la vida de las instituciones penitenciarias y de tratamiento al delincuente.

De 1934 a 1940, bajo la presidencia de Lázaro Cárdenas del Río, comienza la etapa de lo que conocemos actualmente como periodos sexenales. Cabe señalar que en 1936 se realizó la Convención Nacional para la Unificación de la Legislación Penal e Intensificación de la Lucha contra la Delincuencia. En esta reunión los delegados penitenciarios de los estados y del gobierno federal mexicano, “reconocieron la urgencia de emprender una reforma penitenciaria [...] utilizar las Islas Marías como institución de readaptación social [...] designar al personal directivo de los reclusorios” (Ramírez, 2003: 17).

Después de esto, el Departamento de Prevención Social realizó un estudio de los reos contemplando los aspectos médico, económico, social, pedagógico y de condiciones laborales, para integrar los expedientes individualizados, mismos que eran utilizados para el otorgamiento de la libertad anticipada o el indulto y/o para clasificar a los grupos de reos que debían ser enviados a las Islas Marías para cumplir sus sentencias (ssp, 2012).

De 1940 a 1946 estuvo en la presidencia Manuel Ávila Camacho. Dentro de sus principales aportaciones al tema de estudio se encuentran aquellas encomendadas a la Secretaría de Gobernación, a través de su Departamento de Prevención Social, entre las que destacan la expedición de disposiciones, leyes y reglamentos encaminados a la “prevención y represión del delito”, creándose en este periodo la delegación del Departamento de Prevención Social en la Penitenciaría del D.F., que se encargaría de hacer los estudios médico-psiquiátrico y social de los reos.

Asimismo, de 1946 a 1952, el presidente Miguel Alemán Valdés, a través de su secretario de Gobernación, controlaba el Departamento de

Prevención Social; entre sus encargos se encontraban la Colonia Penal Federal “Islas Marías” y las Delegaciones en la Penitenciaría del D.F. y en los territorios Norte y Sur de Baja California.

Con la llegada a la presidencia de Adolfo Ruiz Cortínez de 1952 a 1958, se ampliaron los servicios, incrementándose el número de prisiones: la Cárcel de Mujeres, Colonia Penal Federal “Islas Marías”, prisiones de Quintana Roo y de Baja California; se consolidaron la Penitenciaría del D.F. y la Cárcel de Mujeres y se inició el registro de reos sentenciados, mismo que se concluyó con una organización general del *casillero de sentenciados*, cuyo objetivo era contar con los antecedentes de los reos. Cabe señalar que en 1954 el departamento fue reorganizado en diferentes secciones: jurídico, médico-criminológica, trabajo social, estadística e investigación y clínica de conducta, y casillero nacional de sentenciados (Roldán Quiñones, 2013).

De 1958 a 1964, bajo el régimen de Adolfo López Mateos, se resaltan dos aportaciones a la innovación del sistema penal: la creación del Patronato de Reos Liberados y, a través de una iniciativa de reforma al artículo 18 constitucional, se solicitó proveer la adecuada organización del trabajo en los reclusorios. Al respecto, se señala en su exposición de motivos que en las prisiones existía una inadecuada organización del trabajo que “... inhibía la regeneración y readaptación social de los reos” (Cámara de Diputados, 1965).

Esta reforma constitucional se concretó con Gustavo Díaz Ordaz, quien ocupó la presidencia de 1964 a 1970. Su aportación fue que en el Departamento de Prevención Social se diversificaron las funciones abarcando principalmente la ejecución de sanciones de reos sentenciados y el gobierno de la Colonia Penal Federal Islas Marías; así como la ejecución de las sentencias de los reos federales en todas las entidades de la República y del fuero común para reos del D.F., territorios federales y entidades con las que se hubiera suscrito convenio (ssp, 2012).

De 1970 a 1976, durante la presidencia de Luis Echeverría Álvarez, se discutió en el Congreso de la Unión el fracaso de las instituciones carcelarias, por lo que un periodo de incorporación del derecho internacional en al ámbito interno se da precisamente en México, en 1970, con la creación de la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados. Dicha normativa incorporó al marco jurídico nacional criterios apegados a tratados internacionales sobre readaptación social, a fin de que los reos se transformaran en miembros útiles de la sociedad (Cámara de Diputados,

2016). Esta ley se organizaba en seis breves capítulos, que se referían a los siguientes temas: finalidades de la ley, del personal penitenciario, del sistema, de la asistencia a liberados, de la libertad anticipada y de las normas instrumentales, por lo que en tan solo 13 artículos resumió la fórmula de la verdadera readaptación y el trato y tratamiento hasta para delinquentes enfermos.

Vale la pena destacar que el gobernador del Estado de México, a partir de la observación de las téticas condiciones de la vieja prisión de Toluca de Lerdo, implementa conjuntamente con expertos el sistema progresivo-técnico en el que se aplica la criminología clínica y se incorpora diagnóstico, pronóstico y tratamiento, siendo un importante paso para la creación de la Ley de Normas Mínimas que describimos en el párrafo anterior (Galindo, 2013).

Por ello, en los años setenta se formularon diagnósticos y pronósticos para establecer el tratamiento a seguir, teniendo en cuenta todos sus aspectos criminológicos, psicológicos, psiquiátricos —en su caso—, religiosos, laborales, socioeconómicos, etcétera. A esto se le conoce actualmente como Centro de Observación y Clasificación (COC); posteriormente, se encontrará en la etapa de seguimiento, en la que se podrán determinar las nuevas formas de tratamiento: en clasificación y en preliberación.

Vale la pena destacar que en 1976 fue cerrado el penal de Lecumberri, tras funcionar tres cuartos de siglo, para dar paso a “... las cárceles preventivas denominadas Reclusorio Norte, Oriente y Sur, y la Comisión Técnica de los Reclusorios del D.F” (Cámara de Diputados, 2012: 4).

De 1976 a 1982, con José López Portillo y Pacheco no hubo ningún cambio sustantivo en el sistema penitenciario.

De 1982 a 1988, con la presidencia bajo el mando de Miguel de la Madrid Hurtado, se avanzó en nuestro tema de estudio. La Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social avanzó en materia de prevención de conductas antisociales y delictivas y en la reincorporación a la sociedad de los presos. Casi al finalizar su periodo, expide el Programa de Máxima Seguridad, que propone continuar con la creación de módulos de alta seguridad en las cárceles estatales y la creación de cárceles regionales de máxima seguridad. Después de ello, se estancaron los avances en el régimen o sistema penitenciario, y avanzaron de manera significativa solo hasta el siguiente sexenio.

De 1988 a 1994, con el presidente Salinas de Gortari, se llevó a cabo la construcción de los Centros Federales de Readaptación Social (CEFRESOS)

y se construyó en sus primeros dos años de mandato el Penal de Máxima Seguridad No. 1 “Almoloya de Juárez” en el Estado de México.

De 1994 al año 2000, con el presidente Ernesto Zedillo Ponce de León, se instituyó el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP) (Cámara de Diputados, 1994) como órgano executor de los acuerdos y resoluciones del Consejo Nacional de Seguridad Pública. Entre las conferencias que se establecieron figuró la Conferencia Nacional de Prevención y de Readaptación, misma que promovió:

... la homologación de los mecanismos, sistemas y procedimientos de seguridad en los centros penitenciarios de reinserción social, y el intercambio, registro, sistematización y consulta de la información de seguridad pública en el Sistema Nacional de Información. (Cámara de Diputados, 2019: 17)

La conceptualización del sistema se basó en el carácter federal del Estado mexicano, por la necesidad de que los tres ámbitos de gobierno articularan sus potencialidades y compensaran sus ineficiencias en materia de seguridad pública para garantizar que el sistema de coordinación propuesto se constituyera en un esfuerzo nacional donde los órganos constitucionales, que dan cuerpo al federalismo, participaran con iguales derechos y en condiciones equitativas para garantizar la seguridad y la tranquilidad de la población.

Del año 2000 al 2006, con el presidente Vicente Fox Quezada, se creó el Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social (OADPRS), dependiente de la Secretaría de Gobernación, y en el año 2003, como resultado del Programa de Cooperación Técnica entre el Estado mexicano y la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, surgió el Dictamen Médico/Psicológico Especializado para Casos de Posible Tortura y/o Maltrato, cuyo objetivo, entre otros, era proporcionar herramientas para prevenir, atender y sancionar la tortura a los agentes del Ministerio Público, policías judiciales, custodios, guardias de seguridad y peritos, incluido también el personal administrativo de las fiscalías y procuradurías generales de justicia.

A partir de lo anterior, el 18 de agosto de 2003 se publicó el Acuerdo A/057/2003 en el *Diario Oficial de la Federación*, en el cual se establecieron las directrices institucionales para la aplicación del Dictamen Médico/Psicológico Especializado para Casos de Posible Tortura y/o Maltrato (Cámara de Diputados, 2003), basado en el Protocolo de Estambul.

Asimismo, bajo el mandato de Vicente Fox, México ratificó, el 11 de abril de 2005, la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y su Protocolo Facultativo (OPCAT) (Cámara de Diputados, 2006), donde se adquirió el compromiso ineludible de prohibir y sancionar la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en todo el territorio nacional a través de un mecanismo de prevención de la tortura.

De 2007 a 2012, bajo la presidencia de Felipe Calderón Hinojosa, se invitó a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) para fungir como líder del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura en México (MNPT), organismo que aceptó tal asignación. A esta acción le siguió una reforma al artículo 21 constitucional para conformar el Sistema Nacional de Seguridad Pública (SNSP) y la publicación de la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública (Cámara de Diputados, 2009).

Vale la pena destacar que en 2008, con la reforma constitucional en materia de justicia penal, el sistema penitenciario (Cámara de Diputados, 2008) dio un giro importante, en el que se desarrollaron conceptos, y la idea de regeneración de los años cincuenta (con carga moral) —que pasa en los setenta a la de readaptación (de tipo psicológico)— se transforma en el 2016 finalmente en el concepto de reinserción social, que es utilizado en el 2020 y se encuentra basado en garantías y estándares de constitucionalidad que implican la participación de la sociedad, la familia y el sector privado como otros actores del proceso de reinserción, lo que derivó en que el tratamiento correctivo pasara al trato digno de las personas privadas de la libertad.

Igualmente, bajo el mandato de Felipe Calderón, en el año 2011, se publicó la reforma a la Constitución mexicana en materia de derechos humanos (Constitución, 2011), la cual representa un parteaguas que incorpora el principio *pro persona*; asimismo, se modificaron, en el ámbito de nuestro máximo ordenamiento legal, los artículos 17, 18, 19, 20 y 21, relacionados con el sistema penitenciario y el sistema de seguridad pública en aspectos como reinserción social, judicialización de la ejecución de sanciones, uso de la prisión preventiva y medidas alternativas al encarcelamiento. Así, se establece en el artículo 20 que será sancionada toda incomunicación, intimidación o tortura; mientras que el artículo 21 establece que la imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial (Cámara de Diputados, 2008).

Otra etapa del penitenciarismo mexicano la constituye el periodo del presidente Enrique Peña Nieto (2012-2018). Él participó, a través de su secretario de Gobernación, en la Conferencia Nacional del Sistema Penitenciario (CNSP), destacando entre los acuerdos en 2014:

... llevar a cabo una estrategia en el traslado de internos respetando su integridad y derechos humanos dentro de un marco de seguridad jurídica; atender la sobrepoblación penitenciaria mejorando la infraestructura de los centros, y la creación de centros piloto para internos de mediana y baja peligrosidad. Ley Nacional de Ejecución Pena. (Cámara de Diputados, 2015)

Asimismo, el 9 de enero de 2013 se publicó la Ley General de Víctimas (Diputados, 2013), que representa una respuesta concreta a la demanda, hoy universal, de visibilidad, dignificación y reconocimiento de derechos de las víctimas del delito y de violaciones de derechos humanos consagrados en ella, en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos. Por ello, al implementar la ley, se crea un año después la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas (CEAV) (Cámara de Diputados, 2014), tomando en cuenta los principios de máxima protección, de un enfoque diferencial y especializado, a través de la restitución, rehabilitación, indemnización, satisfacción y garantías de no repetición, las cuales se materializan mediante el pago de compensaciones económicas a cargo del Fondo de Ayuda Inmediata, Asistencia y Reparación Integral (Ley General de Víctimas, 2013).

Cabe destacar que en cuatro años la CEAV ha atendido a:

... 3 703 víctimas de tortura entre 2014 y 2019, la Dirección Especializada en Atención a Víctimas de Tortura coordinó 1,518 asuntos, que comprenden 2,949 víctimas directas y 754 indirectas, de las cuales 691 se encuentran incorporadas en el Registro Nacional de Víctimas. (Gobierno de México, 2020)

No obstante lo anterior, no hay ninguna indemnización por lo que a tortura se refiere.

Asimismo, a través del Código Nacional de Procedimientos Penales (Cámara de Diputados, 2014) se establece el derecho a una defensa y asesoría jurídica adecuada e inmediata, concibiendo a la defensa como un derecho fundamental e irrenunciable que asiste a todo imputado.

En 2015 se abrogó el Acuerdo A/057/2003, al ser publicado el 5 de octubre de 2015 el Acuerdo A/085/15 (Cámara de Diputados, 2015a), mediante el cual se establecen las directrices institucionales que deberán seguir

los agentes del Ministerio Público de la Federación, los peritos en medicina y psicología y demás personal de la Fiscalía General de la República para los casos en que se presume la comisión del delito de tortura; además, se crea el Protocolo Homologado de Investigación del Delito de Tortura (Cámara de Diputados, 2015), aprobado por la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia el 19 de agosto 2015. Dicho protocolo define políticas de actuación y procedimientos del personal ministerial, pericial y policial para la investigación de dicho delito.

En 2016, aún bajo el mandato de Enrique Peña Nieto, se reforma la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública (Cámara de Diputados, 2019), en el que se estableció que la Comisión Nacional de Seguridad Pública estaría integrada por los titulares de los órganos de prevención y de reinserción social de los tres órdenes de gobierno. Entre sus funciones se encuentra impulsar la coordinación del sistema nacional penitenciario, lo que derivó en que en ese mismo año, dentro de la Conferencia Nacional del Sistema Penitenciario, se aprobara el Protocolo sobre Atención a Lesiones o Muerte en Custodia, cuyo objetivo general es establecer las actividades a seguir para garantizar en todo momento el respeto a los derechos humanos de la persona privada de la libertad ante lesiones o muerte en custodia.

En ese mismo año se publicó la nueva Ley Nacional de Ejecución Penal (Cámara de Diputados, 2016) como respuesta a la problemática relacionada con la sobrepoblación, hacinamiento, falta de higiene, condiciones insalubres, autogobierno, así como a la falta de gobernabilidad al interior de los centros penitenciarios, aprobada en la XIV Sesión de la Conferencia Nacional del Sistema Penitenciario sobre Protocolos para que, de manera obligatoria, sean implementados por las entidades federativas y la federación. Entre los protocolos se encuentran:

- Protocolo relacionado con el manejo de motines; los criterios de preliberación por libertad anticipada, y el Acuerdo General para establecer espacios especiales de reclusión dentro de los establecimientos penitenciarios.
- Protocolo de Actuación para Quienes Imparten Justicia en Asuntos que Involucren Hechos Constitutivos de Tortura y Malos Tratos.
- Protocolo Homologado de Investigación del Delito de Tortura.

En 2017, a partir de la reforma al artículo 73 de la Constitución, el Poder Ejecutivo trabajó en una Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar los Delitos de Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (Cámara de Diputados, 2017), que fue el resultado de un importante trabajo de consulta, diálogo y de cumplimiento con los más altos estándares internacionales en este campo. En ella se tipifica el delito de tortura como imprescriptible y prevé la responsabilidad jerárquica; asimismo, dispone que ninguna persona procesada o sentenciada por el delito de tortura podrá beneficiarse de inmunidades, indultos, amnistías o figuras análogas.

De las últimas acciones desarrolladas por el expresidente Peña Nieto destaca el Acuerdo de la Fiscalía Especial (Cámara de Diputados, 2018).

En lo que va del periodo de presidente Andrés Manuel López Obrador (2019-2024), por decreto presidencial desincorporó el Complejo Islas Marías el 8 de marzo de 2019 (Cámara de Diputados, 2019). Además, en 2020, separó los Centros Federales de Readaptación Social núm. 2 de Jalisco, núm. 3 de Tamaulipas, núm. 6 de Tabasco y núm. 10 de Coahuila, despresurizando el hacinamiento por las medidas aplicadas por acuerdos preliberaciones y la aplicación de la Ley de Amnistía (Cámara de Diputados, 2020).

Asimismo, establece en el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024 (*Diario Oficial de la Federación*, 2019) que es necesario recuperar el control de los penales de las mafias, combatir la corrupción de las autoridades carcelarias, establecer el respeto a los derechos de los internos, implementar mecanismos de supervisión externa y dignificar las condiciones de alojamiento, salud y alimentación de los reclusos, en atención a recomendaciones de expertos nacionales e internacionales, destacando que la reinserción social es posible.

Bajo el mandato del presidente López Obrador, se crea la Ley de Amnistía, la cual se aplica desde el segundo trimestre de 2020 y cuyo objetivo es la despresurización de las cárceles, favoreciendo el no hacinamiento en los centros penitenciarios, o bien, la liberación de los internos por la imposibilidad económica para sostenerlos. Veremos más adelante que desaparecieron bajo su mandato 12 CEFERESOS y un complejo, y que se liberará a más presos, en casos de la tortura y para los delitos de aborto, homicidio por razón de parentesco, cuando el sujeto pasivo sea el producto de la concepción en cualquier momento de la preñez y delitos contra la salud cuando:

Quien los haya cometido se encuentre en situación de pobreza, o de extrema vulnerabilidad, quien pertenezca a un pueblo o comunidad indígena o afromexicana, por su condición de exclusión y discriminación, por tener una discapacidad permanente, o cuando el delito se haya cometido por indicación de su cónyuge, concubinario o concubina, pareja sentimental, pariente consanguíneo o por afinidad sin limitación de grado, o por temor fundado, así como quien haya sido obligado por grupos de la delincuencia organizada a cometer el delito. (Cámara de Diputados, 2020)

A continuación, vamos a realizar un recorrido de la población reclusa en México, ya que este dato nos aporta información valiosa. La construcción normativa y el diseño e implementación en prácticamente todos los centros de reclusión, readaptación y/o reinserción social han recorrido un vertiginoso avance y retroceso cada sexenio, por lo que en el cuadro siguiente se presentan datos de población reclusa, capacidad instalada y numeraría de centros penitenciarios a lo largo de 30 años (1990-2020); en él observaremos que la realidad no ha cambiado de manera relevante (Figura 1).

Figura 1. Sistema nacional penitenciario en México 1990- 2020

AÑO	POBLACIÓN DE PERSONAS RECLUIDAS POR AÑO	ESPACIOS (número de camas)	CENTROS PENITENCIARIOS EN MÉXICO
1990	93 119	61 173	S/D
1995	93 574	91 422	S/D
2000	154 765	121 135	444
2005	205 821	159 628	455
2010	219 027	159 628	288
2011	230 943	185 561	286
2012	239 089	188 147	277
2013	246 334	195 278	393
2014	255 638	197 993	289
2015	247 488	203 084	389
2016	217 868	206 379	389
2017	204 617	215 015	328

AÑO	POBLACIÓN DE PERSONAS RECLUIDAS POR AÑO	ESPACIOS (número de camas)	CENTROS PENITENCIARIOS EN MÉXICO
2018	197 988	221 024	327
2019	200 936	217 657	313 / 300
2020	210 287	211 299	294

Fuente: Elaboración propia, 2020 a partir de información SSP (2012), CNS (2013; 2014; 2015; 2016; 2018), CNDH (2015), SSPPC (2018; 2019; 2020) e INEGI (2017; 2018; 2019; 2020)

Cabe destacar que el sistema penitenciario ha recorrido un importante camino respecto a la violación a derechos humanos de personas que se encuentran privadas de la libertad y a las que no se les ha dictado sentencia; motivo por el cual el 29 de julio de 2021 el presidente Andrés Manuel López Obrador, a través de la conferencia mañanera, hizo énfasis en el rechazo a la tortura por ser delito grave y prepara un decreto para liberar a todas las personas privadas de su libertad por delitos no graves y que llevan más de 10 años en prisión preventiva. A continuación, se presenta una base de datos que contiene información desde el punto de vista de los organismos de protección de los derechos humanos en el ámbito nacional en el periodo 2000-2020 con relación a tortura y trato cruel inhumano o degradante de la CNDH.

El siguiente cuadro representa las recomendaciones generales que se han formulado en los último 30 años. Cabe destacar que en más del 70% de las recomendaciones no se ha logrado su cumplimiento por falta de voluntad política o de recursos económicos. En lo que se ha logrado avanzar es en las denuncias y quejas, lo cual ha derivado en una reformulación del sistema penitenciario en la última década (Figura 2).

Como pudimos analizar, las recomendaciones derivadas de actos de tortura y tratos crueles inhumanos o degradantes son muy dispares en cada sexenio. Lo anterior puede deberse a la metodología, a la falta de prevención, o bien al aumento de quejas. Lo que es un hecho es que el periodo más significativo ha sido durante la gestión de Felipe Calderón (2006-2012), fecha que coincide con la entrada en vigor del Mecanismo Nacional para Prevenir la Tortura, mandado por el Subcomité de Prevención de la Tortura de Naciones Unidas. Si bien este último mecanismo es muy deseable, es un propósito que requiere estrategias de política pública para aplicarse de manera efectiva.

Figura 2. Recomendaciones de tortura presentadas ante la CNDH 2000-2021

Año	Tortura	Trato cruel, inhumano o degradante	Total	Presidente
2000	1	3	4	Vicente Fox, (2000-20006), Total: 33 recomendaciones
2001	1	3	4	
2002	0	1	1	
2003	1	1	2	
2004	1	4	5	
2005	0	3	3	
2006	3	11	14	
2007	1	10	11	Felipe Calderón (2006-2012) Total: 177 recomendaciones
2008	11	8	19	
2009	7	23	30	
2010	15	24	39	
2011	15	27	42	
2012	14	22	36	
2013	13	18	31	Peña Nieto (2012-2018) Total: 107 recomendaciones
2014	1	12	13	
2015	2	7	9	
2016	7	11	18	
2017	9	9	18	
2018	10	8	18	
2019	12	5	17	Andrés Manuel López Obrador (2019-2021) Total: 27 recomendaciones
2020	6	2	8	
2021	0	2	2	
Total	126	212	236	

Fuente: Elaboración propia con datos extraídos de CNDH (2020; 2021)

Después de haber analizado desde el punto político la ejecución de la política pública empleada en el sistema penitenciario mexicano, es importante revisar la normativa aplicable, a fin de contar con bases sólidas para prevenir, atender, proteger y asistir a víctimas, así como investigar, perseguir y sancionar a los servidores públicos que apliquen o permitan acciones de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes a personas privadas de su libertad (Figura 3).

Figura 3. Sistema nacional penitenciario en México 2021

Población total: 211 299	
Hombres: 200 486	Mujeres: 11 513
Población privada de la libertad: 211 299	
Fuero común 183 582	Fuero federal 28 427
Personas procesadas del fuero federal 75 723	Personas procesadas del fuero federal 11 651
Personas sentenciadas del fuero federal 107 849	Personas sentenciadas del fuero federal 16 776
Centros penitenciarios: 294¹	
Gobierno federal 19 (CEFERESOS)	Entidades federativas 275

Fuente: Elaboración propia a partir de información extraída de la SSPC (2021)

Vale la pena destacar que, de los 294 centros penitenciarios, 103 tienen sobrepoblación. No obstante, se han cerrado en la nueva administración del presidente Andrés Manuel López Obrador 12 centros del sistema penitenciario federal (7 CEFERESOS que se encontraban en las entidades federativas y 5 CEFERESOS del Complejo de Islas Marías),

entre los que están el CEFERESO núm. 2 “Occidente”, El Salto, Jalisco (DOF, 2020); CEFERESO núm. 3 “Noreste”, Matamoros Tamaulipas (DOF, 2020); el Centro Federal de Readaptación Social Femenil Nayarit núm. 4; el CEFERESO núm. 6 “Sureste”, Huimanguillo, Tabasco (DOF, 2020); CEFERESO núm. 9 “Norte”, Ciudad Juárez, Chihuahua (DOF, 2020); CEFERESO núm. 10 “Nor-Noreste”, Monclova, Coahuila (DOF, 2020); el CEFERESO núm. 17 CPS, Michoacán (DOF, 2016); Complejo Penitenciario Islas Marías (DOF,

¹ Cfr. Centros penitenciarios con sobrepoblación: 103. Cabe destacar que se cerró el CEFERESO 3, el 06 de noviembre de 2015; el CEFERESO 2, el 28 de septiembre de 2020, DOF, México. La ONU reportó que entre 2013 y 2018 se produjeron 220 muertes de personas privadas de libertad en centros penitenciarios federales, y 2 531 en cárceles de las entidades federativas.

2021), en el que se encontraban el CEFERESO “Bugambilias”; el CEFERESO “Morelos”; el CEFERESO de mínima seguridad “Aserradero”; el CEFERESO de seguridad máxima “Laguna Del Toro”, y el CEFERESO femenino “Rehilete”.

Existen muchos internos en espera de condena, y el uso desmesurado de la pena privativa de libertad es un factor que complica las circunstancias (Rodríguez, 2015), además del rezago judicial; como se observará en la siguiente tabla, en las investigaciones por el delito de tortura y otros tratos crueles inhumanos o degradantes de 2006 a 2020 se contabilizaron 13 353 expedientes y en el mismo periodo solo se han documentado nacionalmente 64 sentencias condenatorias en esta materia, lo que representa el 0.2% de los casos, por lo que podemos afirmar que existe falta de procuración y administración de justicia. En México falta un buen sistema de impartición de justicia, ya que la fijación de penas largas a veces no aporta la posibilidad de penas alternativas o sustitutivas de la pena privativa de libertad.

Vale la pena destacar que otra de las propuestas realizadas por el actual presidente es acogerse a medidas humanitarias por edad o enfermedad. Si bien es cierto que existen muchos encarcelados por delitos graves sin sentencia, también lo es que muchos individuos que se encuentran libres no han sido procesados ni sentenciados por el delito de tortura, como se muestra en la figura 4:

Figura 4. Procuración y administración de justicia 2006-2019

2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	
Averiguaciones previas y carpetas de investigación por el delito de tortura (PGR, 2006-2018); (FGR, 2019); (INEGI, 2006-2019)														
4	2	14	12	11	24	97	625	1,318	1,579	3,571	2,282	3,814	1,136	
Consignaciones														
0	0	0	4	2	1	4	4	5	1	4	2	3	1	
Sentencias Condenatorias														
2 sentencias condenatorias (PGR, 2018)							45 sentencias condenatorias de acuerdo con tribunales federales					17		

Fuente: Elaboración propia, 2020 a partir de información del Informe de labores de la PGR (2006-2018), FGR (2019), INEGI (2006-2019) y SESNSP (2012-2020)

Como puede observarse, el avance respecto a procuración y administración de justicia en el ámbito federal es incipiente. Podemos observar

que las denuncias tuvieron un auge importante a partir de 2014, avanzado significativamente en el tema de averiguaciones previas y carpetas de investigación por el delito de tortura, las cuales aumentaron más del 100%. Penosamente, el número de consignaciones es muy limitado y las sentencias emitidas por este rubro son prácticamente nulas, lo que denota la alta tasa de impunidad en las investigaciones realizadas por tortura y genera una impunidad alarmante en México.

Con relación a las consignaciones, en el sistema de justicia penal acusatorio se han resuelto 67 incompetencias internas, 32 incompetencias externas, 20 acumulaciones, seis abstenciones de investigación y 70 no ejercicios de la acción penal, dando un total de 195 determinaciones. Asimismo, los registros a nivel federal dan cuenta de 9 998 carpetas de investigación o averiguaciones previas iniciadas por delito de tortura de 2014 a 2019 (INEGI, 2006-2019).

Del análisis de la figura anterior podemos identificar cifras disímiles extraídas del *Informe anual de 2019* de la FGR, en el que se detalla que, del 1 de enero al 31 de diciembre de ese año, en la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura se inició únicamente una averiguación previa por este rubro, se dio seguimiento a 3 963 y se determinaron 23 carpetas (FGR, 2019). Y, según la información proporcionada al Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, la misma Fiscalía expuso que en enero de 2019 la FGR contaba con 4 296 averiguaciones previas y 645 carpetas de investigación en trámite por este delito (ONU, 2019), lo que genera confusión en los datos cuantificados.

Asimismo, los datos en el ámbito local se encuentran dispersos, aunado a que la tortura está clasificada por el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública en el apartado de “Otros delitos que atentan contra la vida y la integridad corporal”.

En materia de sentencias, de acuerdo con información de la Subprocuraduría Regional de Procedimientos Penales y Amparo de la entonces PGR, se tiene el registro de dos sentencias entre enero de 2002 y septiembre de 2012, una llevada a cabo en Chiapas y otra en San Luis Potosí (PGR, 2018). Por su parte, el Poder Judicial emitió 33 sentencias sin precisar cuántas de ellas son condenatorias y cuántas absolutorias (INEGI, 2006-2019).

A nivel local nos encontramos más rezagados en cuanto a datos se refiere, denostando que, en términos generales, la falta de justicia se encuentra

en la procuración y/o en la administración de justicia en nuestro país de manera general (Figura 5).

Figura 5. Procuración y administración de justicia en el ámbito estatal 2020

Entidad	Área especializada al 2020	Investigaciones	Sentencias	Número de víctimas directas
Aguascalientes	No tiene área especializada	97	0	0
Baja California	Fiscalía Especializada	300	0	11
Baja California Sur	No tiene área especializada	22	0	1
Campeche	Fiscalía Especializada	0	0	0
Chiapas	Fiscalía Especializada	31	0	0
Chihuahua	No tiene área especializada	307	0	1
Ciudad de México	Unidad Especializada	754	1	5
Coahuila de Zaragoza	No tiene área especializada	287	0	2
Colima	Unidad Especializada	110	0	8
Durango	Unidad Especializada	40	0	3
Estado de México	Fiscalía Especializada	428	0	15
Guanajuato	Fiscalía Especializada	62	0	1
Guerrero	No tiene área especializada	0	Sin datos	11
Hidalgo	No tiene área especializada	208	0	0
Jalisco	Unidad Especializada	18	0	1

Entidad	Área especializada al 2020	Investigaciones	Sentencias	Número de víctimas directas
Michoacán de Ocampo	Fiscalía Especializada	21	0	6
Morelos	No tiene área especializada	46	0	9
Nayarit	Sin datos	Sin datos	0	0
Nuevo León	Unidad Especializada	37	0	1
Oaxaca	Unidad Especializada	85	0	7
Puebla	Unidad Especializada	42	0	0
Querétaro	No tiene área especializada	35	Sin datos	2
Quintana Roo	Fiscalía Especializada	0	0	16
San Luis Potosí	Unidad Especializada	63	Sin datos	17
Sinaloa	No tiene área especializada	89	0	4
Sonora	No tiene área especializada	5	0	0
Tabasco	Fiscalía Especializada	136	0	2
Tamaulipas	Unidad Especializada	164	0	5
Tlaxcala	No tiene área especializada	18	0	0
Veracruz	Fiscalía Especializada	148	0	9
Yucatán	Unidad Especializada	222	0	1
Zacatecas	Fiscalía Especializada	39	0	5
TOTAL		3 814		143

Fuente: Elaboración propia con datos de ITAP (2020); A.C, Documenta (2020); ONU y MEPU (2018)

En el análisis de este cuadro podemos observar que únicamente 10 estados cuentan con una fiscalía especial para investigar tortura, otros 10 tienen una unidad especial y 11 entidades no han creado ninguna instancia como obliga la Ley General, dejando en indefensión focalizada a muchos individuos, algunos de los cuales se encuentran privados de la libertad en un centro penitenciario. Asimismo, se destaca que se han registrado 521 víctimas a julio de 2020 (CEAV, 2020).

Finalmente y como conclusión, se detalla en el trabajo la génesis y evolución del sistema penitenciario y la falta de información significativa para trazar una línea de tiempo por los delitos de tortura, ya que como pudo observarse existen vacíos importantes en materia de cuantificación y, por ende, de sistematización, materias que en México aún son incipientes. Los cuadros presentados en este trabajo pueden ayudar a consolidar una base a fin de construir una política pública en la materia y con ello prevenir la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes de la población privada de la libertad.

La población penitenciaria en 1990 constaba de 93 119 personas privadas de la libertad y en el 2020 esta cifra aumentó un 125%; no obstante, en 1995 se contabilizaron 455 espacios de internamiento, los cuales disminuyeron un 64.6% en 2020, lo que derivó en un mayor hacinamiento a nivel nacional. Por lo que hace a las investigaciones por el delito de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, de 2006 a 2020 se contabilizaron 8 569 expedientes y en el mismo periodo solo se han documentado nacionalmente 46 sentencias condenatorias en esta materia, lo que representa el 0.2% de los casos, por lo que podemos afirmar que existe falta de procuración y administración de justicia.

III. FUENTES DE CONSULTA

A.C, Documenta (2020). Observatorio Contra la Tortura. México, consultado el 15 de abril de 2020 en [http:// documenta.org.mx/prevenccion-de-tortura/](http://documenta.org.mx/prevenccion-de-tortura/).

Bringas H., A. (1998). *Las cárceles mexicanas: una revisión de la realidad penitenciaria*. México: Grijalbo.

Cámara de Diputados (1911). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial de la Federación (DOF)*, 5 de febrero de 1911.

- Cámara de Diputados (1965). Cámara de Diputados y dieciocho Legislaturas Estatales, *Diario Oficial de la Federación (DOF)*, 25 de febrero de 1965.
- Cámara de Diputados (1994). Exposición de motivos del Decreto por el que se adicionaron tres párrafos al artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial de la Federación*, 31 de diciembre de 1994.
- Cámara de Diputados (2003). Acuerdo número A/057/2003 del Procurador General de la República. Directrices institucionales del médico legista y forense. *Diario Oficial de la Federación*, México, 8 de agosto de 2003.
- Cámara de Diputados (2006). Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y su Protocolo Facultativo. *Diario Oficial de la Federación*, México, 15 de julio de 2006.
- Cámara de Diputados (2009). Ley General que establece las bases de coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, Ley Abrogada. *Diario Oficial de la Federación*, 2 de enero de 2009.
- Cámara de Diputados (2011). Manual de Organización General del Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social. *Diario Oficial de la Federación*, México, 9 de noviembre de 2011.
- Cámara de Diputados (2013). Ley General de Víctimas. *Diario Oficial de la Federación*, México, 9 de enero de 2013.
- Cámara de Diputados (2014). Decreto por el que se transforma la Procuraduría Social de Atención a las Víctimas de Delitos en la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas. *Diario Oficial de la Federación*, México, 8 de enero de 2014.
- Cámara de Diputados (2014). Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana sancionado en Apatzingán. *Diario Oficial de la Federación*, México, 22 de octubre de 1814.
- Cámara de Diputados (2014). Código Nacional de Procedimientos Penales. *Diario Oficial de la Federación*, 5 de marzo de 2014.
- Cámara de Diputados (2015a). Acuerdo A/085/15. Directrices institucionales que deberán seguir los agentes del Ministerio Público de la Federación, los peritos en medicina y psicología. *Diario Oficial de la Federación*, 5 de mayo de 2015.
- Cámara de Diputados (2015b). Acuerdos del Consejo Nacional de Seguridad Pública, aprobados en sus Trigésima Octava Sesión Ordinaria. *Diario Oficial de la Federación*, 5 de octubre de 2015.

- Cámara de Diputados (2015c). Protocolo Homologado para la Investigación del Delito de Tortura. *Diario Oficial de la Federación*, México, 15 de octubre de 2015.
- Cámara de Diputados (2016). Ley Nacional de Ejecución Penal. *Diario oficial de la Federación*, México, 16 de junio de 2016.
- Cámara de Diputados (2016). Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados. *Diario Oficial de la Federación*, México, 16 de junio de 2016.
- Cámara de Diputados (2016). Acuerdo por el que se desincorpora del Sistema Penitenciario Federal el Centro Federal de Readaptación Social número 17. *Diario Oficial de la Federación*, México, 13 de junio de 2016.
- Cámara de Diputados (2017). Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. *Diario Oficial de la Federación*, México, 26 de junio de 2017.
- Cámara de Diputados (2018). Acuerdo por el que se crea la Fiscalía Especial en Investigación del Delito de Tortura. *Diario Oficial de la Federación*, México, 26 de enero de 2018.
- Cámara de Diputados (2019a). Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública. *Diario Oficial de la Federación*, México, 27 de mayo de 2019.
- Cámara de Diputados (2019b). Decreto por el que se desincorporan del Sistema Federal Penitenciario los Centros Federales de Readaptación Social que se indican, ubicados en el Complejo Penitenciario Islas Marías. *Diario Oficial de la Federación*, 8 de marzo de 2019.
- Cámara de Diputados (2019c). Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública. Última reforma publicada en el Artículo 31, fracciones I, II y VII. *Diario Oficial de la Federación*, México, 27 de mayo de 2019.
- Cámara de Diputados (2020). Acuerdo por el que se desincorpora del Sistema Penitenciario Federal el Centro Federal de Readaptación Social No. 2. *Diario Oficial de la Federación*, México, 28 de septiembre de 2020.
- Cámara de Diputados (2020). Acuerdo por el que se desincorpora del Sistema Penitenciario Federal el Centro Federal de Readaptación. *Diario Oficial de la Federación*, México, 27 de diciembre de 2020.
- Cámara de Diputados (2020). Acuerdo por el que se desincorpora del Sistema Penitenciario Federal el Centro Federal de Readaptación Social No. 3. *Diario Oficial de la Federación*, México, 15 de diciembre de 2020.
- Cámara de Diputados (2020). Acuerdo por el que se desincorpora del Sistema Penitenciario Federal el Centro Federal de Readaptación Social No. 6. *Diario Oficial de la Federación*, México, 21 de octubre de 2020.

- Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas (2020). Registro de Víctimas de Tortura de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas. México, 22 de abril de 2020.
- Cámara de Diputados. (2020). Ley de Amnistía. *Diario Oficial de la Federación*, 22 de abril de 2020.
- Cámara de Diputados (2021). Decreto por el que se Abroga el Estatuto de las Islas Marías. *Diario Oficial de la Federación*, México, 7 de enero de 2021.
- Ceniceros, J. A. y Garrido, L. (1934). *Ley Penal Mexicana*, México: Ed. Botas.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) (2018). Pronunciamiento sobre la Sobrepoblación en los Centros Penitenciarios de la República Mexicana.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos CNDH (2000-2021). Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura.
- Comisión Nacional de Seguridad (CNS) (2013-2018). Cuaderno de Estadística Penitenciaria. Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención Social. México: SSP.
- Castillo Canché, Ignacio (2021). “Génesis de la reclusión penal moderna el liberalismo gaditano en las prácticas carcelarias Yucatán 1812 1827”. México: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, enero-diciembre 2021
- Coca Muñoz, J. L. (2007). “El sistema penitenciario mexicano: a un paso del colapso”. *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 1(19), p.7.
- Fiscalía General de la República (2019). *Informe de labores de la Fiscalía General de la República*. México: FGR
- Fiscalía General de la República (2019). *Informe de labores 2019*. México: FGR
- Foucault, M. (2005). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Gobernación (2000). Lecumberri, Penitenciaría de la Ciudad de México. México: Archivo General de la Nación.
- Hernández López, A. (2000). *Proyecto enviado a la Cámara de Diputados, aprobado y promulgado el 7-XII-1871, del Código Martínez Castro*. México: Porrúa.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) (2006-2019). Censo Nacional de Procuración de Justicia Federal. Obtenido de <https://www.inegi.org.mx/programas/cnpj/2020/>
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) (11 de julio de 2017). Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales 2020. Obtenido de <https://www.inegi.org.mx/programas/cngspspe/2017/>

- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) (2006-2020). Censo Nacional del Sistema Penitenciario Federal. Obtenido de Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales.
- Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública (ITAIP) (2020). Solicitudes de Información Pública, México.
- Lapassade, G. (1981). *Claves de la sociología*. Barcelona, España: Ed. Laia.
- Ley General de Víctimas (8 de enero de 2013). *Diario Oficial de la Federación*, México.
- Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal (1978). *Diario Oficial de la Federación*, México.
- México Desconocido (2019). “La cruel cárcel de Belén, la prisión que empezó siendo para mujeres solteras”. <https://www.mexicodesconocido.com.mx/la-cruel-carcel-de-belen-la-prision-que-empezo-siendo-para-mujeres-solteras.html>
- Murillo, J. J. (2003). *Comentarios y reflexiones en torno al anteproyecto del Código Penal para el Distrito Federal su Vinculación con el Orden Federal*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Organización de Naciones Unidas (ONU) (2019). Séptimo Informe Periódico del Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes.
- Organización de Naciones Unidas (ONU) (2018). Tercera revisión del Mecanismo de Examen Periódico Universal (MEPU). Consejo de Derechos Humanos.
- Orozco Linares, F. (1985). *Los gobiernos posrevolucionarios. Gobernantes de México. Desde la época prehispánica hasta nuestros días*. México: Panorama.
- Procuraduría General de la República (PGR) (2006-2018). Informe de Labores. México.
- Procuraduría General de la República (PGR) (2018). Informe de la Subprocuraduría Regional Procedimientos Penales y Amparo. México.
- Ramírez, S. G. (2003 LXXIX, núm. 1). *Hacia la unificación de la legislación penal. Aportes de la Academia Mexicana de Ciencias Penales*. México: Porrúa.
- Rodríguez, María Noel. (2015), *Hacinamiento penitenciario en América Latina: Causas y estrategias para su reducción*. México: CNDH.
- Roldán Quiñones, L. F. (2013). *Reforma penitenciaria integral*. México: Porrúa.
- Sandoval, H. E. (1982). *Penología. Parte General*. Colombia: Universidad de Colombia.

Sánchez Galindo, A. (2017). *Historia del penitenciarismo en México*. México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Santes, A. H. (2015). *Análisis de las políticas culturales en la Fortaleza de Sa Juan de Ulúa*. Veracruz, México: Facultad de Antropología de la Universidad Veracruzana.

Secretaría de Seguridad Pública (ssp) (2012-2021). Cuaderno de Estadística Penitenciaria. México. Secretaría de Seguridad Pública, Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención Social.

Secretaría de Seguridad Pública (ssp) (2012). Manual de Organización General del Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social. *Diario Oficial de la Federación*, México.

EL RECURSO INNOMINADO
DEL ARTÍCULO 258
DEL CÓDIGO NACIONAL DE
PROCEDIMIENTOS
PENALES

○ José Fernández de Cevallos y Torres*

* Catedrático e investigador del Instituto Nacional de Ciencias Penales

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

○ Debido proceso

Due process

○ Tutela judicial

Judicial guardianship

○ Derechos fundamentales

Fundamental rights

○ Víctima

Victim

○ Ley General de Víctimas

General Victims Law

Resumen. En el proceso penal actual se le da especial relevancia a las víctimas del delito, así se regulan en la Constitución General sus derechos, y dentro de estos se encuentra la posibilidad de impugnar ante un juez de control las actuaciones del MP. Dicha posibilidad materializa otros derechos fundamentales como los de acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.

La forma por la cual se puede hacer efectivo este derecho de impugnación es mediante el recurso innominado del art. 258 del CNPP, el cual regula para las víctimas u ofendidos un recurso innominado que servirá para la revisión judicial de aquellas actuaciones del MP que paralícen o terminen la investigación o que, en su caso, se traduzcan en omisiones o negligencias de Fiscalía dentro de la investigación.

Abstract. In the current criminal process special relevance is given to crime victims, their rights are regulated in the Constitution, and within these fundamental rights is the possibility of challenging the actions of the Public Ministry in front of a Judge. This possibility makes effective other fundamental rights such as access to justice and effective judicial protection.

The way to make this right effective is through the action regulated in article 258 of the National Code of Criminal Procedures, which regulates for the victims a special process that will serve for the judicial review of those actions of the Public Ministry that paralyze or terminate the investigation, or result in omissions or negligence in the investigation.

Fecha de recepción: 3 de diciembre de 2020

Fecha de aceptación: 11 de junio de 2021

SUMARIO.

I. Introducción. II. Derechos fundamentales cuya tutela se materializa con la existencia del recurso. III. Sujetos procesales legitimados para interponerlo. IV. Resoluciones del Ministerio Público impugnables mediante el recurso. V. Plazo para la interposición. VI. Formalidades en su procedencia, desahogo y resolución. VII. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

Los recursos procesales son medios de impugnación en contra de las resoluciones dictadas por la autoridad que permiten que un superior califique dicha actuación, y resuelva, confirmando, modificando o revocando, la resolución impugnada. Con esta naturaleza, la regulación del recurso inominado que hace el artículo 258 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), y su posterior desarrollo mediante la jurisprudencia del Poder Judicial federal, hace efectivos para las víctimas u ofendidos los derechos fundamentales de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva.

En este sentido, Zamora Grant (2015) señala que, para evitar abusos de poder del Estado en la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, el Poder Judicial es además controlador de la validez —legalidad— de los actos administrativos y legislativos. Por ello, de manera expresa y clara deben quedar establecidas las formas y los momentos en los que la víctima pueda recurrir los actos u omisiones del Ministerio Público (MP). Este derecho va más allá del solo permitir que manifieste lo que a su derecho convenga y, eventualmente, únicamente escucharle. Ello implica establecer un procedimiento específico con audiencia para que se resuelva lo conducente.

Es ideal que esta posibilidad de recurrir sea ante la autoridad judicial y no ante la propia institución de la que se queja; derecho que resulta indispensable sobre todo cuando las omisiones en la investigación, el archivo temporal, el no ejercicio de la acción penal o incluso un criterio de oportunidad pueden dejar en estado de indefensión a la víctima y sin la posibilidad de que se le haga justicia y se le repare el daño.

En el presente trabajo se expondrá un análisis del medio de impugnación previsto en el artículo 258 del CNPP, haciendo especial énfasis en los derechos fundamentales cuya tutela se materializa con el mismo, los

sujetos legitimados para interponerlo, la materia del recurso y las formalidades del mismo.

II. DERECHOS FUNDAMENTALES CUYA TUTELA SE MATERIALIZA CON LA EXISTENCIA DEL RECURSO

La previsión que hace el artículo 258 del CNPP relativa a que un juez pueda controlar, mediante la interposición de un recurso ordinario, la actuación del Ministerio Público en la investigación que realiza supone, por lo menos para la víctima u ofendido, la materialización de los derechos fundamentales de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva.¹

En este sentido, Benavente Chorres (2012) señala que el juez de control tutela los derechos fundamentales de los sujetos procesales durante las fases de investigación e intermedia, garantizándoles una respuesta pronta e inmediata en el análisis de aquellas diligencias, actos procesales o comportamientos que pongan en peligro o lesionen los derechos constitucionales de los sujetos procesales.

A continuación, expongo el alcance y desarrollo que se ha hecho de los referidos derechos fundamentales.

A. DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JUSTICIA

El derecho fundamental de acceso a la justicia se encuentra tutelado en el segundo párrafo del artículo 17 constitucional, el cual dice:

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Señalando los alcances del derecho fundamental de acceso a la justicia, la jurisprudencia de la Corte señala:

¹ En este sentido, Bardales (2015) señala que "... los Jueces de Control estarán fáctica y jurídicamente más cercanos a la investigación de lo tradicional, para vigilar, controlar, avalar y, en su caso, descalificar las acciones llevadas a cabo en la etapa de investigación, a fin de que se sujeten a reglas más exigentes desde el punto de vista jurídico, lógico y de respeto a los derechos humanos" (p. 75).

ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN LA GARANTÍA INDIVIDUAL RELATIVA, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES. La garantía individual de acceso a la impartición de justicia consagra a favor de los gobernados los siguientes principios: 1. De justicia pronta, que se traduce en la obligación de las autoridades encargadas de su impartición de resolver las controversias ante ellas planteadas, dentro de los términos y plazos que para tal efecto establezcan las leyes; 2. De justicia completa, consistente en que la autoridad que conoce del asunto emita pronunciamiento respecto de todos y cada uno de los aspectos debatidos cuyo estudio sea necesario, y garantice al gobernado la obtención de una resolución en la que, mediante la aplicación de la ley al caso concreto, se resuelva si le asiste o no la razón sobre los derechos que le garanticen la tutela jurisdiccional que ha solicitado; 3. De justicia imparcial, que significa que el juzgador emita una resolución apegada a derecho, y sin favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido; y, 4. De justicia gratuita, que estriba en que los órganos del Estado encargados de su impartición, así como los servidores públicos a quienes se les encomienda dicha función, no cobrarán a las partes en conflicto emolumento alguno por la prestación de ese servicio público. Ahora bien, si la citada garantía constitucional está encaminada a asegurar que las autoridades encargadas de aplicarla lo hagan de manera pronta, completa, gratuita e imparcial, es claro que las autoridades que se encuentran obligadas a la observancia de la totalidad de los derechos que la integran son todas aquellas que realizan actos materialmente jurisdiccionales, es decir, las que en su ámbito de competencia tienen la atribución necesaria para dirimir un conflicto suscitado entre diversos sujetos de derecho, independientemente de que se trate de órganos judiciales, o bien, sólo materialmente jurisdiccionales. (Tesis: 2a./J. 192/2007, 2007: 209)

La jurisprudencia transcrita es del año 2007, de ahí la terminología “garantía individual”, *mutatis mutandis*, que es completamente aplicable para el análisis de los principios que rigen el derecho fundamental de acceso a la justicia, en específico, los relativos a que la justicia debe ser pronta, completa e imparcial.

En el plano supranacional, el derecho fundamental de acceso a la justicia mediante un recurso efectivo es regulado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual reconoce como derecho fundamental a la protección judicial, mediante un recurso efectivo previsto en el artículo 25 numeral 1, el cual ordena:

Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención,

aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Así, el derecho de acceso a la justicia es de carácter adjetivo, ya que permite a todo individuo la posibilidad de hacer uso de una vía jurisdiccional para la protección y tutela de sus derechos fundamentales. Es importante resaltar que los derechos derivados del derecho al acceso a la justicia obligan no solo a órganos judiciales, sino a cualquier autoridad que materialmente realice actos jurisdiccionales (Ferrer Mac-Gregor *et al.*, 2013: 1343).

B. DERECHO FUNDAMENTAL A UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El derecho fundamental a una tutela judicial efectiva ha sido interpretado por la jurisprudencia del Poder Judicial federal, en el siguiente sentido:

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. SU RELACIÓN CON LOS FORMALISMOS PROCESALES. El artículo 17, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece para los órganos jurisdiccionales la obligación de "privilegiar la solución del conflicto" por sobre los "formalismos procesales", con miras a lograr la tutela judicial efectiva. Este deber impuesto a los tribunales tiene como límite los derechos de las partes durante el proceso. El primero de ellos es el de igualdad procesal; esto es, las mismas oportunidades para exponer sus pretensiones y excepciones, para probar los hechos en que las fundamenten y para expresar sus alegatos. El segundo, es el de debido proceso; es decir, el respeto a las "formalidades esenciales del procedimiento" (que consisten en la notificación del inicio del procedimiento y de sus consecuencias; la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas; la posibilidad de formular alegatos, y la certeza de que el litigio será decidido con una resolución que dirima las cuestiones debatidas), así como otros derechos procesales que derivan de principios aceptados constitucionalmente, como los de presunción de inocencia, non bis in idem, contradicción, de preclusión, de eventualidad, de inmediatez, de concentración, de publicidad, etcétera. Atento a lo anterior, debe considerarse que los formalismos tienen como razón de ser garantizar tres cosas: 1) la buena fe de las partes durante el proceso; 2) la no arbitrariedad de los Jueces; y, 3) la seguridad jurídica (en el sentido de predictibilidad). En este sentido, no se trata de obviar indiscriminada o irreflexivamente las formas que previene el orden jurídico, por considerarlas obstáculos a la justicia, sino de comprender cuál es su función y si ella puede ser cumplida sin menoscabo de la sustancia del litigio. Así, el artículo 17 aludido, es sólo una de las normas -directrices, principios y reglas- a las que deben apegarse los tribunales, y éstos tienen que ajustar su actuación a todas. (Tesis: I.14o.T. J/3, 2019: 2478)

Así una tutela judicial efectiva debe regirse por el respeto a los derechos de las partes en el proceso, dentro de los cuales se encuentra la igualdad procesal, el debido proceso y los derechos que derivan de principios constitucionales. El respeto de estos derechos tiene como finalidad (entre otras) garantizar que la autoridad no actúe arbitrariamente, así como garantizar seguridad jurídica a las partes en el proceso.

De esta forma, el respeto y la aplicación de las leyes expedidas con anterioridad al hecho materia de la controversia que se pone en conocimiento del juzgador evitan, por un lado, la actuación arbitraria de la autoridad que emitió el acto que se impugna y, por otro, garantizan seguridad jurídica para las partes, con lo cual se materializa el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva.

Así, haciendo efectivos los derechos fundamentales de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, los jueces de control estarán fáctica y jurídicamente más cercanos a la investigación para vigilar, controlar y, en su caso, modificar, revocar o confirmar las acciones llevadas a cabo en la etapa de investigación por el Ministerio Público, a fin de que se sujeten a reglas más exigentes desde el punto de vista jurídico, lógico y de respeto a los derechos humanos (Bardales Lazcano, 2015: 75).

III. SUJETOS PROCESALES LEGITIMADOS PARA INTERPONERLO

A. VÍCTIMA U OFENDIDO

La reforma constitucional de 2008 incorporó como derecho fundamental de las víctimas u ofendidos la posibilidad de impugnar jurisdiccionalmente las omisiones del Ministerio Público en la investigación del delito, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento, cuando no esté satisfecha la reparación del daño.² En este sentido, el artículo 20 constitucional apartado C) fracción VII, que regula los derechos de las víctimas en el proceso penal, señala lo siguiente:

² Recordando que la reparación del daño consiste en “... la restitución de los derechos humanos que han sido mancillados y cuya consecuencia es el resarcimiento de las pérdidas materiales y/o psicología de las víctimas de violaciones a los derechos humanos” (Esparza Martínez, 2015: 10).

VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

Por su parte el artículo 109 fracción XXI del CNPP, al regular los derechos de las víctimas u ofendidos, dice:

En los procedimientos previstos en este Código, la víctima u ofendido tendrán los siguientes derechos:

[...]

XXI.- A impugnar por sí o por medio de su representante, las omisiones o negligencia que cometa el Ministerio Público en el desempeño de sus funciones de investigación, en los términos previstos en este Código y en las demás disposiciones legales aplicables...

Acorde con la regulación apuntada, el propio artículo 258 del CNPP, al regular el recurso innominado que se analiza, faculta expresamente a la víctima u ofendido a interponerlo. En ese contexto, afirma Zamora Grant (2019) que resulta claro que la intención del legislador ha sido darles mayor presencia a las víctimas y a los ofendidos por el delito, pero también evitar que el propio agente del Ministerio Público sea obstáculo de los intereses victimales.

Ahora bien, determinando la calidad de víctima y de ofendido, el artículo 108 del CNPP señala que la primera será quien resiente directamente sobre su persona la afectación producida por un delito, y la segunda, la persona titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. Dicho numeral, al establecer la calidad de víctima u ofendido en una regulación acorde a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y proporcionalidad que rigen a los derechos fundamentales, señala en su último párrafo que “las víctimas u ofendidos en términos de la constitución y leyes aplicables, tendrán todas las prerrogativas y derechos que dichas leyes les reconozcan”.

Esta regulación extensiva implica también que, para determinar la calidad de víctima, hay que ir más allá de la idea de bien jurídico protegido. Así, en primer lugar se debe analizar si se acredita la calidad de víctima en otro ordenamiento jurídico distinto del CNPP, para después determinar qué derechos le reconoce dicho ordenamiento. Al respecto, el artículo 4 de la Ley General de Víctimas señala en su primer párrafo:

Se denominarán víctimas directas aquellas personas físicas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte.

A mayor abundamiento, hay que señalar que el artículo 6 fracción XXI de dicha Ley General de Víctimas textualmente dice:

Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:

[...]

Víctima: Persona que directa o indirectamente han sufrido el menoscabo de sus derechos producto de una violación de derechos humanos o de la comisión de un delito...

El alcance del concepto de víctima referido en el artículo 4 de la Ley General de Víctimas ha sido precisado por el Poder Judicial federal en la siguiente tesis:

Conforme al artículo 4, primer párrafo, de la Ley General de Víctimas, se denominan "víctimas directas" aquellas personas físicas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional o, en general, cualquier puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o de violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte. Así, de una interpretación sistemática de dicho precepto se colige que existen dos connotaciones del carácter señalado: una que surge de un acto delictivo y otra que se produce con la violación a uno o más derechos humanos. Por tanto, toda persona a la que se le concede el amparo y protección de la Justicia Federal adquiere la calidad de víctima directa, para efectos de la ley mencionada, al haberse demostrado la violación a sus derechos humanos. (Tesis: I.18o.A.4 K, 2014: 867)

Así, en términos de la Ley General de Víctimas, las mismas serán aquellas que directa o indirectamente han sufrido algún menoscabo en sus derechos —de cualquier naturaleza—, producto de alguna violación de derechos humanos o de la comisión de un delito. Una vez determinada esta calidad con las condiciones apuntadas, se debe precisar qué derechos contempla dicha ley, pues los mismos serán los derechos y prerrogativas en el proceso penal en el que se intervenga, en términos del artículo 108 del CNPP citado anteriormente.

Por otro lado, la Ley General de Víctimas señala que los derechos de las víctimas previstos en ella son de carácter enunciativo y que los mismos

deben de ser interpretados conforme a la Constitución, tratados y leyes aplicables en la materia, favoreciendo en todo momento la protección más amplia. En este sentido, el artículo 7 del mencionado ordenamiento señala:

Los derechos de las víctimas que prevé la presente Ley son de carácter enunciativo, y deberán ser interpretados de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, los tratados y las leyes aplicables en materia de atención a víctimas, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia de sus derechos.

Las víctimas tendrán, entre otros, los siguientes derechos:

[...]

XXXVII. Los demás señalados por la Constitución, los Tratados Internacionales, esta Ley y cualquier otra disposición en la materia o legislación especial.

A lo anterior se suman los derechos de acceso a la justicia (artículo 10), derechos dentro del proceso penal (artículos 11 a 17), derecho a la verdad (artículos 18 a 25), derecho a la reparación integral del daño (artículos 26 y 27) y, en general, todos de la Ley General de Víctimas.

Como puede verse, el artículo 7 fracción XXXVII de la Ley General de Víctimas, en relación con el último párrafo del artículo 108 del CNPP, señala que las víctimas tendrán todos los derechos reconocidos por la Constitución, tratados internacionales, la propia Ley General de Víctimas y cualquier legislación especial, como sería el propio CNPP.

Así, víctima del delito será no solo quien resienta en su persona la afectación producida por un delito, sino que además el concepto se extiende a quien sufra cualquier menoscabo en sus derechos, producto de la violación de derechos humanos o de un delito. Esta protección tan amplia de los derechos de las víctimas es una regulación acorde con la naturaleza del proceso penal acusatorio, la cual desde la reforma constitucional que le dio origen en el año 2008 introdujo un apartado C) al artículo 20 constitucional, precisamente para elevar a rango de derechos fundamentales los derechos de las víctimas (Witker, 2019).

B. ASESOR JURÍDICO DE LA VÍCTIMA

Determinado quién puede ser víctima u ofendido en un procedimiento penal, se debe precisar que el asesor jurídico, como representación técnica de dicha parte procedimental, puede actuar en representación de las mismas en cualquier etapa. Así, los artículos 109 fracción XV y 110 del CNPP dicen:

Derechos de la víctima u ofendido

En los procedimientos previstos en este Código, la víctima u ofendido tendrán los siguientes derechos:

[...]

XV. A intervenir en todo el procedimiento por sí o a través de su Asesor jurídico, conforme lo dispuesto en este Código; "Cumpliendo con los fines de una representación jurídica técnica, adecuada, con conocimiento de la materia tanto procesal como sustantiva, el artículo 110 del ordenamiento adjetivo señala...

Por su parte, el artículo 110 al hablar de la designación de *asesor jurídico* señala:

En cualquier etapa del procedimiento, las víctimas u ofendidos podrán designar a un Asesor jurídico, el cual deberá ser licenciado en derecho o abogado titulado, quien deberá acreditar su profesión desde el inicio de su intervención mediante cédula profesional. Si la víctima u ofendido no puede designar uno particular, tendrá derecho a uno de oficio.

Cuando la víctima u ofendido pertenezca a un pueblo o comunidad indígena, el Asesor jurídico deberá tener conocimiento de su lengua y cultura y, en caso de que no fuere posible, deberá actuar asistido de un intérprete que tenga dicho conocimiento.

La intervención del Asesor jurídico será para orientar, asesorar o intervenir legalmente en el procedimiento penal en representación de la víctima u ofendido.

En cualquier etapa del procedimiento, las víctimas podrán actuar por sí o a través de su Asesor jurídico, quien sólo promoverá lo que previamente informe a su representado. El Asesor jurídico intervendrá en representación de la víctima u ofendido en igualdad de condiciones que el Defensor.

Así, el abogado o licenciado en derecho que acredite su profesión con cédula profesional y que sea nombrado como asesor jurídico por la víctima u ofendido en un proceso penal, y cuyo nombramiento sea aceptado, quedará facultado para interponer el recurso del artículo 258 del CNPP en representación de los derechos de dichas partes procedimentales.

IV. RESOLUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO IMPUGNABLES MEDIANTE EL RECURSO

La reforma constitucional de 2008 incorporó un derecho importante para las víctimas y los ofendidos por un delito, el cual consiste en impugnar ante la autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento

cuando no esté satisfecha la reparación del daño (Zamora Grant, 2019). El propio texto constitucional también permite la posibilidad de que las víctimas impugnen jurisdiccionalmente las omisiones del Ministerio Público, y el CNPP incluye, además, la posibilidad de impugnación de las negligencias de esta autoridad investigadora.

En este sentido, la regulación del recurso innominado que se analiza es la siguiente:

Artículo 258. Notificaciones y control judicial

Las determinaciones del Ministerio Público sobre la abstención de investigar, el archivo temporal, la aplicación de un criterio de oportunidad y el no ejercicio de la acción penal deberán ser notificadas a la víctima u ofendido quienes las podrán impugnar ante el Juez de control dentro de los diez días posteriores a que sean notificadas de dicha resolución. En estos casos, el Juez de control convocará a una audiencia para decidir, en definitiva, citando al efecto a la víctima u ofendido, al Ministerio Público y, en su caso, al imputado y a su Defensor. En caso de que la víctima, el ofendido o sus representantes legales no comparezcan a la audiencia a pesar de haber sido debidamente citados, el Juez de control declarará sin materia la impugnación.

La resolución que el Juez de control dicte en estos casos no admitirá recurso alguno.

A continuación, se exponen las resoluciones que se pueden impugnar mediante el recurso innominado del artículo 258 del CNPP, las cuales para su mejor comprensión se dividen en las que paralizan o terminan la investigación y las que no lo hacen.

A. LAS QUE PARALIZAN O TERMINAN LA INVESTIGACIÓN

Abstención de investigar

La abstención de investigar es la facultad que tiene el Ministerio Público que será ejercida cuando los hechos denunciados o puestos en su conocimiento mediante querrela o requisito equivalente no constituyan delito o cuando de la investigación se acredite que se encuentra extinguida la acción penal o la responsabilidad penal del imputado.³ El CNPP regula

³ El criterio del Poder Judicial, desarrollando la procedencia del recurso señala: ABSTENCIÓN DE INVESTIGAR DEL MINISTERIO PÚBLICO PREVISTA EN EL ARTÍCULO 253 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. AL AGOTARSE EN SU CONTRA EL RECURSO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 258 DEL PROPIO CÓDIGO, ES EN LA AUDIENCIA DE CONTROL RELATIVA DONDE DEBEN DESTACARSE LAS OMISIONES EN QUE HAYA INCURRIDO LA REPRESENTACIÓN SOCIAL EN LA

la facultad del Ministerio Público de abstenerse de investigar en los siguientes términos:

“Artículo 253. Facultad de abstenerse de investigar

El Ministerio Público podrá abstenerse de investigar, cuando los hechos relatados en la denuncia, querrela o acto equivalente, no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitan establecer que se encuentra extinguida la acción penal o la responsabilidad penal del imputado. Esta decisión será siempre fundada y motivada.”

Archivo temporal

El archivo temporal será dictado por el Ministerio Público, hasta antes de ejercer acción penal, siempre que no se cuente con antecedentes de investigación o datos que permitan establecer líneas de investigación y a partir de los cuales puedan realizarse las diligencias pertinentes para esclarecer los hechos. La ley adjetiva de la materia regula esta figura de la siguiente manera:

Artículo 254. Archivo temporal

El Ministerio Público podrá archivar temporalmente aquellas investigaciones en fase inicial en las que no se encuentren antecedentes, datos suficientes o elementos de los que se puedan establecer líneas de investigación que permitan realizar diligencias tendentes a esclarecer los hechos que dieron origen a la investigación. El archivo subsistirá en tanto se obtengan datos que permitan continuarla a fin de ejercitar la acción penal.

La aplicación de criterios de oportunidad

El criterio de oportunidad es una figura jurídica que contempla el proceso penal vigente, por virtud del cual la Fiscalía, después de repararse o garantizarse la reparación del daño, puede no ejercer acción penal después de un ejercicio de ponderación del beneficio obtenido por la persecución del delito. Así, se privilegia el mayor beneficio en la procuración y administración de justicia, ya sea por la naturaleza, penalidad o consecuencias del delito o por la colaboración en la persecución de otros delitos y delincuentes de mayor gravedad.

Al respecto, el artículo 256 del CNPP señala:

Casos en que operan los criterios de oportunidad

Iniciada la investigación y previo análisis objetivo de los datos que consten en la misma, conforme a las disposiciones normativas de cada Procuraduría, el Ministerio Público, podrá abstenerse de ejercer la acción penal con base en la aplicación de criterios de oportunidad, siempre que, en su caso, se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido.

La aplicación de los criterios de oportunidad será procedente en cualquiera de los siguientes supuestos:

- I. De un delito que no tenga pena privativa de libertad, tenga pena alternativa o tenga pena privativa de libertad cuya punibilidad máxima sea de cinco años de prisión, siempre que el delito no se haya cometido con violencia;
- II. Se trate de delitos de contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas o de delitos culposos, siempre que el imputado no hubiere actuado en estado de ebriedad, bajo el influjo de narcóticos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares;
- III. Cuando el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho delictivo un daño físico o psicoemocional grave, o cuando el imputado haya contraído una enfermedad terminal que torne notoriamente innecesaria o desproporcional la aplicación de una pena;
- IV. La pena o medida de seguridad que pudiera imponerse por el hecho delictivo que carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta o a la que podría imponerse por otro delito por el que esté siendo procesado con independencia del fuero;
- V. Cuando el imputado aporte información esencial y eficaz para la persecución de un delito más grave del que se le imputa, y se comprometa a comparecer en juicio;
- VI. Cuando, a razón de las causas o circunstancias que rodean la comisión de la conducta punible, resulte desproporcionada o irrazonable la persecución penal.
- VII. Se deroga.

No podrá aplicarse el criterio de oportunidad en los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, de violencia familiar ni en los casos de delitos fiscales o aquellos que afecten gravemente el interés público. Para el caso de delitos fiscales y financieros, previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a través de la Procuraduría Fiscal de la Federación, únicamente podrá ser aplicado el supuesto de la fracción V, en el caso de que el imputado aporte información fidedigna que coadyuve para la investigación y persecución del beneficiario final del mismo delito, tomando en consideración que será este último quien estará obligado a reparar el daño.

El Ministerio Público aplicará los criterios de oportunidad sobre la base de razones objetivas y sin discriminación, valorando las circunstancias especiales en cada caso, de conformidad con lo dispuesto en el presente Código así como en los criterios generales que al efecto emita el Procurador o equivalente.

La aplicación de los criterios de oportunidad podrán ordenarse en cualquier momento y hasta antes de que se dicte el auto de apertura a juicio.

La aplicación de los criterios de oportunidad deberá ser autorizada por el Procurador o por el servidor público en quien se delegue esta facultad, en términos de la normatividad aplicable.

No ejercicio de la acción penal

El no ejercicio de la acción penal es una resolución dictada por el Ministerio Público que pone fin a la investigación, que impide que pueda volver a realizarse sobre los mismos hechos y que tiene como causa los supuestos del sobreseimiento. En este sentido, el CNPP, en sus artículos 255 y 327, señala:

Artículo 255. No ejercicio de la acción

Antes de la audiencia inicial, el Ministerio Público previa autorización del Procurador o del servidor público en quien se delegue la facultad, podrá decretar el no ejercicio de la acción penal cuando de los antecedentes del caso le permitan concluir que en el caso concreto se actualiza alguna de las causales de sobreseimiento previstas en este Código.

La determinación de no ejercicio de la acción penal, para los casos del artículo 327 del presente Código, inhibe una nueva persecución penal por los mismos hechos respecto del indiciado, salvo que sea por diversos hechos o en contra de diferente persona.

Artículo 327. Sobreseimiento

El Ministerio Público, el imputado o su Defensor podrán solicitar al Órgano jurisdiccional el sobreseimiento de una causa; recibida la solicitud, el Órgano jurisdiccional la notificará a las partes y citará, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a una audiencia donde se resolverá lo conducente. La incomparecencia de la víctima u ofendido debidamente citados no impedirá que el Órgano jurisdiccional se pronuncie al respecto.

El sobreseimiento procederá cuando:

- I. El hecho no se cometió;
- II. El hecho cometido no constituye delito;
- III. Apareciere claramente establecida la inocencia del imputado;
- IV. El imputado esté exento de responsabilidad penal;
- V. Agotada la investigación, el Ministerio Público estime que no cuenta con los elementos suficientes para fundar una acusación;
- VI. Se hubiere extinguido la acción penal por alguno de los motivos establecidos en la ley;
- VII. Una ley o reforma posterior derogue el delito por el que se sigue el proceso;
- VIII. El hecho de que se trata haya sido materia de un proceso penal en el que se hubiera dictado sentencia firme respecto del imputado;
- IX. Muerte del imputado, o
- X. En los demás casos en que lo disponga la ley.

B. OTRAS RESOLUCIONES

El artículo 20 constitucional, apartado C) fracción VII, que regula los derechos de las víctimas en el proceso penal, señala lo siguiente:

VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

Por su parte, el artículo 109 fracción XXI del CNPP, al regular los derechos de las víctimas u ofendidos, señala:

Derechos de la víctima u ofendido

En los procedimientos previstos en este Código, la víctima u ofendido tendrán los siguientes derechos:

[...]

XXI. A impugnar por sí o por medio de su representante, las omisiones o negligencia que cometa el Ministerio Público en el desempeño de sus funciones de investigación, en los términos previstos en este Código y en las demás disposiciones legales aplicables...

En este sentido, es un derecho fundamental de las víctimas recurrir ante un juez de control las omisiones del Ministerio Público en la investigación. Este derecho fundamental se desarrolla en la legislación secundaria y en términos del artículo 109 fracción XXI del CNPP. Es derecho de las víctimas impugnar jurisdiccionalmente, además de las omisiones referidas, las negligencias que cometa el Ministerio Público en el desarrollo de la investigación.

Omisiones del Ministerio Público

Como hemos referido, es un derecho fundamental de las víctimas impugnar jurisdiccionalmente las omisiones del Ministerio Público en la investigación. Sin embargo, la regulación del recurso innominado no contempla dentro de sus supuestos la procedencia en contra de las omisiones realizadas por la representación social. Esta laguna es superada por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual señala:

SISTEMA PENAL ACUSATORIO. CONTRA LAS OMISIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN, PROCEDE EL MEDIO DE DEFENSA PREVISTO EN EL ARTÍCULO 258 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, EL CUAL DEBE AGOTARSE EN CUMPLIMIENTO AL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD QUE RIGE EL JUICIO DE AMPARO.

De la interpretación sistemática y funcional de los artículos 16, párrafo décimo cuarto y 20, apartado C, fracción VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 109, fracción XXI y 258 del Código Nacional de Procedimientos Penales, se advierte que la víctima u ofendido puede impugnar ante el Juez de Control las omisiones de la autoridad ministerial derivadas de su facultad investigadora, a través del medio de defensa innominado que prevé el artículo 258 citado, cuya finalidad es que el Juez de Control revise las decisiones u omisiones del Ministerio Público, que definen el curso de una indagatoria, pues al estimar que su actuación es ilegal, debe conminarlo a que cese ese estado de cosas, reanude la investigación y practique todas las diligencias que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos. Por lo tanto, previamente a la promoción del juicio de amparo indirecto, se debe agotar ese medio de defensa ordinario, en observancia al principio de definitividad. (Tesis: 1a./J. 28/2018, 2018: 943)

En términos de la jurisprudencia transcrita, frente a las omisiones del Ministerio Público se debe de agotar el principio de definitividad, es decir, con fundamento en el artículo 107, fracciones III y IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, antes de instar la acción de amparo, el quejoso debe agotar todos los recursos o medios de defensa ordinarios mediante los cuales el acto reclamado pueda ser modificado, revocado o confirmado.

En el mismo sentido, analizando exhaustivamente la forma de impugnación de las omisiones, la doctrina del Poder Judicial federal ha determinado que:

RECURSO INNOMINADO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 258 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. PROCEDE CONTRA CUALQUIER OMISIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO, INCLUSO TRATÁNDOSE DE LAS QUE NO TENGAN COMO EFECTO PARALIZAR LA INVESTIGACIÓN.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 233/2017, que dio origen a las tesis de jurisprudencia 1a./J. 27/2018 (10a.) y 1a./J. 28/2018 (10a.), determinó que mediante el recurso previsto en el artículo 258 del Código Nacional de Procedimientos Penales, pueden impugnarse las omisiones que inciden en la actividad investigadora del agente del Ministerio Público, y que hayan ocurrido en la etapa de investigación del procedimiento penal acusatorio. Ahora, esas omisiones no deben limitarse a las taxativamente previstas en dicho numeral o que tengan como efecto paralizar la investigación, sino todas aquellas que se cometan en la carpeta de investigación, incluso, las que no tengan esos efectos dilatorios, ya que el respeto a los derechos de la víctima y, en general, de las partes, está íntimamente ligado con la labor del Ministerio

Público, pues en su función está obligado a salvaguardar sus prerrogativas en todo momento. De ahí que por medio de dicho recurso innominado puede impugnarse cualquier tipo de omisión en que incurra la representación social, con la finalidad de que sea el Juez de control quien vigile que se respeten los derechos constitucionales de los sujetos procesales durante la fase de investigación, garantizándoles una respuesta pronta e inmediata bajo las reglas del control judicial, respecto a cualquier omisión del Ministerio Público que ponga en peligro o lesione los derechos fundamentales de la víctima u ofendido. (Tesis: I.7o.P.119 P, 2019: 4632)

SISTEMA PENAL ACUSATORIO. LAS OMISIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN, SON IMPUGNABLES ANTE EL JUEZ DE CONTROL A TRAVÉS DEL MEDIO DE DEFENSA PREVISTO EN EL ARTÍCULO 258 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

Los artículos 20, apartado C, fracción VII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 109, fracción XXI, del Código Nacional de Procedimientos Penales, otorgan a la víctima u ofendido de un delito, el derecho a impugnar ante autoridad judicial, las omisiones del Ministerio Público en sus funciones de investigación, en los términos previstos en ese Código. Asimismo, el artículo 16, párrafo décimo cuarto, de la Constitución General, prevé que los jueces de control tienen encomendada la tarea de resolver en forma inmediata y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad que requieran control judicial; además, deben garantizar los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos, cuidando que la actuación de la parte acusadora sea apegada a derecho; esto es, les corresponde resolver las diligencias que requieran control judicial, en forma acelerada y ágil, así como realizar las audiencias procesales preliminares al juicio conforme a los principios del sistema acusatorio. Por otra parte, el artículo 258 del Código Nacional de Procedimientos Penales prevé la posibilidad de impugnar las determinaciones del Ministerio Público sobre la abstención de investigar, el archivo temporal, la aplicación de un criterio de oportunidad y el no ejercicio de la acción penal, esto es, en general se trata de actuaciones del Ministerio Público que tengan como efecto paralizar, suspender o terminar una investigación. En este sentido, bien puede entenderse que las omisiones del Ministerio Público en la etapa de investigación encuadran en este supuesto, ya que dicha conducta supone la paralización de su función investigadora. Así, de la interpretación sistemática y funcional de los artículos citados, se obtiene que la víctima u ofendido pueden impugnar ante el Juez de Control las omisiones de la autoridad ministerial derivadas de su facultad investigadora, a través del medio de defensa innominado previsto en el artículo 258 del Código Nacional de Procedimientos Penales, puesto que la finalidad de que el Juez de Control revise las decisiones u omisiones del Ministerio Público, que definen el curso de una indagatoria es que, al estimar que su actuación es ilegal, debe conminarlo a que reanude la investigación y practique todas las diligencias que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos. (Tesis: 1a./J. 27/2018, 2018: 945)

Ahora bien, determinada la procedencia del recurso, se debe especificar el alcance del término omisión, para lo cual el argumento semántico resulta

de gran utilidad. En este sentido, el diccionario define omisión como: “1. F. Abstención de hacer o decir; 2. f. Falta por haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una cosa o por no haberla ejecutado; 3. f. Flojedad o descuido de quien está encargado de un asunto”.⁴

En este sentido, resulta adecuado interpretar la omisión del Ministerio Público de una forma extensa, es decir, no únicamente como el no hacer (silencio o inactividad), sino también como la negativa a hacer o practicar alguna actuación.

Negligencias del Ministerio Público

El fundamento legal para la impugnación de las negligencias cometidas por el Ministerio Público es el anteriormente señalado artículo 109 fracción XXI del CNPP, el cual dice:

Derechos de la víctima u ofendido

En los procedimientos previstos en este Código, la víctima u ofendido tendrán los siguientes derechos:

[...]

XXI. A impugnar por sí o por medio de su representante, las omisiones o negligencia que cometa el Ministerio Público en el desempeño de sus funciones de investigación, en los términos previstos en este Código y en las demás disposiciones legales aplicables...

La jurisprudencia señalada en el subtema anterior es clara al mencionar que ante las omisiones del Ministerio Público procede el recurso innominado del artículo 258, pero no especifica nada respecto a las negligencias de dicha autoridad investigadora. Consideramos que, al existir las mismas razones, el mismo fundamento y la misma finalidad, el recurso en comento desde luego es procedente contra las negligencias de la representación social en la etapa de investigación.

Así, para determinar la procedencia del recurso es de gran utilidad el análisis semántico del término negligencia, para el cual el diccionario lo define como: “1.f. Descuido, falta de cuidado; 2.f. Falta de aplicación”.⁵

En este sentido, tomando en consideración que la actuación del Ministerio Público como autoridad se encuentra regida por las facultades expresas que le da la ley, debemos entender que las negligencias que se le

⁴ Consulta disponible en página web: <https://dle.rae.es/omisión>

⁵ Consulta disponible en página web: <https://dle.rae.es/negligencia%20?m=form>

pueden atribuir serán aquellas que impliquen el descuido, la falta de cuidado o de aplicación, es decir, aquellas actuaciones que se realicen en contravención o dejando de aplicar lo señalado por el ordenamiento jurídico.

V. PLAZO PARA LA INTERPOSICIÓN

El artículo 258 del CNPP otorga un plazo de 10 días posteriores a la notificación de la resolución que se impugne para la interposición del recurso; sin embargo, dado el análisis que se ha desarrollado, tenemos que distinguir el momento en el cual se cumple dicho plazo, lo cual dependerá de la naturaleza de los actos que se impugnen.

Respecto de las resoluciones que impliquen negativas, negligencias o cualquiera de las resoluciones mencionadas que paralicen o terminen la investigación, y respecto de las cuales exista propiamente una resolución que deba de notificarse, no existe problemática alguna: el plazo será de 10 días hábiles posteriores a que se notifique la resolución respectiva.

La problemática surge en los actos que impliquen omisiones puras, es decir, aquellas actuaciones que se traduzcan en la mera inactividad del Ministerio Público y que no se encuentren materializadas en una resolución que deba ser notificada. En estos casos considero que, en protección de los derechos fundamentales de las víctimas, en concreto los de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, el plazo para recurrir dicha omisión será durante todo el tiempo que dure la misma, la cual comenzará a correr a partir del tercer día al que se haya solicitado la actuación correspondiente, haciendo una interpretación integradora del deber de diligencia con el que debe de actuar la representación social.⁶

VI. FORMALIDADES EN PROCEDENCIA, DESAHOGO Y RESOLUCIÓN

Privilegiando la impartición de justicia sobre los formalismos procesales, el tercer párrafo del artículo 17 constitucional señala que “Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades

⁶ Artículos 129 y 216 del CNPP.

deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales” (Tesis: I.14o.T.J/3, 2019: 2478).

En el recurso innominado del artículo 258 del CNPP, la ley no exige formalismo alguno para su interposición; esto implica que en su presentación no se exige señalar antecedentes del recurso o expresar el agravio correspondiente, ya que serán actuaciones que se realizarán propiamente ante el juez de control.

En el desahogo del recurso, la regulación del mismo sí exige de una formalidad cuyo incumplimiento tiene como consecuencia dejar sin materia la impugnación; nos referimos a la obligación de comparecer al desahogo de la audiencia a las víctimas, los ofendidos y el asesor jurídico. Esto se regula en la parte final del primer párrafo del citado artículo 258, mismo que dispone: “En caso de que la víctima, el ofendido o sus representantes legales no comparezcan a la audiencia a pesar de haber sido debidamente citados, el Juez de control declarará sin materia la impugnación”.

Por último, no existe formalidad en el dictado de la resolución que emita el juez de control respecto del recurso, la cual, por la naturaleza del proceso, será oral y en términos del último párrafo del artículo 258 del CNPP; respecto de la misma no se admite recurso alguno.

VII. FUENTES DE CONSULTA

- Bardales Lazcano, E. (2015). *Guía para el estudio del sistema acusatorio en México*. México: Flores Editor y Distribuidor.
- Benavente Chorres, H. (2012). *La investigación judicial y el control de convencionalidad en el proceso penal: conceptos y modalidades*. España: JM Bosch.
- Esparza Martínez, B. (2015). *La reparación del daño*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Ferrer Mac-Gregor Poisot, E. et al. (2013). *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*. México: SCJN.
- Witker, J. (2019). *Derechos de las víctimas y Ley General de Víctimas*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Sitio web: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5549/13.pdf>
- Zamora Grant, J. (2009). *Derecho victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Zamora Grant, J. (2015). *Los derechos humanos de las víctimas de los delitos*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

JURISPRUDENCIA

Tesis: 2a./J. 192/2007 (2007). Época: Novena Época, Registro: 171257, Instancia: Segunda Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVI, Octubre de 2007, Materia(s): Constitucional.

Tesis: I.18o.A.4 K (2014). Época: Décima Época, Registro: 2008181, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 13, diciembre de 2014, Tomo I, Materia(s): Común, Administrativa.

Tesis: I.5o.P.67 P (2018). Época: Décima Época, Registro: 2017509, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 57, agosto de 2018, Tomo III, Materia(s): Penal.

Tesis: 1a./J. 28/2018 (2018). Época: Décima Época, Registro: 2017640, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 57, agosto de 2018, Tomo I, Materia(s): Común, Penal.

Tesis: I.7o.P.119 P (2019). Época: Décima Época, Registro: 2020422, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 69, agosto de 2019, Tomo IV, Materia(s): Penal.

DESARROLLO DE LA SESIÓN PREVIA AL CÍRCULO RESTAURATIVO CON ADOLESCENTES, DESDE EL ENFOQUE CENTRADO EN LA PERSONA*

○ José Manuel Calderón Calderón**

* Reporte de un proyecto de intervención terminado, con estudio de caso, aplicado en el Estado de Michoacán.

** Licenciado en Psicología Educativa, Instituto Michoacano en Ciencias de la Educación. Licenciado en Derecho, Universidad Abierta y a Distancia de México. Candidato al grado de Maestría en Desarrollo Humano, Universidad La Salle Morelia. Facilitador de procesos restaurativos en el Poder Judicial del Estado de Michoacán. Contacto psicjosemanuel@hotmail.com

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

○ **Adolescencia**

Adolescence

○ **Agresividad**

Aggression

○ **Círculo**

Circle

○ **Enfoque centrado en la persona**

Person-centered therapy

○ **Proceso restaurativo**

Restorative process

Resumen. Este proyecto de intervención realizó una descripción teórica, un análisis comparativo y la ejecución ilustrativa con estudio de caso, donde se aborda la agresividad de adolescentes de 14 hasta menos de 18 años en conflicto con la ley, en la sesión previa al círculo restaurativo. Se desarrollaron los temas de adolescencia, agresividad y proceso restaurativo desde el psicoanálisis, el derecho y la justicia restaurativa. Lo anterior permitió constar que el enfoque centrado en la persona es una herramienta restaurativa al momento de abordar la agresividad de adolescentes y del acto delictivo, principalmente en sesión previa al círculo.

Abstract. This intervention project performed a comparative analysis and an illustrative execution of the project through the theoretical description; in which the fundamental parameters that justify the application of person-centered therapy are addressed, specifically when intervening in the aggressiveness of adolescents aged 14 to less than 18 years in conflict with the law, in the session before the restorative circle. They were investigated from the point of view of psychology, psychoanalysis, law and restorative justice. This allowed us to verify that person-centered therapy is a restorative technique when intervening in the aggressiveness of adolescents, mainly in the session previous to the circle.

Fecha de recepción: 15 de julio de 2020

Fecha de aceptación: 23 de noviembre de 2020

SUMARIO.

I. Introducción. II. Adolescencia. III. Proceso restaurativo. IV. Enfoque centrado en la persona. V. Conclusión VI. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

En México existe una población de 13.7 millones de adolescentes de entre 12 y 17 años, lo que representa 34.5% de la población total de menores de 18 años en el país (INEGI, 2019).

La adolescencia es una etapa del desarrollo constituida por factores biológicos, psicológicos y sociales, los cuales configuran el desarrollo del adolescente. Este realiza en dicha etapa ajustes concernientes al pasado infantil, el presente en plenitud y el futuro mortal. Lo anterior está matizado de agresividad, situación que en algunos casos se ve reflejada en el exterior a través de los actos delictivos.

De conformidad con la Encuesta Nacional de Adolescentes en el Sistema de Justicia Penal (ENASJUP), un total de 5 038 adolescentes han tenido contacto con la autoridad judicial (ENASJUP, 2017). Esto quiere decir que el 37% de la población adolescente ha participado en un acto delictivo y, por lo tanto, en un proceso judicial.

Lo anterior es un reflejo de lo que ocurre en el estado de Michoacán, donde el INEGI (2017), en el *Anuario Estadístico y Geográfico de Michoacán*, nos dice que la población adolescente de entre 12 y 17 años es de 522 mil, de los cuales 301 han tenido contacto con la autoridad judicial.

En este sentido, en cada uno de los estados de nuestro país, específicamente en el ámbito jurídico y judicial, se le ha dado especial importancia a aquellos asuntos relacionados con las niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley. Estos gozan de una amplia protección de sus derechos fundamentales derivados de la máxima norma sustantiva, donde los mecanismos alternativos de solución de controversia penal, específicamente los procesos restaurativos —ejecutados mediante la reunión víctima con persona adolescente, junta restaurativa y círculo—, son medios de práctica que hacen patente en la realidad lo expuesto por dichos ordenamientos.

Por lo tanto, es de gran importancia realizar una adecuada intervención en el ámbito judicial, específicamente al ejecutar procesos restaurativos con adolescentes, para así actuar en congruencia con lo plasmado en la

norma sustantiva constitucional y llevar a la praxis el aspecto restaurativo y socioeducativo del sistema de justicia integral para adolescentes.

Lo anterior se torna ideal en sesión previa al círculo restaurativo, mediante el enfoque centrado en la persona, a través de la aceptación positiva incondicional, la congruencia y la empatía, con el objetivo de abordar la agresividad del adolescente de entre 14 y menos de 18 años en conflicto con la ley, y así promover su restauración emocional y contribuir a la reincorporación y pacificación social.

II. ADOLESCENCIA

A. CONSTRUCTO JURÍDICO

En la esfera jurídica, la adolescencia es una etapa clasificada por grupos etarios. La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (2014), en su artículo 5º, establece que son niñas y niños los menores de 12 años, y adolescentes, las personas de entre 12 años cumplidos y menos de 18 años de edad.

Derivado del artículo 1º de nuestra máxima norma sustantiva, la niñez y adolescencia en el Estado mexicano goza de especial protección en sus derechos fundamentales; además, en su artículo 4º, párrafo noveno, menciona que el Estado velará por el cumplimiento del interés superior de la niñez.

Estos derechos realizan una intersección con el derecho internacional, del cual México forma parte a través de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), la cual declara en su preámbulo que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento” (p.7). Así, dicha convención desarrolla ampliamente las directrices sobre el interés superior de la niñez, el cual va encaminado a un pleno desarrollo holístico en lo físico, con salud; psicológico, con el libre desarrollo de la personalidad; social, en armonía familiar y con la comunidad; y espiritual, con la libertad de creencias e ideologías.

Por lo tanto, los operadores y administradores de justicia están obligados a tomar en consideración estas disposiciones al momento de interactuar con la adolescencia en el ámbito judicial.

Tal interacción presenta una arista menos intrusiva en la dinámica adolescente mediante la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversia penal y procesos restaurativos con adolescentes. En este sentido, la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (2016), en sus artículos 18 y 21, establece la mínima intervención, la subsidiariedad y la justicia restaurativa. Mediante estos principios se procura la mínima intervención jurisdiccional y que se dé prioridad a procesos menos lesivos, al libre desarrollo de la personalidad y a los procesos restaurativos. Esto, tomando en consideración que el adolescente es un sujeto en formación física, mental y emocional.

Derivado de lo anterior podemos deducir que en el ámbito jurídico se establecen las bases primordiales de protección y administración de justicia con adolescentes, de acuerdo con el debido proceso, el respeto a derechos fundamentales, el interés superior de la niñez y una visión socioeducativa de mínima intervención.

B. CONSTRUCTO PSICOLÓGICO

En el campo psicológico de la rama psicoanalítica, la adolescencia, más que una etapa, es tiempo de ajustes del pasado, presente y futuro.

El pasado gira en torno al goce perdido de una historia infantil donde “se plantea un engendramiento a la fuerza, un nacimiento a la fuerza, una infancia llevada con fuerza. Una historia pasada por la fuerza” (Orozco, 2000: 35), la cual está caracterizada por la ambivalencia hacia “el padre amado y odiado, la madre odiada y amada” (Klein, 2016: 368). En este sentido, el adolescente se encuentra en la encrucijada de quedarse en el regazo de los progenitores o renacer al mundo exterior.

Ese renacer le ofrece la experiencia de un presente egocéntrico en total plenitud, donde su desarrollo físico, mental y emocional es el eje central del día a día. Además de que el presente le da oportunidad de generar y dar sentido a la propia historia. Una oportunidad para no dejarse o abandonarse como lo hizo en la etapa ulterior.

El presente es todo para el adolescente, pero también promete un futuro incierto, donde se vislumbra “la vejez, enfermedad, muerte y monacato” (Campbell, 2006: 59). Es así que en el futuro se percibe un nuevo abandono, como en la primera infancia. Por lo tanto, la adolescencia es conjetura

del pasado, el momento presente y el futuro incierto; todo matizado de agresividad.

Por lo regular la agresividad desde lo social, jurídico y judicial presenta una connotación negativa, donde la importancia radica en los actos externos al propinar daño a otra persona. Pero la agresividad que planteamos aquí coincide con la biológica, donde lo primordial es el desarrollo físico del sujeto y la capacidad innata de poner resistencia a las influencias del medio.

De igual manera, se relaciona con la psicológica, donde la agresividad es una pulsión innata en los seres humanos, como función adaptativa, que permite el desarrollo cognitivo y emocional del adolescente; donde algunas “personas con buena capacidad de amor, las cuales pueden sublimar o dirigirla hacia actividades constructivas” (Córdova, 2014: 64).

A modo de reflexión, si bien es cierto que la agresividad es constitutiva y constituyente al adolescente, no podemos dejar pasar la ocasión para mencionar que, si esta no es procesada adecuadamente por el adolescente, este puede emprender una agresión en lo real contra quien represente el pasado o futuro incierto. Esta situación quedará de manifiesto en el acto delictivo.

Por lo tanto, para tener una visión amplia del adolescente al momento que entra en conflicto con la ley, es elemental considerar el factor innato de la agresividad en su desarrollo y cómo esta se manifiesta en el acto delictivo matizado de violencia.

III. PROCESO RESTAURATIVO

A. LA RESTAURACIÓN

La restauración de manera general es natural y antigua como la especie humana. En los actos delictivos matizados de agresividad, se busca un cambio sustancial en las personas, esto mediante la intervención en aspectos subjetivos del pasado, presente, futuro y los sentimientos y pensamientos que estos generan. En otras palabras, como lo dice Domingo (2014), se trata de restaurar la situación anterior al hecho delictivo cometido tanto para el autor como para la víctima.

En este sentido, la restauración en las relaciones interpersonales matizadas de agresividad es propicia para identificar dos cosas: primero, los móviles que motivan el acto delictivo, donde para Perles (2002) es importante

incorporar los conflictos internos sin resolver, la carencia de estabilidad emocional y acontecimientos de la infancia; segundo, para promover el desarrollo de los sujetos que se han visto involucrados en la ofensa y así favorecer su proceso restaurativo.

B. JUSTICIA RESTAURATIVA

La restauración, como intervención en actos delictivos judicializados, se encuentra denominada como justicia restaurativa. Uno de sus máximos exponentes la define de la siguiente manera:

Es un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible. (Zehr, 2010: 45)

Derivado de lo anterior, la restauración en el ámbito judicial implica una visión distinta a la retribución, ya que prioriza a la persona, sus sentimientos, pensamientos y daños sufridos por la ofensa; es decir, tiene como eje central a las personas y sus necesidades.

En esta secuencia, la justicia restaurativa está encaminada a la creación de mecanismos para intervenir de manera integral en el fenómeno delictivo mediante procesos restaurativos en los que la víctima, el ofensor y —cuando proceda— cualquier otra persona o miembros de la comunidad afectada por el delito puedan de manera ordenada satisfacer las necesidades generadas por la ofensa.

Desde esta perspectiva, el acto delictivo crea daño y sus consecuencias generan necesidades en la víctima, quien requiere tomar el control de su vida ya que, derivado de la ofensa, manifiesta trauma, miedo, enojo, tristeza, inseguridad y depresión. Ante ello, es necesario que las víctimas encuentren las condiciones necesarias para restaurar su estabilidad emocional, racional y existencial.

De igual manera, es primordial atender las necesidades agresivas, emocionales, cognitivas, sociales y de reconocimiento de los adolescentes, ya que requieren apoyo para abordar los traumas pasados que han motivado la conducta delictiva para así desarrollar empatía, responsabilidad activa con la víctima y reparar el daño: “La justicia restaurativa enseña que si queremos que los ofensores asuman sus responsabilidades, cambien

su comportamiento y se conviertan en miembros útiles y activos de nuestras comunidades, entonces debemos atender también sus necesidades” (Zehr, 2010: 22).

Por lo tanto, se requiere una intervención directa y especializada en las necesidades de la víctima, del adolescente en conflicto con la ley y de la comunidad para con ello generar procesos mayormente restaurativos y así hacer frente al acto delictivo de manera diferente al sistema tradicional punitivo y retributivo.

C. EL CÍRCULO, UN MODELO RESTAURATIVO

El círculo como modelo restaurativo es para Pranis (s. f.) una forma de ser y de relacionarse grupalmente para llevar al empoderamiento individual y colectivo de aquellas personas que participan en ellos. En este tenor, el círculo es el modelo adecuado para la intervención con adolescentes en conflicto con la ley, ya que invita a reflexionar sobre la ofensa y promueve la responsabilidad activa en el adolescente.

Mediante el círculo, se buscan objetivos específicos encaminados al autocontrol de las partes, de la familia, de la comunidad y la confianza mutua entre ellas. Tiene el propósito de generar un ambiente de confianza y respeto; con esto los participantes pueden expresar libremente sus necesidades, reconsiderar los orígenes de la ofensa y las acciones a seguir para la prevención de actos delictivos.

D. ESTRUCTURA DEL CÍRCULO

En el ambiente judicial, mediante el sistema de justicia integral para adolescentes, la justicia restaurativa desarrolla tres modelos: reunión de la víctima con la persona adolescente, la junta restaurativa y los círculos. Por lo regular esos modelos cursan cuatro etapas: 1) derivación, 2) preparación de las partes, 3) reunión o conferencia propiamente dicha y 4) el plan de reparación. Pero para el tema que nos ocupa únicamente nos enfocaremos en la etapa dos, que consiste en la preparación de las partes para el encuentro.

En la literatura, la sesión preparatoria o previa está destinada a ser el lugar donde “se ha de preparar a las partes para su participación en la conferencia” (Merino y Romera, 1998: 289). De igual manera “el facilitador

trabjará con las partes sobre los posibles escenarios que podrían darse al momento del encuentro” (Rodríguez, 2016: 213). Por último, “la preparación de los participantes consiste en informarles sobre el proceso de paz, los valores de respeto y diálogo” (De la Rosa y Cabello, 2016: 67).

Tabla 1.
Características de la sesión previa o preparatoria a la sesión conjunta del círculo

Sesión previa o preparatoria tradicional	Sesión previa desde el enfoque centrado en la persona
<ul style="list-style-type: none">• Se prepara mediante la información al adolescente para su participación en la conferencia.• El coordinador explica el programa al adolescente e invita a que elija una persona de apoyo.• Informa sobre el proceso de paz, los valores de respeto y diálogo.• En el mejor de los casos se inicia con la exploración del conflicto para evitar la revictimización en la sesión conjunta.• El proceso restaurativo en esta etapa es mayormente nulo en el adolescente.	<ul style="list-style-type: none">• El primer encuentro gira en torno al adolescente y posteriormente con la víctima.• El facilitador despliega la escucha activa y propicia un ambiente de confianza para la verbalización.• Se aborda la agresividad adolescente y la del acto delictivo.• Los tópicos guía con el adolescente son las figuras parentales ambivalentes, la identidad egocéntrica y el futuro mortal.• Es el primer encuentro restaurativo con el adolescente.

Fuente: elaboración propia

De la situación anterior podemos observar que existen criterios generales para el desarrollo de la sesión preparatoria o previa, tales como la información, la explicación para el adecuado desarrollo del encuentro, así como los valores, principios y reglas. En el mejor de los casos, se considera la intervención emocional respecto a lo ocurrido y sus consecuencias. Esto nos lleva a realizar una crítica contundente a los tres planteamientos anteriores, por desatender los aspectos constitutivos a la adolescencia, los móviles de la ofensa y por dejar la etapa preparatoria o previa como un aspecto secundario a la sesión conjunta.

En contraposición, la sesión privada o previa a la conjunta es el lugar propicio para desplegar la primera intervención restaurativa y, así, acompañar

directamente a las partes y atender sus necesidades particulares. La sesión privada es el momento conveniente para intervenir en la agresividad del adolescente, promover la tendencia actualizante, la empatía y, por lo tanto, la responsabilidad activa. Esto, mediante un ambiente de relación propicio para la verbalización auténtica, a través del enfoque centrado en la persona y sus tres pilares restaurativos: la aceptación incondicional positiva, la congruencia y la empatía.

IV. EL ENFOQUE CENTRADO EN LA PERSONA

A. ELEMENTOS DEL ENFOQUE CENTRADO EN LA PERSONA

El enfoque centrado en la persona tiene una filosofía en la que el eje central es la persona y el respeto al proceso personal. Se apoya fundamentalmente en el principio natural de que todo ser vivo presenta una tendencia al crecimiento, a la salud y la adaptación. Lo anterior es denominado como tendencia actualizante, entendida como el máximo despliegue hacia su desarrollo holístico, en lo físico, psicológico, social y espiritual.

De igual manera, el método de intervención busca liberar a la persona de los elementos que obstaculizan su desarrollo normal. Hace énfasis en los elementos emocionales e intelectuales por igual. Da especial importancia a la comprensión de la situación inmediata y a cómo la vive la persona.

En este tipo de intervención, se enfatiza la importancia de ver a la persona en la búsqueda de ayuda ante problemas o dificultades de su vida, a diferencia de verla como un sujeto, afectado por síntomas o patologías. Deja fuera las etiquetas y categorías diagnósticas.

Carl Rogers (2017) da especial importancia a la relación como medio para el cambio. La relación se integra en un encuentro persona a persona, donde la experiencia del momento y la reflexión conforman una realidad configurada. Por lo tanto, el encuentro no va dirigido a un problema o meta, sino hacia la persona, donde se respeta su paso y ritmo.

El proceso consiste en invitar a la persona a expresarse libremente, desde una actitud no directiva, empleando recursos verbales como reflejo de emociones, silencios y confrontaciones empáticas. Lo anterior, basado en Rogers (2017), en la aceptación incondicional positiva, la congruencia y la empatía.

La aceptación positiva incondicional va encaminada a escuchar lo que la persona dice desde sus criterios, ideologías y conocimientos personales.

Es aceptar a la persona desde lo que vive, siente e interpreta. Es importante que el facilitador reduzca al mínimo todas las teorías, juicios, hipótesis e intereses. Es necesario aceptar todo lo que la persona dice, ya que esta es la fuente primaria de conocimiento y análisis.

La aceptación positiva incondicional es fundamental para el inicio de la relación, pues es con esta que se manifiesta respeto, confianza, credibilidad y honestidad en la persona. La aceptación se transmite mediante el lenguaje verbal y no verbal: el primero, mediante las palabras, los tonos de voz y los silencios; y el segundo, con los gestos o expresiones faciales y movimientos corporales. Estos últimos deberán ser mínimos para evitar estados de simpatía, apego y cariño.

La empatía es la comprensión de las relaciones internas y profundas de la persona, sin dejar de ser uno mismo. La comprensión se realiza mediante la verbalización, donde se genera un ambiente propicio para que la intimidad personal haga su aparición. La empatía es un modo de entender desde adentro la novedad, respetando la originalidad e indivisibilidad de la persona; es respetar la totalidad vivida y sus resultados. En otras palabras, la empatía involucra el conocimiento del otro. Es la capacidad de comprender los deseos, sentimientos, pensamientos y actitudes del otro.

La congruencia involucra conocimiento personal. Implica que la persona pueda expresar libremente sus deseos, sentimientos, pensamiento y actitudes. La congruencia es poner en práctica la aceptación positiva incondicional y empatía en el propio sujeto de la acción.

Es así que, desde esta visión de persona y método de intervención, se pretende crear un espacio propicio para la verbalización, donde la persona adolescente ponga en palabras aquellos sentimientos y pensamientos generados desde su pasado ambivalente con las figuras parentales, el presente con residuo egocéntrico y el futuro mortal. Se considera que la agresividad es la constante y constituyente en su desarrollo, la cual se puso en el acto delictivo por un proceso transfigurado.

B. EL ENFOQUE CENTRADO EN LA PERSONA CON ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY

En correspondencia con lo anteriormente descrito, es importante manifestar tres momentos para la intervención restaurativa respecto a la agresividad de los adolescentes en conflicto con la ley, tomando en consideración el enfoque centrado en la persona.

Primero: El facilitador deberá ejercitar para sí mismo los tres pilares del enfoque centrado en la persona, donde será fundamental que manifieste una aceptación incondicional positiva acerca de los deseos agresivos que operan de manera silenciosa en su ser, y se viva congruente al sentir, pensar y expresar esas pasiones. De igual manera, es necesario que se reconozca como un ser auténtico o empático respecto de los deseos, necesidades y pensamientos que operan en su interior.

Segundo: El facilitador del proceso deberá generar un ambiente propicio para la verbalización, lo cual implica invitar a la persona adolescente mediante la aceptación incondicional positiva, la congruencia o autenticidad y la comprensión empática a que ponga en juego la inevitable angustia de su existencia derivada del goce perdido; a través de esta, podrá llegar a la interpretación reflexiva de su agresividad manifiesta en el acto delictivo.

No se trata de generar dirección o inducción al adolescente, sino propiciar un ambiente para la liberación de todo su potencial reparador, donde Klein (2016) reconoce una capacidad en la niñez de identificarse con el objeto dañado. Es decir, se pretende favorecer una captura referida desde el sentido, donde el adolescente pueda manifestar su intención auténtica en el acto delictivo desde la elaboración psíquica del goce perdido, de la imagen de omnipotencia, del futuro mortal y el duelo de las figuras parentales odiadas y amadas.

Lo anterior debe hacerse lejos de una comunicación simpática racionalizada, la cual implica responder a la petición del sujeto encubridor. En contraposición, será empática, dando la oportunidad de que el adolescente experimente la inevitable angustia de su existencia y como esta pasó de la metáfora a lo real en el acto delictivo.

Tercero: Así, el adolescente puede aceptarse positivamente incondicional y ser congruente y empático respecto de los deseos innatos agresivos que operan en su interior; por lo tanto, podrá ejercer los tres pilares con el otro denominado víctima, a quien ha propinado la ofensa.

Mediante el ejercicio dialéctico entre el facilitador y el adolescente, este último llegará a sentir las bases para integrar un rostro: “nosotros llamamos rostro al modo en el cual se presenta el otro, que supera la idea del otro en mí” (Levinas, 1987: 208); situación que no existía previo al acto delictivo. Es así que el otro, al que se le ha denominado *víctima*, es fundamental como reflejo para la restauración del adolescente, ya que el adolescente en la subjetividad del goce perdido es ese otro.

Tabla 2.

Cuatro momentos de la intervención restaurativa con adolescentes, en sesión previa al círculo, desde el enfoque centrado en la persona.

	Primer momento	Segundo momento	Tercer momento	Cuarto momento
	El facilitador consigo mismo	El facilitador con el adolescente	El adolescente consigo mismo	El adolescente con la víctima
Descripción	Manifiesta una aceptación incondicional positiva, congruencia y empatía acerca de los deseos agresivos que operan de manera silenciosa en su ser.	El facilitador genera un ambiente propicio para la verbalización, donde el adolescente ponga en juego la inevitable angustia de su existencia derivada del goce perdido.	El adolescente se acepta positivamente incondicional, es congruente y empático respecto de los deseos innatos agresivos que operan en su interior.	El adolescente es responsable y empático con la víctima.
Resultado	El facilitador está abierto a la experiencia del momento, sin juicio previo.	Se libera el potencial reparador en el adolescente.	Se propicia en el adolescente la capacidad de identificarse con el objeto dañado.	Se genera un rostro para la víctima, situación que no existía antes del acto delictivo.

Fuente: elaboración propia

De lo anterior, esquemizamos el ejercicio dialéctico apoyados en los tres pilares del enfoque centrado en la persona, donde implica en un primer momento al facilitador; a este con el adolescente, al adolescente consigo mismo y posteriormente con la víctima. Por lo tanto, la aceptación incondicional positiva, congruencia o autenticidad y empatía se ejercen de manera personal en lo particular del adolescente para dar paso al ejercicio dialéctico con la víctima. Es mediante este ejercicio que podemos lograr una responsabilidad activa, empática y sentar las bases para la restauración y prevención futura del delito.

V. CONCLUSIONES

I. La adolescencia es una etapa del desarrollo. Para el ámbito judicial es importante considerar los aspectos jurídicos y psicológicos por igual, por ser líneas que corren a la par, dando sentido a potencializar el desarrollo holístico del adolescente en conflicto con la ley.

El factor jurídico establece las directrices de un marco legal de amplia protección para el adolescente en el ámbito judicial. Mientras el aspecto psicológico-psicoanalítico considera a la adolescencia una etapa de ajuste en el desarrollo, donde dicha etapa es una conjetura entre los recuerdos infantiles, los deseos del momento y el futuro mortal; todo matizado de agresividad.

En esta dialéctica, la agresividad es entendida como un impulso innato que juega un papel importante para el desarrollo o estancamiento del adolescente; además, dicha agresividad es proyectada en cualquier acto y especialmente en el delictivo.

La agresividad en el ámbito jurídico y judicial presenta especial importancia en la manifestación del acto y sus consecuencias, dejando fuera la ideación, deliberación y decisión. Es así que se pudo constatar que en el ámbito judicial se da especial importancia a los principios de acción, razón e intención del adolescente al momento de ejecutar el acto delictivo.

Pero el psicoanálisis permitió considerar al sujeto como constitutivo de deseos mortales, los cuales se manifiestan en los actos de agresividad desde antes de nacer y hasta el último momento de la vida. Lejos de la interpretación moral, se considera que la agresividad realiza una dialéctica con la vida, la cual promueve el desarrollo del sujeto y de la comunidad. Por lo tanto, es importante intervenir prioritariamente en la agresividad del adolescente y después en la del acto delictivo.

II. Al analizar la estructura y el desarrollo de la sesión previa o preparatoria al círculo en los procesos restaurativos, encontramos que el círculo es una forma de relación grupal, de intervención colectiva en las consecuencias derivadas de un acto delictivo. Además, es el modelo restaurativo adecuado para la intervención con adolescentes, porque atiende situaciones donde están implicados jóvenes e involucra a su familia.

El círculo, en su estructura de ejecución, cuenta con una etapa denominada *sesión preparatoria o previa a la conjunta*. A través de la investigación y el análisis de diversos manuales para el desarrollo y la implementación de círculos, se constató que la sesión previa se encuentra estructurada para

ofrecer información a los participantes respecto al desarrollo futuro de la sesión; esto, mediante entrevistas directivas o estructuradas previamente. De igual manera, el facilitador busca obtener información de los participantes respecto a lo que imaginan o esperan que resulte al momento del encuentro en el círculo. En el mejor de los casos, hace una intervención en las emociones consideradas como hostiles, las cuales pudieran crear inestabilidad al momento de implementar la sesión conjunta en el círculo. Después de esto, se busca que el adolescente acepte su responsabilidad y genere empatía con la víctima.

Lo anterior propicia diálogos matizados de emociones racionalizadas, lo cual logra enclaustrar el verdadero motivo pulsional de la ofensa; por lo tanto, el proceso empático se transforma en una estrategia encubridora, dando como resultado procesos parcialmente restaurativos.

En este sentido, se fortalece la importancia de aplicar a los adolescentes, en la sesión previa, el enfoque centrado en la persona, que está basado en la aceptación incondicional positiva, congruencia y empatía. La sesión previa permite el encuentro individual y privado, siendo el momento propicio para desplegar la primera restauración y atender las necesidades agresivas de los adolescentes, lo cual es fundamental para promover su desarrollo y generar responsabilidad y empatía.

III. El enfoque centrado en la persona presenta tres pilares fundamentales para la intervención restaurativa: la aceptación incondicional positiva, la congruencia y la empatía, desde el enfoque humanista. Estos factores deberán ser aplicados de manera prioritaria en tres momentos al abordar la agresividad en sesión previa al círculo: primero, su influencia en el facilitador; segundo, en el adolescente, y tercero, en el otro denominado víctima.

Es así que se concluyó como necesario e indispensable un proceso dialéctico entre el facilitador y el adolescente. En un primer momento, el facilitador requiere para sí aceptación incondicional positiva, congruencia y empatía. Paso seguido, implementar los tres pilares al momento de intervenir con el adolescente, considerado previamente como víctima de las circunstancias, para que este lo haga consigo mismo y, posteriormente, con la víctima de sus actos.

Por lo tanto, la aceptación incondicional positiva, la congruencia o autenticidad y la empatía se ejercen de manera personal en lo particular del adolescente, para dar paso al ejercicio dialéctico con la víctima. Es mediante este ejercicio que podemos lograr una responsabilidad activa y empática y sentar las bases para la restauración y, como consecuencia, para la prevención del delito.

VI. FUENTES DE CONSULTA

- Campbell, J. (2006). *El héroe de mil caras, psicoanálisis del mito*. México: Fondo de cultura económica.
- Klein, M. (2016). *Amor culpa y reparación; y otros trabajos (1921-1945)*. España: Paidós.
- Levinas, E. (1987). *Totalidad e infinito*. España: Ediciones sígueme.
- Orozco, M. (2000). *Adolescencia tiempo de conjetura*. México: Cuadernos del IMCED.
- Perles, F. (2002). *Psicología jurídica*. España: Aljibe.
- Rogers, C. (2017). *El proceso de convertirse en persona*. México: Paidós.

MESOGRAFÍA

- Córdova, A. (2014). *Reparación y su relación con el cambio psíquico en la obra de Melanie Klein*. Universidad de Chile. Recuperado de <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/135633/Andrea%20cordova%20V..pdf;sequence=1>
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía, INEGI (2017). *Anuario estadístico y geográfico de Michoacán de Ocampo 2017*. INEGI. Recuperado de https://www.datatur.sectur.gob.mx/itxef_docs/mich_anuario_pdf.pdf
- De la Rosa, C. y Cabello, P. (2006). “El desarme emocional en círculo de paz”. En Gorjón Gómez, G. J. (Comp.). *Tratado de justicia restaurativa (57-76)*. México: Tirant Lo Blanch. Recuperado de http://rcnl.ukko.mx/documents/files/000/000/220/original/Libro_8855_%288%29.pdf?1503633069
- Domingo, V. (2004). *La restauración en un sentido literal no es objetivo de la justicia restaurativa*. España: Criminología y Justicia Recuperado de <https://cj-worldnews.com/spain/index.php/es/derecho-31/la-otra-justicia/item/2701-la-restauracion-en-un-sentido-literal-no-es-objetivo-de-la-justicia-restaurativa>
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía, INEGI (2019). Estadística a propósito del día del niño (30 de abril). Recuperado de https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2019/nino2019_Nal.pdf
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía, INEGI (2018). Encuesta Nacional de Adolescentes en el Sistema de Justicia Penal 2017.

Recuperado de http://internet.contenidos.inegi.org.mx/contenidos/Productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva_estruc/702825104306.pdf

Merino, C. y Romera, C. (1998). “Conferencias de grupos familiares y sentencias circulares: Dos formas ancestrales de resolución de conflictos dentro del paradigma restaurativo”. *Eguzkilore*, (12), pp. 285-303. Recuperado de <https://www.ehu.es/documents/1736829/3342827/Eguzkilore+122+Merino+Romera.pdf>

Pranis, K. (s. f.). *Manual para facilitadores de círculos*. Costa Rica: CONAMAJ. Recuperado de <https://www.conamaj.go.cr/images/libros/pdf/011.pdf>

Rodríguez, E. (2016). “La justicia restaurativa en el marco de los procesos restaurativos: encuentros víctima-ofensor”. En Gorjón Gómez, G. J. (Comp.). *Tratado de justicia restaurativa* (124-139). México: Tirant Lo Blanch. Recuperado de http://rcnl.ukko.mx/documents/files/000/000/220/original/Libro_8855_%288%29.pdf?1503633069

Zehr, H. (2010). *El pequeño libro de la justicia restaurativa*. EUA: Good Books. Recuperado de https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/el_pequeno_libro_de_la_justicia_restaurativa.pdf

LEGISGRAFÍA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917). Cámara de Diputados. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_090819.pdf

Convención sobre los Derechos del Niño (1989). UNICEF. Recuperado de https://unicef.org.mx/?utm_source=search&utm_campaign=GoogleGrant&utm_medium=google&utm_content=caramelo&utm_term=acquisition&gclid=CjwKCAjw3c_tBRA4EiwAICs8Ck0SmBHg-QVK6S0wfNgNfiW2h6q_rJQCa5P3LLzPx_FCNCjswDLy83xoC9Y-0QA_vD_BwE

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (2014). Cámara de Diputados. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA_171019.pdf

Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes (2016). Cámara de Diputados. Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNSIIPA.pdf>

CIRCUNSTANCIAS
EN LA PROCURACIÓN E
IMPARTICIÓN
DE JUSTICIA

ADOLESCENTES INDÍGENAS EN EL SISTEMA PENAL JUVENIL EN MÉXICO

○ Guadalupe Irene Juárez Ortiz*

* Antropóloga social, especialista en antropología del derecho. Investigadora invitada en el INACIPE, integrante del Sistema Nacional de Investigadores (CONACYT), profesora en la Escuela Nacional de Antropología e Historia (ENAH), coordinadora del Foro Latinoamericano de Antropología del Derecho sección México (FLAD/México) lirenejo@hotmail.com

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

○ **Justicia para adolescentes**

Justice for adolescents

○ **Adolescentes indígenas**

Indigenous adolescents

○ **Antropología del derecho**

Anthropology of law

○ **Reforma judicial**

Judicial reform

○ **Juventudes étnicas**

Ethnic youth

Resumen. En el presente texto, se busca reflexionar en torno a la situación que guardan las personas adolescentes integrantes de un pueblo indígena en el sistema de justicia penal mexicano. El tema es relevante a la luz del reconocimiento que la Constitución Federal hace acerca de la composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, así como de la obligatoriedad de que la justicia penal juvenil sea especializada. El argumento central del artículo radica en que los estudios de medición poblacional oficiales y una justicia realmente especializada y garantista dirigida a los/las adolescentes de nuestro país deben considerar el origen heterogéneo de sus juventudes étnicas, así como desarrollar una sensibilización que permita a estas personas el acceso efectivo a la justicia.

Abstract. In this text, we seek to reflect on the situation of adolescent members of an indigenous people in the Mexican criminal justice system. The issue is relevant in light of the Federal Constitution's recognition of the nation's multicultural composition originally supported by its indigenous peoples, as well as the obligation for juvenile criminal justice to be specialized. The central argument of the article is that official population measurement studies and a truly specialized and guaranteeing justice aimed at adolescents in our country should consider the heterogeneous origin of their ethnic youth, as well as develop an awareness that allows these people effective access to justice.

Fecha de recepción: 15 de diciembre de 2021

Fecha de aceptación: 25 de enero de 2021

SUMARIO:

I. Introducción. II. Adolescentes indígenas procesados en el sistema penal juvenil mexicano. III. Juventudes (adolescencias) étnicas contemporáneas y el acceso a la justicia. IV. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

Los paralelismos históricos y jurídicos existentes en la relación que el Estado mexicano ha establecido frente a los adolescentes y los indígenas a través del sistema judicial y el aparato administrativo, en tanto sectores de la población que durante muchas décadas fueron olvidados en esquemas de tutela por el Estado y sobre los cuales se han cernido grandes reformas legales que muchas veces quedan en el papel, han quedado asentados en otro texto (Juárez y Ortiz, 2017). En esa ocasión, argumentamos la necesidad de comprender la manera como los conceptos de *sujeto de derecho* y *debido proceso* para estas poblaciones deben ser construidos desde una perspectiva sociocultural, que además incluya la noción de adecuación cultural, como herramientas que permitan hacer efectivo el acceso a la justicia para estos sectores de la población cuando se ven enfrentados a la jurisdicción del Estado.

En el presente texto, se busca reflexionar en torno a la situación que guardan las personas adolescentes de origen indígena en el sistema de justicia penal mexicano. El tema es relevante a la luz del reconocimiento que el artículo 2º de la Constitución Federal hace acerca de la composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, así como de la obligatoriedad de que la justicia penal juvenil sea especializada (arts. 23, 41, 63 y 64). El argumento central del artículo radica en que los estudios de medición poblacional oficiales y una justicia realmente especializada y garantista dirigida a los/las adolescentes de nuestro país, deben considerar el origen heterogéneo de sus juventudes étnicas, así como desarrollar una sensibilización que permita a estas personas el acceso efectivo a la justicia.

II. ADOLESCENTES INDÍGENAS PROCESADOS EN EL SISTEMA PENAL JUVENIL MEXICANO

De acuerdo con la Encuesta Nacional de Adolescentes en el Sistema de Justicia Penal (ENASJUP), en el 2017¹ hubo 6 891 personas adolescentes procesadas por infringir la ley penal en nuestro país. Como parte de la metodología de dicho estudio se realizaron una serie de cuestionarios a adolescentes que se encontraban dentro de los 53 centros de internamiento existentes en los 32 estados del país (ENASJUP, 2017).

En lo que respecta a la población de adolescentes indígenas en el sistema penal, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) identificó a 142 personas; para ello usó como criterio el habla de una lengua indígena. Al respecto, la instancia señaló que dichas lenguas “son reconocidas por su origen histórico y tienen la misma validez que la lengua hispana, con base en la Constitución mexicana vigente y los tratados internacionales” (ENASJUP, 2017: 49). Al usar este criterio, el objetivo fue identificar tres aspectos: las personas adolescentes dentro del sistema penal que hablaban una lengua distinta al español y conocer de qué lenguas indígenas se trataba y la manera como fue aprendida (hogar de origen, en la escuela o localidad donde vivió).²

Sin embargo, consideramos de suma relevancia complejizar lo anterior puesto que hace ya tiempo que el uso de dicho elemento como único criterio ha sido cuestionado por las limitantes que presenta. En este sentido, actualmente se utilizan otros indicadores, como la autoadscripción y la pertenencia a un hogar donde alguno de sus integrantes habla una lengua indígena.

En cuanto al primero de estos, de acuerdo con el Consejo Nacional Para Prevenir la Discriminación (CONAPRED, 2015), el uso del propio reconocimiento del sujeto como integrante de una comunidad indígena (autoadscripción) encuentra su sustento en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuanto establece que: “La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quienes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas” (art. 2).

Lo que más llama la atención en todo caso es que, de acuerdo con el CONAPRED (2015), desde el 2015 el INEGI reconoció la autoadscripción

¹ Dicha encuesta es el estudio más reciente a nivel nacional en materia de justicia para adolescentes actualmente.

² Cabe destacar además que en los resultados de la ENASJUP el INEGI no publicó información respecto a los tipos de lenguas indígenas que las personas adolescentes hablaban, y tampoco sobre la manera en que las aprendieron.

indígena como el “Autorreconocimiento como persona indígena con base en su propia cultura, tradiciones e historia”; sin embargo, tal parece que el uso de tal criterio es considerado relevante únicamente para conocer la dinámica de los hogares mexicanos y no así la situación de la población adolescente indígena que enfrenta un proceso penal.

Un segundo criterio que se pudo haber utilizado fue preguntarles a las/ los adolescentes encuestados si pertenecían a un hogar donde alguno de sus integrantes hablara una lengua indígena. Al respecto, la CONAPRED señala, con base en lo planteado por la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI),³ que el hogar es la institución más importante de socialización, transmisión cultural y conformación de la identidad; por tanto, considerar este aspecto como indicador de pertenencia a un grupo étnico permite no invisibilizar una realidad social presente en una parte de los hogares mexicanos, como es el hecho de que aunque una parte de sus integrantes ya no hable una lengua indígena sí conviven con algunos otros que reproducen elementos culturales étnicos (CONAPRED, 2015).

En relación directa con lo anterior, es importante destacar que el uso del criterio lingüístico como único indicador de la pertenencia a la población indígena niega la existencia de una historia de discriminación como política de Estado, que en muchos casos ha impedido conservar las lenguas originarias. Esto, considerando que muchos pueblos y comunidades indígenas han perdido su lengua debido a las políticas lingüísticas dirigidas a este sector de la población en las cuales la castellanización fue prioridad, generando con esto la pérdida de gran parte de la diversidad lingüística del país:

(...) cada momento emblemático de nuestra historia ha reproducido en su propia realidad económica, social y educativa las inconsistencias de una política lingüística que sin consolidarse se impone sobre los indígenas, terminando por debilitar –algunas al extremo– sus lenguas y sus lealtades étnicas. (Barriga Villanueva, 2018: 238)

Consideramos, pues, que la estrategia de prohibir el uso de las lenguas indígenas como política del Estado mexicano durante buena parte de nuestra historia debe ser tomada en cuenta en cualquier estudio o implementación de programas sociales en nuestro país para no invisibilizar esta compleja realidad.

Como parte de este escenario se requiere incluir en el análisis a los *pueblos y barrios originarios*, así como a las *comunidades indígenas residentes* de la Ciudad de México, las cuales son reconocidas por la Constitución de la Ciudad de

³ Actualmente denominado Instituto Nacional de Pueblos Indígenas (INPI).

México como titulares de derechos. En este punto, es importante considerar lo siguiente:

- a. Los pueblos y barrios originarios son aquellos que descienden de poblaciones asentadas en el territorio actual de la Ciudad de México desde antes de la colonización y del establecimiento de las fronteras actuales y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, sistemas normativos propios, tradición histórica, territorialidad y cosmovisión, o parte de ellas; y
- b. Las comunidades indígenas residentes son una unidad social, económica y cultural de personas que forman parte de pueblos indígenas de otras regiones del país, que se han asentado en la Ciudad de México y que en forma comunitaria reproducen total o parcialmente sus instituciones y tradiciones. (CPCDMX, art. 58)

Para los fines de nuestro artículo, de lo anterior debemos destacar que en ambas definiciones se habla de la permanencia o reproducción de las instituciones, tradiciones y sistemas comunitarios o *de algunas de ellas* para acreditarlos, mientras que el criterio lingüístico no fue considerado.

Cabe destacar que la autoadscripción es considerada por la misma Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (LNSIJPA, 2016), la cual plantea que cuando una persona adolescente señale ser indígena “se tendrá como cierta su sola manifestación” (art. 41).

Por tanto, es posible plantear la existencia de un subregistro en el único estudio oficial publicado a nivel nacional sobre personas adolescentes dentro del sistema penal juvenil del país (ENASJUP), en lo que se refiere particularmente a aquellas que pertenecen a un grupo indígena. Esta cuestión es relevante porque, al ser producto del INEGI, dicho estudio constituye no solo una herramienta para la toma de decisiones en materia penal, sino una radiografía de la poca importancia que a nivel general tienen el respeto y la protección a la diversidad cultural por parte de los representantes del Estado.

Otro estudio que permite sostener este argumento son las consideraciones planteadas en el *Informe especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre los centros de tratamiento interno para adolescentes que infringen la ley penal de la república mexicana*, realizado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos en 2019, ya que si bien señala como un elemento prioritario la situación de vulnerabilidad que las personas adolescentes privadas de

la libertad tienen, por su condición de internamiento y las características de la etapa de desarrollo en que se encuentran, lo cierto es que no hace mención alguna sobre población indígena en internamiento, invisibilizando la triple condición de vulnerabilidad que este sector enfrenta al quedar en internamiento durante su adolescencia y alejados de su comunidad cultural de origen.

Ahora bien, en cuanto a este tema, otros estudios realizados en algunos estados del país muestran la relevancia que tiene el profundizar en el conocimiento de las condiciones en que enfrentan el proceso penal los y las adolescentes que provienen de un pueblo o comunidad indígena. Tal es el caso del estudio realizado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) y el Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS) en 2017, en el cual Elena Azaola entrevistó a adolescentes pertenecientes a distintos grupos étnicos. Los resultados de este estudio muestran que, si bien la mayoría de los/las adolescentes indígenas en internamiento en ese momento hablaban español, su comprensión del mismo, así como su capacidad de expresarse en este idioma presentaba variaciones importantes.

Muchos de ellos señalaron, que cuando fueron detenidos, hablaban y comprendían muy poco español, a pesar de lo cual sólo en unos cuantos casos contaron con traductores durante su juicio. Varios de ellos señalaron que no comprendían las explicaciones que los jueces les dieron durante las audiencias y que, sólo tiempo después de estar en el centro de internamiento, fueron poco a poco entendiendo el significado de los términos jurídicos que emplearon para juzgarlos y las razones por las que los privaron de su libertad. (CNDH y CIESAS, 2017: 50)

Lo anterior resulta grave si consideramos además que la LNSIIPA señala como principio la *no discriminación* y como su obligación actuar para lograr la *igualdad sustantiva* de las personas adolescentes que son llevadas ante el sistema penal:

Los derechos y garantías reconocidos en esta Ley se aplicarán a quienes se les atribuya o compruebe la realización de uno o varios hechos señalados como delitos por las leyes penales federales y locales mientras eran adolescentes, sin que se admita discriminación motivada *por origen étnico* o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condición de salud, religión, opinión, preferencia sexual, identidad de género, estado civil o cualquier otra, ya sea de la persona adolescente o de quienes ejercen sobre ellas la patria potestad o tutela, que atenten contra su dignidad humana.

Se entiende por igualdad sustantiva el acceso al mismo trato y oportunidades para el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Las autoridades del sistema velarán porque todas las personas adolescentes sean atendidas *teniendo en cuenta sus características, condiciones específicas y necesidades especiales* a fin de garantizar el ejercicio de sus derechos sobre la base de la igualdad sustantiva.

Durante el procedimiento, determinación de la medida o sanción y ejecución de la que corresponda, se respetará a la persona adolescente en sus creencias, su religión y *sus pautas culturales y éticas*. (LNSIIPA, 2016: art.16)⁴

En este sentido, el derecho a una defensa técnica especializada también se vulnera, pues como la misma LNSIIPA señala:

En caso de ser indígenas, extranjeros, tengan alguna discapacidad o no sepan leer ni escribir, la persona adolescente será asistido de oficio y en todos los actos procesales por un defensor que comprenda plenamente su idioma, lengua, dialecto y cultura; o bien, de ser necesario, su defensor será auxiliado por un traductor o intérprete asignado por la autoridad correspondiente o designado por la propia persona adolescente. (LNSIIPA, 2016: art. 41)

A partir de los hallazgos del estudio de la CNDH y CIESAS (2017), resulta evidente que las personas adolescentes que fueron entrevistadas no experimentaron sus procesos judiciales desde una condición de igualdad sustantiva puesto que, en la práctica, no se les reconoció su *origen étnico y no se tuvieron en cuenta sus características, condiciones específicas y necesidades especiales*, entre las cuales, sin duda, *contar con un defensor que comprendiera plenamente su idioma, lengua, dialecto y cultura* debió ser una prioridad; o bien, al menos debieron contar con la asistencia de un traductor o intérprete para realmente poder comprender de qué se les estaba acusando, qué pruebas tenían en su contra y presentar alguna prueba o argumento a su favor.

Sobre la importancia de las concientización y capacitación acerca de los factores de discriminación en el ámbito de la justicia penal para adolescentes indígenas, en 2019 por medio del Comité de los Derechos del Niño, las Naciones Unidas, en su Observación General número 24 “Relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil” señaló lo siguiente:

En aras de la calidad de la administración de la justicia juvenil, es esencial que todos los profesionales involucrados reciban una formación multidisciplinaria adecuada sobre el contenido y el significado de la Convención. Dicha capacitación debe ser sistemática y permanente, y no debe limitarse a informar sobre las disposiciones legales nacionales e internacionales aplicables en la materia. Debe incluir *información, tanto novedosa como ya*

⁴ El resaltado con cursivas es nuestro.

establecida, procedente de diversos ámbitos sobre, entre otras cosas [...] las disparidades que pueden constituir discriminación contra determinados grupos marginados, como los niños pertenecientes a minorías o a pueblos indígenas, la cultura y las tendencias del mundo de los jóvenes, la dinámica de las actividades de grupo, y las medidas extrajudiciales y las sentencias no privativas de la libertad de que se dispone, en particular las medidas que evitan recurrir a procedimientos judiciales... (ONU, 2019: 20)

El hecho de que en la construcción de datos oficiales a nivel nacional se utilice el habla de una lengua indígena como único criterio para considerar a la población indígena resulta alejado de una perspectiva de derechos humanos, misma que, de acuerdo con la CONAPRED ha sido reconocida por la Constitución Federal, así como por instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), al señalar la autoadscripción étnica como criterio para el reconocimiento de la pertenencia a una comunidad indígena —independientemente de si habla o no la lengua— como parte fundamental del respeto a la identidad (CONAPRED, 2015).

Aunado a lo anterior, el hecho de que se deje a esta población sin un defensor especializado en justicia para adolescentes que comprenda la lengua y la cultura indígena de los/las jóvenes que enfrentan un proceso penal —o que al menos se les proporcione un traductor o intérprete como auxiliar— por el simple hecho de que entienden en algún grado el español, sin lugar a dudas vulnera su derecho a una escucha y una defensa efectiva, pues, como Azaola nos muestra, la evidencia es que en una gran parte de estos casos los/las adolescentes no comprendieron lo que pasó durante su proceso judicial (CNDH y CIESAS, 2017: 50).

En cuanto a las instituciones judiciales del Estado, Escalante (2015) señala que es preciso reconocer no solo que el *racismo* existe en estas instancias, sino profundizar en ello para diferenciarlo del *racialismo*, como aspectos que necesariamente obstaculizan el acceso a una verdadera justicia por parte de la población indígena.

En este sentido, siguiendo a Todorov (2003), resulta crucial hacer la distinción entre la visibilidad de las prácticas y actitudes cotidianas, que llama racismo (a cargo de sujetos de carne y hueso), de las doctrinas, ideologías y valores que postulan la superioridad racial, llamada racialismo. Éstas son las que continúan enquistadas en las representaciones colectivas adoptadas, adaptadas y en ocasiones promovidas por instituciones políticas, educativas, mediáticas y jurídicas que se consolidan al interior del Estado nacional moderno.

Del racismo, que proviene del etnocentrismo y las fobias explícitas, tal vez no podremos desentendernos nunca, pues como escandalosamente lo dijo Claude Levi-Strauss ante un foro de la ONU, posiblemente forma parte de la naturaleza humana. Pero del racialismo, que

se reproduce y anida en los espacios e instituciones públicos, sí que podemos detectarlo y socavarlo, ya que es una política deliberada y sistematizada, propia de la modernidad, basada en un modelo de nación monocultural y desplegado para dominar, subordinar, exterminar o aculturar a los pueblos. (Escalante, 2015: 204)

Como ha sido enfatizado, la esencialización de la diversidad étnica que se hace en las mediciones oficiales al considerar únicamente el criterio lingüístico para determinar la pertenencia a una comunidad indígena, así como la ausencia de mecanismos eficientes que permitan que las/los adolescentes con estas condiciones cuenten con traductores o intérpretes, puede ser visto como una muestra más de la presencia del racismo y el racismo judicial que existe en nuestro país, y del cual Escalante (2015) ha dado cuenta en el sistema penal de adultos durante muchos años.

El tema es grave. Si las personas adolescentes mestizas enfrentan serias dificultades para comprender la dinámica de sus procesos penales por el uso de tecnicismos jurídicos (Juárez, 2017; 2019), sin duda aquellas que provienen de comunidades o grupos étnicos enfrentan mayores dificultades al respecto, por tanto, este es un aspecto clave que los representantes del Estado deben considerar para un acceso efectivo a la justicia por parte de este sector de la población. No basta con asumir que son mestizos y que pueden enfrentar un proceso penal en igualdad por el solo hecho de que tengan un entendimiento —básico— del español.

De ahí entonces la importancia de que se consideren al menos los dos otros criterios (autoadscripción y la pertenencia a un hogar donde alguno de sus integrantes hable una lengua indígena) como indicadores y que en todos estos casos se les asigne un defensor proveniente de su comunidad o al menos un traductor o intérprete. Sin embargo, el mayor reto es que una justicia juvenil realmente especializada considere la diversidad étnica, esto es, las particularidades que los sujetos procesados tienen como jóvenes y como jóvenes pertenecientes a un pueblo indígena.

III. JUVENTUDES (ADOLESCENCIAS) ÉTNICAS CONTEMPORÁNEAS Y EL ACCESO A LA JUSTICIA

En relación con todo lo anteriormente expuesto, también resulta relevante señalar la importancia de que los operadores del sistema reciban capacitación respecto a las realidades que enfrentan las juventudes (adolescencias) étnicas en nuestro país actualmente. En este sentido, los expertos en estudios sobre esta etapa de vida desde el enfoque sociocultural hace tiempo

que han planteado que no es posible hablar de juventud en términos singulares, puesto que no existe una única forma de ser joven (Urteaga, 2019; Urteaga y García, 2015). García (2020) plantea, por ejemplo, la necesidad de considerar “las múltiples experiencias migratorias relacionadas con la etnia, el territorio de origen, el género, la edad, el nivel educativo, el grupo familiar y las posibilidades de empleo” (García, 2020: 119). En este sentido, cabe destacar lo siguiente:

El enfoque sociocultural o de juventud, que toma a los jóvenes como actores y agentes activos en la creación e intervención de la realidad, rechaza posicionamientos teóricos y metodológicos que unidimensionalizan a los jóvenes. Se asume una heterogeneidad productiva en la juventud, por lo que se prefiere hablar de juventudes, pluralizando la experiencia social de estos sujetos, tomando en cuenta las categorías centrales de las relaciones sociales: raza, género, clase y edad. A través de la observación sobre cómo se cruzan estas categorías, es posible identificar dinámicas de juventudes según particularidades. (Moreno y Urteaga, 2019: 13)

Ahora bien, en este campo de conocimiento también se ha debatido el uso de la categoría adolescencia, pues “supone un imaginario social que convierte a los jóvenes en sujetos pasivos” (Moreno y Urteaga, 2019: 13), y sostienen:

No rechazamos tajantemente el término adolescente, sino que pretendemos ampliar el espectro de observación a través de una operación de enfocar la mirada hacia los jóvenes según se les observa jurídicamente como jóvenes menores de edad, para diferenciarlos de la infancia y los jóvenes con derechos plenos de ciudadanía. (Moreno y Urteaga, 2019: 15)

Sin embargo, como Moreno y Urteaga también señalan, Azaola (2019), al retomar los hallazgos de Save the Children (2016), ya destacaba la importancia de usar el término para mantener la especificidad de las personas comprendidas entre los 12 y los 18 años y que estas no queden a su vez invisibilizadas o excluidas en los estudios enfocados en otros rangos de edad. Esto es, aunque consideran controvertido el uso del concepto *adolescentes*, concuerdan en la necesidad de emplearlo siempre y cuando tal concepto sea problematizado y no usado como si tuviera un único significado o expresión a nivel general entre las personas que integran el rango de edad.

Tal debate resulta pertinente para el análisis aquí propuesto en la medida en que es preciso destacar que las adolescencias étnicas están caracterizadas también por su heterogeneidad, desigualdad, resiliencia y movilidad en contextos regionales, nacionales e internacionales (García, 2020). De ahí entonces la necesidad de que los operadores del sistema penal juvenil

reciban capacitación en torno a estas, como una medida para que no caigan en posturas esencialistas que nada tienen que ver con la realidad social de nuestro país, tales como considerar que los/las adolescentes indígenas dejan de serlo por cuestiones como haber nacido o vivido muchos años en las ciudades, no hablar una lengua indígena o, incluso, no usar sus trajes típicos.

Por tanto, consideramos urgente que la especialización de estos operadores del sistema contemple al menos tres rubros: juventudes étnicas nacidas en regiones de origen étnico (territorios ancestrales, generalmente rurales, aunque en este punto habría que considerar casos como los pueblos y barrios originarios de la Ciudad de México); juventudes étnicas nacidas en ciudades y zonas metropolitanas (como el caso de las comunidades indígenas residentes de la Ciudad de México, por poner un ejemplo); y juventudes étnicas migrantes que se trasladan a centros turísticos, agroindustriales y zonas fronterizas (García, 2020; 2015; Urteaga y García, 2015).

Una vez dicho lo anterior, toca ahora considerar otro aspecto relevante que le adhiere mayor complejidad a este tema: el hecho de que muchas personas indígenas suelen omitir su origen étnico por la estigmatización y discriminación basadas en el racismo que históricamente han enfrentado los pueblos indígenas en nuestro país.

La posibilidad de que las/los adolescentes indígenas detenidos y procesados recurran a esta estrategia es alta; sin embargo, no nos queda duda de que una verdadera especialización en materia de justicia penal para adolescentes en nuestro país debe incluir la incorporación de la adecuación cultural y la perspectiva de juventud (Juárez y Ortiz, 2017), además de la de género (Juárez, s/f) necesaria para que los operadores del sistema puedan detectar estos casos y canalizar los esfuerzos requeridos para que se les aseguren, en efecto, todos los derechos que la Constitución, los tratados internacionales y la ley nacional en la materia les reconocen.

Sin lugar a dudas los avances en la justicia para adolescentes son innegables, como innegable es también que hace falta sumar esfuerzos para asegurar que los/las adolescentes de origen étnico que enfrentan un proceso penal en nuestro país puedan ver respetados sus derechos y se asegure que enfrenten al aparato judicial a partir de la igualdad sustantiva, pues, como sostiene Azaola, el detenerlos, procesarlos e internarlos lejos de sus contextos culturales acarrea desventajas para su reinserción social, pues todo esto representa para los/las adolescentes indígenas la pérdida de cultura, lengua, redes familiares, medio ambiente y vida comunitaria, lo que enfatiza el castigo (Azaola, 2016:50).

IV. FUENTES DE CONSULTA

- Azaola, E. (2019). “Adolescentes que cometen delitos violentos en México”. En Moreno, Hugo y Maritza Urteaga. *Juventud, trabajo y narcotráfico. Inserción laboral de los jóvenes en organizaciones delincuenciales*. México: Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, pp. 79- 106.
- Barriga, R. (2018). *De Babel a Pentecostés. Políticas lingüísticas y lenguas indígenas, entre historias, paradojas y testimonios*. México: Secretaría de Educación Pública, Coordinación General de Educación Intercultural y Bilingüe.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) (2019). “Informe especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre los centros de tratamiento interno para adolescentes que infringen la ley penal de la república mexicana”.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) y Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS) (2016). *Informe especial Adolescentes: Vulnerabilidad y violencia*. Ciudad de México.
- Escalante, Y. (2015). *El racismo judicial en México. Análisis de sentencias y representación de la diversidad*. México: Juan Pablo Editor.
- García, L. (2015). “Nosotros integramos la forma de ver el mundo de nuestra comunidad y de la ciudad. La juventud mixteca en el Área Metropolitana de Monterrey, Nuevo León”. *Cuicuilco. Revista de la Escuela Nacional de Antropología e Historia*, Nueva época, 22(62), enero-abril, pp. 241-264.
- García, L. (2020). “Las configuraciones étnicas juveniles contemporáneas del Área Metropolitana de Monterrey, Nuevo León”. En Cruz-Salazar, Tania, Maritza Urteaga y Martín de la Cruz (coord.), *Juventudes indígenas en México. Estudios y escenarios socioculturales*. México: Universidad de Ciencias y Artes de Chiapas/Colegio de la Frontera Sur, pp. 107-130.
- Juárez, I. (2017). “Algunos elementos implicados en la aparente incapacidad de los representantes del Estado para considerar plenamente a los adolescentes en sus procesos penales”. *Revista Boletín de Antropología Universidad de Antioquia*, 32 (53), pp. 56-75.
- Juárez, I. (2019). “La impronta del ethos inquisitorial en la defensa especializada en adolescentes en el modelo acusatorio”. *Revista Socio-Jurídica* 21(2), 51-72.
- Juárez, I. (s/f). *El género en la justicia penal para adolescentes. Una mirada desde el enfoque sociocultural del derecho*, INACIPE, en prensa.
- Juárez, I. y Ortiz Elizondo, H. (2017). “La perspectiva de juventud y de adecuación cultural como herramientas para el acceso efectivo a la justicia de las personas adolescentes e indígenas en el sistema penal acusatorio”.

Revista Abya Yala. Revista sobre acceso a la justicia y derechos en las Américas del Departamento de Estudios Latino-Americanos de la Universidad de Brasilia, (DEL-UnB/Brasil), CIESAS.

Moreno, H. y Urteaga, M. (2019). “Juventudes trabajadoras en organizaciones delincuenciales: oportunidad, reconocimiento y riesgo”. En Moreno, Hugo y Maritza Urteaga, *Juventud, trabajo y narcotráfico. Inserción laboral de los jóvenes en organizaciones delincuenciales*. México: Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, pp. 9-69.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2019). “Observación general núm. 24. Relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil”. Comité de los Derechos del Niño. <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/12/G1927560.pdf>

Save the Children (2016). *Las y los adolescentes que México ha olvidado*. <https://www.savethechildren.mx/sci-mx/files/d7/d797cdaa-914f-4068-8bfc-0ef299feb2c7.pdf>

Urteaga, M. y García, L. (2015). “Dossier: Juventudes étnicas contemporáneas en América Latina”, *Cuicuilco. Revista de la Escuela Nacional de Antropología e Historia*, Nueva época, 2262, enero-abril, pp. 7-36.

Urteaga, M. (2019). “Adolescencia y juventud: reposicionamientos teóricos”, *Investigaciones Sociales*, 22, (40), UNMSM-IIHS, Lima, Perú, pp. 59-79.

FUENTES JURÍDICAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 5 de febrero 1917.
Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, México, 16 de junio de 2016.

FUENTES SOBRE INFORMES

Encuesta Nacional de Adolescentes en el Sistema de Justicia Penal (ENASJUP) (2017). INEGI. 30 de agosto de 2018. Recuperado de: <http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2018/EstSegPub/ENASJUP2017.pdf>

HECHOS QUE LA LEY SEÑALA COMO DELITOS A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008*

○ Luz Berthila Burgueño Duarte**

* El presente artículo es producto de la investigación titulada “Medios alternos de solución de conflictos a la luz de la teoría del delito. Estudio de casos”; el cual obtuvo financiamiento público dentro de la “20va. Convocatoria Interna de Apoyo a Proyectos de Investigación” de la Universidad Autónoma de Baja California, con duración de junio 2018 a mayo 2019. Fungiendo la autora como responsable técnico.

** Doctora en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM; maestra en Ciencia Jurídico Penal por el INACIPE; licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho Tijuana de la Universidad Autónoma de Baja California en donde actualmente funge como profesora investigadora; miembro del SNI-CONACYT, nivel I, luz.burgueno@uabc.edu.mx. ORCID iD: orcid.org/0000-0002-1653-8695

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

○ Delito

Crime

○ Justicia restaurativa

Restorative justice

○ Igualdad

Equality

○ Legalidad

Legality

Resumen. Desde 2008 se traslada al Agente del Ministerio Público la carga de acreditar la existencia de un delito, pues para solicitar una orden de comparecencia, presentación o aprehensión debe especificar el tipo penal que se atribuye, el grado de ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta. Esto trasciende a los llamados medios alternos de solución de conflictos, pues sin acreditar delito alguno se traslada el *ius puniendi* a favor de la víctima u ofendido, quien negociará con el imputado la reparación del daño, eliminando el reproche penal por la norma quebrantada en el supuesto de que se esté frente a una conducta delictiva. Esto convierte al Estado de derecho en un mercado de justicia, en donde la oferta y la demanda determinan los estándares de “justicia”, violentando los principios de igualdad y legalidad.

Abstract. Since 2008 the burden of proving the existence of a criminal offense is transferred to the Public Prosecutor’s Office since, to request an order of appearance, presentation or apprehension it must specify the criminal type that is attributed, the degree of execution of the act, the form of intervention and the willful or culpable nature of the conduct. This transcends the so-called alternative means of conflict resolution, since without proving any crime the *ius puniendi* is transferred in favor of the victim or offended, who will negotiate with the defendant to repair the damage, eliminating the criminal reproach by the broken rule, in the supposition that one is facing a criminal behavior. This makes the rule of law a market of justice, where supply and demand determine the standards of “justice”, violating the principles of equality and legality.

Fecha de recepción: 23 de agosto de 2019

Fecha de aceptación: 13 de noviembre de 2020

SUMARIO:

I. Introducción. II. Un breve asomo por el devenir del artículo 16 constitucional. III. Alcances de dar un trato homólogo a los vocablos hecho y delito. IV. ¿Justicia restaurativa para hechos no constitutivos de delito? V. Conclusiones. VI. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

El ser humano, desde las más incipientes estructuras sociales, ha establecido sus normas de conducta tendentes a la consecución de fines comunes, lo que a su vez ha implicado la imposición de reglas, límites y consecuencias ante la vulneración de estos. Ello se ha reflejado en las etapas evolutivas de las ideas penales, caracterizadas por la función represiva de quien detenta el poder, de las que en términos generales identificamos la venganza privada, venganza divina, venganza pública, el período humanitario, hasta llegar a la búsqueda de un derecho penal garantista que deje atrás el derecho penal de autor para dar paso a un derecho penal de acto.

A la luz de un estudio esquemático podemos encontrar diferencias puntuales y avances significativos entre estas etapas evolutivas de las ideas penales; no obstante, aún al día de hoy, resulta difícil argumentar de manera categórica que nos encontramos ante un derecho penal garantista que salvaguarde los derechos humanos de víctimas e inculpados, ya que en realidad contamos con legislaciones cuyo contenido evolutivo es mixto, pues en ellas se aprecian dejos de venganza privada, venganza pública y la incansable búsqueda de la salvaguarda de los derechos humanos de las partes. Faltará analizar si esta realidad se debe a ideas poco evolucionadas en esta función represiva del derecho penal, si deviene de errores legislativos o si enfrentamos descontroles y desbordamientos de riesgos que han sido incontenibles con las estructuras penales actuales, lo que ha llevado a replantear la necesidad de endurecer las normas, so pena de debilitar las ideas garantistas de todo Estado de derecho, si es que dicho garantismo “reúne las características para convertirse en una estrategia de lucha contra la criminalidad o, lo que es lo mismo, en un modelo político-criminal” (Diez Ripollés, 2017). O quizá sea un poco de todo.

A cuatro años de la vigencia a nivel nacional de un nuevo sistema de justicia penal en México, seguimos identificando contradicciones en su objeto

y aplicación, por lo que, usando como método el análisis normativo, revisando fuentes primarias y construyendo razonamientos jurídicos a la luz de la teoría del delito, en el presente estudio se analiza la trascendencia que guarda el objeto del reproche penal centrado en el “hecho que la ley señala como delito” consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Constitución), partiendo de la hipótesis de que, *El libramiento de orden de aprehensión basado en el “hecho que la ley señala como delito” en términos de lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución, violenta los principios de legalidad, certeza jurídica y debido proceso*, lo que fundamentará la propuesta que aquí se planteará.

Lo anterior se analizará atendiendo al objetivo general de identificar los alcances que a la luz de la teoría del delito tienen los preceptos *hecho* y *delito*, consagrados en el artículo 16 constitucional. Ello, mediante dos ejes centrales: los requisitos constitucionales para solicitar una orden de comparecencia, presentación o aprehensión, y los alcances y contrasentidos dogmáticos de la justicia restaurativa frente a *hechos* que aún no han sido calificados como delitos. Análisis que nos permitirá sostener que el precepto *hecho* no puede tener el mismo alcance que el precepto *delito*, y que negar esta dicotomía violenta los principios de legalidad, certeza jurídica y debido proceso.

II. UN BREVE ASOMO POR EL DEVENIR DEL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL

El devenir histórico del debido proceso penal en nuestra Constitución se centra en lo dispuesto por el artículo 16 emitido por el Constituyente de 1917 y sus posteriores reformas, de las que en el presente análisis nos permitimos destacar las de 1993, 1999 y 2008; esta última, al menos en los argumentos de creación centrada en mejorar el sistema de impartición de justicia que abandone al sistema inquisitivo y de pie a la creación de un nuevo sistema penal acusatorio.

En las reformas en cita, el libramiento de órdenes de aprehensión se ha centrado en los preceptos establecidos por la teoría del delito, tales como tipo penal, cuerpo del delito y ahora “hecho que la ley señala como delito”, lo que pareciera un cambio de estándar (Carbonell, 2010) que ha oscilado entre mayor o menor exigencia hacia el Ministerio Público. Reformas que para mayor referencia citamos a continuación:

Artículo 16 CPEUM de 1917... No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal...

Artículo 16 CPEUM, reforma de 1993... No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integren el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado...

Artículo 16 CPEUM, reforma de 1999... No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable responsabilidad del indiciado...

Artículo 16 CPEUM, reforma de 2008... No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión...

En este contexto, la reforma penal de 2008 da inicio al llamado nuevo sistema penal acusatorio, en donde se privilegia un derecho penal de acto y garantista, cuyo objeto, conforme lo dispuesto en su artículo 20, inciso A, fracción I, es “el esclarecimiento de los hechos”. Sin embargo, existe una dicotomía en el término, al ser expuestos dichos *hechos* a la luz del 16 constitucional como *delito*, ante lo cual cabe preguntarnos ¿qué debemos entender por *hecho* y qué por *delito*?, o si el legislador pretendió establecer ambos términos como sinónimo, con lo cual sin duda se corrompe la estructura dogmática del delito construida a la luz de la teoría del delito.

Cabe reconocer que este nuevo sistema acusatorio se ha centrado en importantes cambios procesales. No obstante, su eficacia sigue dependiendo de su congruencia con el derecho penal sustantivo y la debida aplicación de la teoría del delito, como esa “estructura que nos permite analizar de forma ordenada y sistematizada los criterios de interpretación de la norma penal” (Díaz Aranda, 2006) para determinar si se ha cometido un delito y a quién le es imputable el resultado contrario a la norma y, por tanto, es acreedor al correspondiente reproche social. Esto es, la teoría del delito es una herramienta que nos permite acreditar el “hecho que la ley señala como delito” a que refiere la reforma constitucional de 2008.

En aras de esta teoría del delito, dogmáticamente hablando, el vocablo *delito* lo entendemos como la conducta típica, antijurídica y culpable, por lo que será hasta que se acrediten estos tres elementos que podremos

hablar de delito, no antes. Así, en el artículo 405 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), para dictar sentencia absolutoria el tribunal de enjuiciamiento determinará alguna causa de exclusión del delito, sea atipicidad, justificación o inculpabilidad. Mientras, en el diverso 406 se establece que, para dictar sentencia condenatoria, entre otros requisitos, se deberá argumentar por qué el sentenciado no está favorecido por alguna de las causas de la atipicidad, justificación o inculpabilidad. Esto confirma la integración del delito con los tres elementos que sostiene la postura dogmática mayoritaria.

Bajo esta premisa es que analizaremos el alcance de los términos *hecho* y *delito* a los que alude el artículo 16 constitucional en términos de los diversos procesos, tanto en su etapa primigenia de orden de citación, comparecencia o aprehensión como en un segundo momento dentro del auto de vinculación a proceso, sin menoscabo de sus alcances a la luz de los acuerdos reparatorios. Lo que nos permitirá sostener que ambos términos son diferentes y tratarlos como homólogos vulnera los principios de legalidad e igualdad ante la ley.

III. ALCANCES DE DAR UN TRATO HOMÓLOGO A LOS VOCABLOS HECHO Y DELITO

Si bien la denuncia o querrela detonan el proceso penal, son la orden de citación, la comparecencia o la aprehensión las instancias que ante la percepción de la víctima materializan el inicio de la anhelada justicia, al ser el procedimiento a través del cual se logra que el imputado se apersona en el proceso (Ochoa, 2014). Por ello, resulta relevante identificar los alcances del “hecho que la ley señala como delito” al que alude el artículo 16 constitucional a la luz de su reforma de 2008 cuando sostiene que, para el libramiento de una orden de aprehensión, deberán obrar datos que establezcan que se ha cometido “ese hecho”, pues a la literalidad “ese hecho” refiere al *delito*. Esto nos lleva al adelantamiento del proceso mismo, ya que desde la solicitud de una orden de aprehensión se exige a la autoridad proporcionar datos que establezcan que se ha cometido una conducta típica, antijurídica y culpable, lo que sin duda sería un contrasentido del proceso mismo y del derecho a una defensa adecuada.

A la par de lo anterior, el nuevo sistema de justicia penal hace uso de la novedosa herramienta conocida como *teoría del caso*, en atención a la cual se

busca conocer lo que verdaderamente ocurrió mediante tres etapas: i) fáctica, que es la identificación de los hechos relevantes; ii) jurídica, consistente en la subsunción de los hechos dentro de un tipo penal, y iii) probatoria, formada por los medios que acreditarán las proposiciones fácticas (Ochoa, 2014). Esta teoría del caso se analiza a la luz de la dogmática penal reconocida por la parte sustantiva del derecho penal, y en base a ella será hasta que se agoten estas tres etapas que se podrá probar que un hecho es constitutivo de delito, esto es, que se está ante una conducta típica, antijurídica y culpable. De ahí que en etapas previas a la sentencia no se pueda hablar de delito, o de ese “hecho que la ley señala como delito”.

Mucho se ha dicho que, antes de este nuevo sistema penal, girar una orden de aprehensión resultaba una aproximación a la sentencia definitiva, lo que tornaba el tema del garantismo en una falacia y una lamentable vulneración a las garantías de defensa de la víctima. Ante ello, el nuevo sistema acusatorio establece que, cuando se haya presentado denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, el Ministerio Público podrá solicitar al juez de control un citatorio, orden de comparecencia o aprehensión, siempre que cuente con datos que establezcan que se ha cometido “ese hecho” y exista la probabilidad de que el imputado lo haya cometido o participado en “su comisión”. Aquí, la clasificación jurídica de “ese hecho” se debe determinar conforme lo dispuesto en el artículo 141 del CNPP, que establece:

Artículo 141. Citatorio, orden de comparecencia y aprehensión.

Cuando se haya presentado denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, el Ministerio Público anuncie que obran en la carpeta de investigación datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y exista la probabilidad de que el imputado lo haya cometido o participado en su comisión, el Juez de control, a solicitud del Ministerio Público, podrá ordenar:

[...]

En la clasificación jurídica que realice el Ministerio Público se especificará el tipo penal que se atribuye, el grado de ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, sin perjuicio de que con posterioridad proceda la reclasificación correspondiente.

Disposición normativa que, en esta etapa primigenia del proceso penal, deja a cargo del Ministerio Público la integración de una carpeta de investigación que logre acreditar el hecho, la forma de intervención del probable responsable y la naturaleza de la conducta, lo que implica:

- a. Que todo hecho típico supone la lesión o puesta en riesgo del bien jurídico (porque no puede existir un hecho típico donde no se haya lesionado ni puesto en riesgo el bien jurídico, por eso el hecho típico se consuma o se realiza en grado de tentativa);
- b. Que todo hecho típico supone que alguien intervino en su realización como autor o como partícipe (porque no puede existir un hecho típico donde nadie haya intervenido en su realización, por eso la realización del hecho típico supone una forma de autoría o de participación); y
- c. Que todo hecho típico supone una conducta dolosa o culposa (porque no puede existir un hecho típico que no sea dolosa ni culposamente realizado, por eso el hecho típico supone la presencia de una conducta activa u omisiva dolosa o culposamente realizada). (Quintino, 2014)

En este tenor, el Ministerio Público, en primer término, deberá acreditar el grado de ejecución —esto es, si la lesión al bien jurídico se consumó o quedó en grado de tentativa—, para lo cual necesariamente se debe identificar la voluntad final del sujeto activo mediante el análisis del bien jurídico puesto en riesgo y la idoneidad de los medios empleados por el sujeto activo. A modo de ejemplo, cabe preguntarnos: ¿ante un resultado de lesiones causadas por disparos de arma de fuego, en donde el sujeto pasivo no murió porque el sujeto activo tiene poca pericia en el uso de armas y los impactos de bala se ubican en el brazo del sujeto activo, el Ministerio Público acreditará homicidio en grado de tentativa o lesiones consumadas? O bien, en el supuesto en que un sujeto que se introduce a una casa habitación sin consentimiento del propietario y es detenido por la policía sin que el sujeto se hubiere apoderado de alguna cosa ajena mueble, ¿el Ministerio Público acreditará allanamiento de morada consumado o robo de casa habitación en grado de tentativa? Estos cuestionamientos se hacen tomando en cuenta que ambos análisis requieren valorar la voluntad final de la conducta del imputado y el bien jurídico puesto en riesgo.

A la par de lo anterior, se deberá acreditar si el sujeto activo intervino como autor o partícipe del hecho, esto es, si la conducta que se analiza se desplegó con dominio del hecho (sea directo, funcional o dominio de la voluntad), o bien con una participación accesorio a este dominio, tomando en cuenta que, con base al principio de accesoriedad limitada, estaremos en esferas de la participación solo cuando en el centro del evento delictivo se cuente con un autor que ha desplegado una conducta típicamente dolosa y antijurídica, situación en la que se deberá identificar al autor del

evento (Roxin, 2000). Y de nuevo nos preguntamos si en las etapas primigenias de una investigación en la que se requiera una orden de comparecencia, presentación o aprehensión el agente del Ministerio Público cuenta con elementos que le permitan arribar a estas conclusiones.

Problematicemos con otro ejemplo el tema de autoría y participación con un hecho de secuestro, en donde se imputa al sujeto *d* sobre su probable responsabilidad en la comisión de este delito, al ser el dueño de la bodega en donde fue rescatada la víctima, cuando realmente solo intervino en el hecho como cooperador necesario, que conforme lo dispuesto en el artículo 13 fracción VII del Código Penal Federal (CPF) lo son quienes “con posterioridad a su ejecución auxilién al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito”. En el supuesto en el que en dicha bodega no se hubiere encontrado a persona alguna y el Ministerio Público no cuente con autores en el centro de la responsabilidad penal, ¿cómo logrará solicitar al juez de control una orden de comparecencia, presentación o aprehensión a cargo del sujeto *d*? Se cuestiona esto debido a que, a la par de acreditar el hecho y el grado de ejecución, también tendrá que acreditar, en términos del principio de accesoriidad limitada, la forma de intervención que tuvo como partícipe y la naturaleza dolosa (dolo de partícipe) o culposa de su conducta, pero ¿cómo hacerlo si no hay datos que arrojen que este hipotético dueño de la bodega conocía y quería intervenir como partícipe de un secuestro en términos de la fracción VII del artículo 13 del CPF? ¿Cómo acreditar los elementos cognitivo y volitivo de la conducta del sujeto *d* cuando la autoridad aún no lo ha podido interrogar? Lo anterior, debido a que es precisamente para el esclarecimiento de los hechos que se solicita la orden de comparecencia, presentación o aprehensión, sin que en dicha etapa de la investigación se cuente con elementos que permitan acreditar que los hechos conocidos son constitutivos de delito.

Innegablemente, una indebida acreditación en la forma de intervención del *hecho* por parte del Ministerio Público redundará en una detención ilegal, lo que en vía de impugnación generará la inmediata libertad del acusado, lo que sin duda constituye un derecho en favor del acusado, pero a la vez un riesgo para la víctima y para esa anhelada búsqueda de la verdad de los hechos y de la añorada justicia. Así, en el ejemplo expuesto cabe preguntarnos si el Ministerio Público, para efectos de solicitar una orden de aprehensión, de comparecencia o un citatorio, realmente cuenta con elementos que le permitan sostener si la intervención del sujeto *d* (del ejemplo) se dio en una de las formas de autoría o participación (como

cómplice), requisito indispensable para obtener la aprobación de parte del juez de control.

Y como tercer punto de análisis, conforme los requisitos dispuestos en el citado artículo 141 CNPP, el agente del Ministerio Público deberá especificar la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, lo que lleva al análisis del dolo directo, dolo eventual, culpa sin representación y culpa con representación. Frente a tales elementos es relevante identificar la delgadísima línea que separa al dolo eventual de la culpa con representación, donde, conforme a la teoría de la previsibilidad, podemos valorar los elementos *cognitivo* y *volitivo* que los conforman. Así, tenemos que ambos elementos subjetivos del tipo penal (dolo eventual y culpa con representación) son coincidentes en cuanto al elemento *cognitivo* (pues en ambos casos se prevé como posible el resultado contrario a la norma), mientras que se diferencian ligeramente en la conformación de su elemento *volitivo* (ya que tratándose de dolo eventual el sujeto activo acepta o se conforma con el resultado previsto, mientras que en la culpa con representación el sujeto confía en la no producción de dicho resultado). De ahí que sea el elemento *volitivo* el eje rector para diferenciar un elemento subjetivo del otro.

Ejemplifiquemos. El sujeto activo, sin aplicar las medidas de prevención correspondientes, descargó en un río sustancias consideradas peligrosas por sus características tóxicas, sin que por la naturaleza del evento se pueda acreditar un nexo causal hacia un resultado de daño específico y se esté solamente en terrenos de riesgo al medio ambiente (conducta tipificada en el segundo párrafo del artículo 414 del CPF, en donde se imputa el que se “cause un riesgo de daño a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas, a la calidad del agua o al ambiente”), atento a lo cual, conforme el *numerus clausus* (art. 60 del CPF), la conducta descrita en el artículo 414 del CPF solo merece sanción en su forma culposa cuando se está ante la hipótesis de resultado. Esto es, cuando estamos ante un resultado formal o de riesgo derivado de una conducta culposa, no merece sanción. De ahí que resulte improcedente una solicitud de orden de aprehensión culposa de este tipo penal, la cual sin lugar a dudas será negada por el juez de control, ante lo cual el Ministerio Público, para solicitar dicha orden de aprehensión, comparecencia o presentación deberá acreditar la naturaleza dolosa de dicha conducta.

Y de nuevo la pregunta: ¿en esta etapa de teoría fáctica, el Ministerio Público cuenta con los elementos para acreditar esta parte subjetiva de la conducta? Porque es probable que el sujeto activo acredite una culpa con

representación al sostener que, si bien previó como posible que con su conducta se generaría un riesgo al medio ambiente (ya que estaba consciente que no aplicó las medidas de prevención o seguridad correspondientes, con lo cual violó su calidad de garante), derivado de su juicio de previsibilidad, confió en que no se produciría dicho resultado, con lo cual lograría evadir el terreno del dolo eventual, y su conducta —para el ejemplo en cita— se llevaría a terrenos de la culpa con representación y, por tanto, a la no responsabilidad penal derivada del citado *numerus clausus*.

En este tenor, a pesar de las reformas constitucionales enunciadas al inicio del presente análisis, se observa que hemos dado pasos hacia adelante y hacia atrás, pasando de la necesidad de acreditar *cuerpo del delito* a la de acreditar *elementos del tipo penal*, y actualmente ante la necesidad de acreditar un *hecho* que, como lo hemos sostenido, a la lectura de la reforma constitucional de 2008 se entiende como *delito*. En relación a lo cual sostiene Ontiveros (2015):

... deberá quedar muy claro en el nuevo código procesal, con la redacción que decida el legislador, que ese "hecho" incluye a todos los elementos objetivos y a todos los elementos subjetivos del tipo (incluidos los elementos subjetivos del injusto, distintos del dolo). No hacerlo, dará la razón a los críticos de este punto de reforma, en el sentido de que se pretende volver a la responsabilidad objetiva. Y esto no es materia civil, sino penal, que es muy diferente.

Evidentemente, esta concepción del hecho con los alcances dogmáticos de la estructura del delito expone al Ministerio Público a una tarea investigativa que no se alcanza en la etapa primigenia de la indagatoria, lo que conlleva a solicitudes improcedentes de órdenes de aprehensión o a la vulnerabilidad de la concesión de estas sin reunir los requisitos que demanda la norma a la luz del alcance de estos vocablos ("hechos que la ley señala como delitos"). Esto se evidencia con la categórica postura del artículo 143 del CNPP al sostener que "no se concederá la orden de aprehensión cuando el Juez de control considere que los hechos que señale el Ministerio Público en su solicitud resulten no constitutivos de *delito*". Mandato que a la luz de la teoría del delito se leería como *no se concederá la orden de aprehensión cuando el Ministerio Público no acredite que los hechos que investiga son constitutivos de una conducta típica, antijurídica y culpable*. ¿Pero estos alcances de esclarecimiento de los hechos no son materia de una sentencia? ¿Entonces, por qué trasladarle esa carga al Ministerio Público? Esta exigencia a cargo del Ministerio Público para el dictado de orden de aprehensión resulta aún más ilógica

cuando, conforme lo dispuesto por el artículo 316 del CNPP (en un sentido interpretativo del diverso 19 constitucional), para dictar auto de vinculación a proceso basten “indicios razonables de que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión”. ¿Entonces, la investigación del proceso penal va de más a menos?

Esto evidencia que el “hecho que la ley señale como delito” no debe ser entendido como *delito*, pues acarrea las contradicciones aquí expuestas. De ahí que la falta de congruencia y claridad del artículo 16 constitucional, en la parte que se analiza, sea inconsistente con el nuevo paradigma de un derecho penal garantista que tanto se ha difundido, ya que en su defecto violenta principios básicos como lo son el de legalidad, igualdad ante la ley, inocencia, debido proceso y, finalmente, el derecho de acceso a la justicia.

IV. ¿JUSTICIA RESTAURATIVA PARA HECHOS NO CONSTITUTIVOS DE DELITO?

La indebida homogeneización entre los vocablos *hecho* y *delito* violenta el principio de justicia al amparo de los acuerdos reparatorios que se siguen a la luz de los mecanismos alternativos de solución de controversias que privilegia el artículo 17 constitucional, en base a lo cual las voces que apoyan la justicia restaurativa sostienen:

... en muchas ocasiones en delitos donde se impone una pena privativa de libertad, origina un sufrimiento más profundo que el causado por la misma conducta punible, lo que resignaría tanto al agresor como a la víctima, y en general, a la misma sociedad. Es decir, se agrava la situación de los sujetos involucrados en el hecho punible. (Márquez, 2012)

No obstante el benéfico contexto restaurador del conflicto (Alanís, 2019), estas medidas no pueden socavar los principios de legalidad, igualdad y debido proceso.

En este contexto, reiteramos el contrasentido del nuevo sistema penal acusatorio, en donde el *ius puniendi* o derecho del Estado a castigar claudica ante el permiso de hacerse justicia por su propia mano, privilegiando la negociación, específicamente dentro de los acuerdos reparatorios, centrados en una reparación del daño incluso previo a la acreditación de la existencia de un delito. Situación que, como sostiene García Ramírez (2018), “en aras de la economía procesal y de la rápida solución de los conflictos

se admite la verdad pactada”, agregando que ante ello “la determinación de los hechos ya no depende de lo que se acredite en juicio ante el órgano jurisdiccional, sino de lo que convenga al Ministerio Público y el imputado, o éste y la víctima”.

Esta realidad que enfrentamos implica que:

... el principio de la autonomía de la voluntad, que reina en el derecho privado, parece haber regresado al derecho penal, pero confronta con los fundamentos de la disciplina y si bien desea ocupar algún lugar en él, ese lugar no está determinado todavía por completo. Por ello ya se ha hablado de una tendencia a la “privatización” del derecho penal. (Maier, 2015)

Lo que implica, por un lado, consentir el quebrantamiento de la norma, violentando con ello los fines de la pena establecidos en teorías como la funcionalista sistémica de la pena (Jakobs, 1997), en aras de la cual lo relevante de determinar la culpabilidad de un sujeto estriba en “la estabilización de la confianza en el orden destruido por el comportamiento delictivo” (Aguilar, 2007). Por otro lado, implica una total injusticia al orillar al acusado a acordar la reparación del daño respecto de una conducta que aún no se acredita que sea constitutiva de delito, ya que este proceso de justicia restaurativa se desarrolla en la etapa de la teoría fáctica, en la cual solo se cuenta con la narrativa de los hechos acontecidos, mientras que para hablar de *delito* se tendrán que valorar las excluyentes del delito consagradas en el artículo 15 del CPF.

De ahí que nos preguntemos: si aún no se ha acreditado la comisión de un delito ¿por qué se somete a alguien a la reparación del daño por la vía penal respecto de conductas no imputables penalmente?, ¿no estamos violentando el principio de presunción de inocencia y debido proceso?, ¿tiene la misma oportunidad de negociación el imputado que tiene dinero que aquel que no lo tiene? Estas preguntas nos llevan a sostener que los acuerdos reparatorios dependerán de la capacidad económica y de negociación de las partes, lo que a todas luces vulnera el principio de igualdad ante la ley, problemática que deriva del trato homólogo que se está dando a los vocablos *hecho* y delito, cuando a todas luces son términos con alcances dogmáticos y procesales diversos.

Esta realidad se evidenció con la investigación realizada durante el año 2018 en el Sistema Estatal de Justicia Alternativa Penal de Tijuana, Baja California, dentro del proyecto de investigación titulado “Medios alternos de solución de conflictos a la luz de la teoría del delito. Estudio de casos”,

en virtud del cual, con la debida reserva de datos personales, se analizaron 83 acuerdos reparatorios emanados de autos vinculados a proceso, precisando que, al no tener a la vista mayores datos, solo reflejamos análisis en torno a datos duros emanados de dichos acuerdos.

De estos datos identificamos que las conductas de mayor relevancia e incidencia “resueltos” a la luz de esta justicia alternativa son: robo de vehículo (aun cuando este tipo penal forma parte de los tipos penales enlistados en el artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, lo que en su caso implicaría analizar si estas conductas se desplegaron o no al amparo de esta forma de organización, lo que en su caso desencadenaría una prisión preventiva oficiosa, según lo dispuesto en el artículo 19 constitucional), a la par de robo equiparado a vehículos de motor robado (en su modalidad de uso de vehículo de motor robado o desmantelamiento), robos calificados a casa habitación o lugar cerrado (a pesar de estar identificados en el Código Penal de Baja California como delitos agravados, a los que se les impone una pena adicional a aquella señalada para robo con violencia), tipos penales en torno a privaciones de la vida ante la denominación de homicidio culposo en los que de manera notoria identificamos variantes en cuanto el monto de la “reparación del daño”, que sin duda cuestionamos al tratarse de vidas de igual valor), igualmente cuestionable fue un caso de abuso sexual cometido entre menores hermanos.

A la par de ello, se identificaron lesiones culposas, daño en propiedad ajena, despojo y abuso de confianza, cuyos resultados lesivos al bien jurídico de la salud y del patrimonio sí permiten cuantificar la reparación del daño hacia la víctima de forma objetiva, a diferencia de los tipos penales enunciados en el párrafo anterior, en donde se confrontan bienes jurídicos invaluable y respecto de los cuales es criticable el que se atienda solo la reparación del daño y se deje incólume la imposición de la pena por cuanto hace al quebrantamiento de la norma —claro está, en el supuesto de aquellos autos de vinculación a proceso que sí hubieren llegado a sentencia condenatoria—.

Estas afirmaciones emanan de evidentes disparidades que se identificaron entre acuerdos reparatorios que pese a versar sobre conductas típicas iguales, como el caso del tipo penal de homicidio culposo con motivo de manejo de vehículo (sin que de los acuerdos se aprecien datos que permitan valuar una reparación del daño en forma objetiva), se identificaron arreglos que oscilaron entre los montos de \$400 000 a los \$860 000 pesos e incluso por \$6 000 dólares USA (por concepto de daño en propiedad

ajena al vehículo que tripulaba el occiso y por la vida de este, pagaderos en parcialidades: un pago de \$2 000 dólares y 20 parcialidades mensuales de \$200 dólares). Además, se documentó un arreglo por \$231 000 pesos por un homicidio culposo agravado al ser producto de manejar en estado de ebriedad por parte del sujeto activo, pagadero de la siguiente forma: 19 mensualidades de \$3 000 pesos y 29 mensualidades de \$6 000 pesos. Así se están resolviendo los conflictos bajo este nuevo sistema de justicia penal, lo que evidencia los alcances de la negociación y confronta al Estado de derecho, cuestionando la efectiva tutela de los bienes jurídicos que consagra la norma penal.

En este contexto es que cuestionamos dos aspectos de la justicia alternativa al tenor de los alcances del enunciado “hechos que la ley señala como delitos” que consagra el citado 16 constitucional:

- Que se dé paso a la reparación de daños vía penal cuando no se cuentan con las estructuras dogmáticas para sostener que se ha cometido un delito, lo que implica un adelantamiento de la imposición de la pena a quien probablemente haya desplegado una conducta amparada por alguna de las causas excluyentes del delito consagradas en el artículo 15 del CPF, sean de ausencia de conducta, atipicidad, justificación o inculpabilidad. Lo cual no se alcanza a acreditar en la etapa de investigación, ni dentro del auto de vinculación a proceso, pues es una valoración que se logra a la luz del proceso penal centrado en pruebas irrefutables y de su conclusión en la etapa de sentencia.
- Que la negociación centrada en la reparación del daño permite, en algunos casos, eliminar la imputación penal a conductas que sí son constitutivas de delito (aun cuando este no se encuentre acreditado sino hasta la etapa de sentencia), pese a lo cual se les está eximiendo de la pena de prisión por el quebrantamiento de la norma. Vía alterna de solución de conflicto por la que se están inclinando las víctimas ante lo costoso e incierto que puede ser adentrarse a todo un proceso penal que permita, en su caso, arribar a una sentencia condenatoria; de ahí el ínfimo porcentaje de sentencias dictadas dentro de juicios orales.

Por lo tanto, ninguno de estos escenarios permite arribar a la añorada justicia, ya que se está privilegiando la imputación penal sin pruebas y su consecuente negociación a la luz de una venganza privada, lo que nos lleva al

contexto de la prisión preventiva oficiosa en aras de la cual cada vez “son menos los tipos penales que tienen a su favor la ciega presunción de inocencia (que, si bien es un eje rector del proceso penal acusatorio, debe implementarse junto con el debido proceso y la defensa adecuada)” (García Ramírez, 2016).

Ante ello, se vulnera la presunción de inocencia cuando en vía de acuerdos reparatorios se está imponiendo la pena de la reparación del daño sin haberse acreditado la existencia de una conducta delictiva, pues los “hechos que la ley señala como delitos” que le son exigidos acreditar al Ministerio Público hasta este momento procesal, como se ha sostenido, no son el delito mismo, sino —cuando mucho— conductas típicas que deberán analizarse a la luz de la dogmática penal y de cara a las excluyentes del delito para, solo entonces, poder hablar de una conducta delictiva y de la consecuente imputación penal.

V. CONCLUSIONES

La reforma constitucional de 2008 en materia penal aún tiene ante sí la labor pendiente de ponderar su aplicación práctica frente al añorado anhelo de una eficiente impartición de justicia, y debe considerar los diversos tropiezos que ha presentado ante las figuras dogmáticas de *tipo penal*, *cuerpo del delito* y ahora los “hechos que la ley señala como delitos”.

Conforme lo dispuesto en el artículo 2 del CNPP, entre los objetivos centrales del nuevo sistema de justicia penal está el de establecer las normas que han de observarse en la investigación, el procesamiento y la sanción de los delitos. Para lo cual debemos tener claro que;

... para el ordenamiento jurídico penal, es responsable quien realizó el acto de infracción a la norma, habiendo podido motivarse por un cumplimiento. Para ello, es necesario que, comprobada la ausencia de causas de licitud y declarada la antijuridicidad del hecho, se valore la culpabilidad del sujeto. (Aguilar, 2007)

Solo entonces podremos estar en posibilidad de hablar del “hecho que la ley señala como delito”, objetivo que se logra en la etapa de sentencia, no antes.

De ahí que resulte improcedente que a nivel de las primigenias etapas del procedimiento penal, para efectos de librar una orden de aprehensión, conforme lo dispuesto por el artículo 16 constitucional, se exija al

Ministerio Público especificar en su clasificación jurídica el grado de ejecución del hecho, la forma de intervención (autor o partícipe) y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta; exigencias que se trasladan al CNPP incluso para la solicitud de citatorios y órdenes de comparecencia. Si bien con esto se busca un proceso garantista a favor de la presunción de inocencia, se torna en un monstruo de dos cabezas al proceso penal: por un lado, por la dificultad de conseguir que el juez de control conceda dichas órdenes de aprehensión y, por el otro, por el hecho de que estas se giren a pesar de no estar plenamente acreditada la existencia de un delito, lo que da la pauta a la consecuente imputación, ya que a la luz del artículo 143 del CNPP solo se concederá la orden de aprehensión cuando el juez de control considere que los hechos que señale el Ministerio Público en su solicitud resulten constitutivos de delito.

Este juego de palabras, derivado de las reformas al artículo 16 constitucional, nos lleva a caminar en círculos hacia la acreditación de los elementos del tipo penal y, en su caso, de cuerpo del delito (como lo establecieron las reformas de 1993 y 1999 a dicho artículo). Ante lo cual, como amplia y categóricamente lo ha sostenido García Ramírez (2018), el tema que nos ocupa no ha materializado el propósito favorable a las garantías del ciudadano, porque:

... la interpretación estricta, *pro persona*, de la expresión 'hecho que la ley señala como delito', obliga a considerar el conjunto de componentes de la descripción legal del ilícito, y con ello a poner en la escena el examen de lo que antaño se llamó cuerpo del delito o de los elementos del tipo penal: todos los elementos, porque la ausencia de alguno desvanecería la existencia de un 'hecho que la ley señala como delito', frase que no debe dejar dudas sobre su carácter omnicompreensivo.

Tenemos claro que para comprender la norma penal se puede recurrir a diferentes formas de interpretación, como son la literal, la sistemática y la histórico-teleológica (Díaz Aranda, 2016); sin embargo, en el tema que nos ocupa, cuando la interpretación literal nos lleva a confundir los hechos con delitos desde la etapa de solicitud de una orden de aprehensión, sí estamos ante una necesidad imperiosa de adecuar la redacción legal a fin de dejar claro que “el hecho que la ley señala como delito se enfoca a los elementos argumentativos del tipo penal” (Constantino, 2016).

En este contexto, se sostiene que el libramiento de la orden de aprehensión basado en el “hecho que la ley señala como delito”, en términos de lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución, violenta los principios

de legalidad, certeza jurídica y debido proceso, alejándose del espíritu del nuevo sistema de justicia penal, por lo que proponemos suplir dicha redacción por la siguiente: “no podrá librarse orden de aprehensión sino por un hecho probablemente constitutivo de delito”. Esta redacción, si bien no resuelve del todo la imprecisión del término, establece congruencia con la etapa indiciaria del proceso penal, en la cual el Ministerio Público solo cuenta con indicios que hacen suponer la existencia de un delito, lo que deberá ser suficiente para requerir que el imputado se apersona a fin de profundizar en la investigación y se instauraría en consistencia con los parámetros establecidos por el CNPP para el libramiento del auto de vinculación a proceso, y sería aún más válido para la solicitud de una orden de aprehensión.

La anterior propuesta deberá impactar la actual redacción del artículo 143 del CNPP a fin de que, en lugar de la negativa a conceder órdenes de aprehensión que no versen sobre hechos constitutivos de delitos, se redacte en el sentido de “concederse cuando el Juez de control considere que la solicitud se basa en hechos probablemente constitutivos de delitos”. Ello nos lleva al terreno de la prueba indiciaria, la cual sí es factible acreditar dentro de la carpeta de investigación.

Las adecuaciones propuestas dotarán de mayor certeza jurídica y legalidad la concesión de órdenes de aprehensión por parte del juez de control, en tanto que evitará la exigencia a cargo del Ministerio Público de acreditar el delito para estar en posibilidad de solicitarla; por otro lado, aquellas ordenes de aprehensión concedidas con base a indicios que acrediten la probable comisión del delito cerrarán la puerta a la impugnación de aquellas basadas en la redacción actual, en donde bastará sostener que el Ministerio Público no acreditó el delito (conducta típica, antijurídica y culpable) para reclamar la ilegalidad de la misma.

La añorada justicia del sistema penal no siempre alcanza los niveles ideales de equilibrio, pues como sostiene Rawls (2014):

... el hecho de que una situación sea de equilibrio, incluso de tipo estable, no implica que sea justo o correcta. Lo único que significa es que dada la evaluación que los hombres hacen de su posición, actuarán eficazmente para conservarla.

En este sentido, que sea la historia quien evalúe los aciertos y desaciertos de la reforma que nos ocupa, con los riesgos que implica hablar de errores irreparables y, quizá, de las consecuencias lógicas de inconsistencias jurídicas tendentes a crear entornos más cómodos para una delincuencia que

tiende a proliferar, y en donde el acomodo sin sentido de los conceptos torna esta añorada justicia en una ambivalencia tal que pone en entredicho los principios de legalidad, certeza jurídica y debido proceso.

VI. FUENTES DE CONSULTA

- Aguilar López, M. A. (2007). *El delito y la responsabilidad penal. Teoría, jurisprudencia y práctica*. México: Editorial Porrúa.
- Alanís García, J. R. y otros (2019). *Código Nacional de Procedimientos Penales en perspectiva. Reflexiones desde la Judicatura*. México: Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Judicial.
- Biebrich Torres, C. A. y Spíndola Yáñez, A. (2009). *Diccionario de la Constitución mexicana. Jerarquía y vinculación de sus conceptos*. México: Instituto Mexicano de Estrategias, Porrúa, Consejo Editorial Cámara de Diputados LX Legislatura.
- Castellanos Tena, F. (2015). *Lineamientos elementales del derecho penal, Parte general*. México: Editorial Porrúa.
- Carbonell, Miguel (2010). “Sobre el nuevo artículo 16 constitucional”. *Reforma Judicial Revista Mexicana de Justicia*, núm. 15-16. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Díaz Aranda, E., Roxin, C. y Ochoa Contreras, C. (2014). *Lineamientos prácticos de teoría del delito y proceso penal acusatorio. Conforme a las reformas constitucionales 2008-2011, los Tratados Internacionales y al Código Nacional de Procedimientos Penales*. México: STRAF.
- Díaz Aranda, E. (2008). *Proceso penal acusatorio y teoría del delito (legislación, jurisprudencia y casos prácticos)*. México: STRAF.
- Díaz Aranda, E. (2006). *Teoría del delito. Doctrina, jurisprudencia y casos prácticos*. México: STRAF.
- Díez Ripollés, J. L. (2017). “El abuso del sistema penal”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19.
- García Ramírez, S. (2018). *El procedimiento penal. Constitución y código nacional*. México: Editorial Porrúa.
- García Ramírez, S. (2016). *Los principios del procedimiento penal. Constitución y Código Nacional*. En Arely Gómez González (Coord.). *El sistema penal acusatorio en México 2008-2012*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.

- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 2ª. Edición.
- Maier, J. (2015). “Transición del sistema de justicia penal: del modelo inquisitivo al acusatorio ¿inquisición o composición?”. En Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El Sistema de Justicia Penal en México: Retos y Perspectivas*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Márquez Cárdenas, A. E. (2012). “La mediación como mecanismo de justicia restaurativa”. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, vol. XV, núm. 29. Bogotá, D.C. Colombia.
- Nava González, W. (2017). “Mecanismos alternativos de resolución de conflictos: un acceso a la justicia consagrado como derecho humano en la Constitución mexicana”. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 37.
- Ontiveros Alonso, M. (2015). *Cinco problemas y soluciones en el proceso penal ordinario*. En Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El Sistema de Justicia Penal en México: Retos y Perspectivas*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Quintino Zepeda, R., Díaz Aranda, E. y Constantino Rivera, C. (2016). *Hecho que la ley señala como delito*. México: Editorial MaGister.
- Quintino Zepeda, R. (2014). *¿Cómo clasificar un hecho? Conforme el Código Nacional de Procedimientos Penales*. México: Viento de Vela.
- Rawls, J. (2014). *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Roxin, C. (2000). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Barcelona: Marcial Pons.

NORMAS JURÍDICAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
Código Penal Federal
Código Penal de Baja California
Código Nacional de Procedimientos Penales

E-JUSTICE EN MÉXICO: ASPECTOS FUNDAMENTALES

○ Ricardo Castillo Solano*

* Abogado postulante, Maestrando en Derecho Civil por la Universidad La Salle Pachuca. Contacto: ricvstlo@gmail.com

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

- **E-justice**
- **Derechos fundamentales**
- **Tecnologías de la comunicación e información**
- **Justicia tradicional**
- **Justicia pronta**

E-justice

Fundamental rights

Information and communication technology

Traditional justice

Prompt justice

Resumen. El artículo tiene como finalidad establecer la importancia de la implementación de la *e-justice* en México, atendiendo a los principios establecidos en el artículo 17 constitucional: poder acceder a la justicia y que la misma sea pronta, completa e imparcial. En la primera parte se define a la *e-justice*, así como los usos que puede tener. En la segunda parte se presenta la historia para su implementación en México. La tercera parte se enfoca en demostrar los derechos humanos que se cumplen al hacer uso de la *e-justice*. La cuarta parte tiene como tarea establecer los beneficios y los puntos en contra de la *e-justice*.

Abstract. The purpose of the article is to establish the relevance of the implementation of the e-justice in Mexico, in accordance with the principles established in article 17 of the Mexican Constitution: access justice, in a prompt, complete and impartial way. In the first part, the concept of e-justice is defined, as well as the uses it can have. The second part presents the history of its implementation in Mexico. The third part focuses on demonstrating the human rights that are fulfilled when using e-justice. And the fourth part is dedicated to establish the benefits and the points against the use of e-justice.

Fecha de recepción: 14 de enero de 2021

Fecha de aceptación: 29 de abril de 2021

SUMARIO:

I. Introducción. II. ¿Qué es la *e-justice*? III. Usos de la *e-justice*. IV. Historia de la *e-justice* en México. V. Derechos fundamentales protegidos con la *e-justice*. VI. Beneficios de la *e-justice*. VII. Puntos en contra de la *e-justice*. VIII. Conclusión. IX. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

Parece ser que la justicia en México a través de los años ha pasado desapercibida. Las personas no encuentran solución a sus conflictos, caminan en el sendero de la inseguridad, de la incertidumbre o, peor aún, de la suerte o la supervivencia. Por ello, aclaremos: cada persona entiende a la justicia desde su punto de vista, por lo que llega a ser una definición meramente subjetiva, de lo que se concluye que cada persona adoptará la teoría o la definición de justicia que se adapte a sus intereses.

En ese sentido, a través de la historia hemos conocido una justicia, a la que denominaré *justicia tradicional*, que requiere la presencia de las personas en los tribunales y que se ha formado con formalismos jurídicos (burocracia) y reglas de comportamiento dentro de los tribunales aplicables tanto a las personas funcionarias como abogadas. Esta justicia hace uso excesivo de papel y hace creer que sin el papel una actuación no tiene validez y que las firmas tienen que ser a “puño y letra” para dotarlas de validez. Asimismo, se distingue por ser tardada, ya que las cargas excesivas de los tribunales impiden cumplir con el texto constitucional del artículo 17: otorgar justicia pronta, completa e imparcial.

Pero el tema de la justicia no fue importante sino hasta que atravesamos una pandemia que paralizó todas las actividades no solo en México, sino en el mundo. Lo que provocó que la idea de justicia tradicional se dejara y se pensara en una *e-justice* que permitiera continuar con el servicio público de administración, procuración e impartición de justicia a la distancia y sin recurrir físicamente a un tribunal.

Es viable hacer hincapié en que no estábamos preparados para una pandemia y que actualmente la justicia se encuentra suspendida, por lo que se busca proteger a las personas funcionaras, abogadas y usuarias de los tribunales; pero esta protección para evitar contagios ha dañado otros a través de la arbitrariedad en la actuación de las autoridades, la pérdida patrimonial, las muertes y los daños a la salud, incluyendo el desabasto de medicamentos y de camas de hospital.

Lo anterior nos hace pensar que es necesario que dejemos a la justicia tradicional y solicitemos la implementación de la *e-justice* en todos los estados, para que sea la forma definitiva en la que se imparta justicia y, con ello, se cumpla el otorgar justicia pronta; es decir, que una vez culminada la difícil etapa que atravesemos tengamos las herramientas para que hagamos de la *e-justice* nuestro presente.

Los avances tecnológicos facilitan las tareas de las personas y, con ello, nos vemos beneficiadas por un menor desgaste físico y mental. Veremos que la *e-justice* no es un tema nuevo, y para ello debemos preguntarnos: ¿qué se ha hecho con la justicia?, ¿cómo se ha implementado el uso de la tecnología en la impartición y procuración de justicia en México?, ¿cuál es la razón por la que se han olvidado ciertas reformas constitucionales para mejorar el servicio público de justicia?, ¿en quién se piensa cuando se habla de *justicia*?

II. ¿QUÉ ES LA E-JUSTICE?

Para adentrarnos al tema de estudio, es importante que primero sepamos lo que es la *e-justice*, la e-justicia o la justicia electrónica, como se han definido en diversos estudios.

Para Federico Bueno de Mata (2010), “La revolución cibernética ocasiona un verdadero cambio en la forma de resolver los conflictos, alterando todo el sistema judicial y elaborando así una nueva forma de entender la justicia” (p. 3).

Por otra parte, uno de los sistemas más avanzados en tecnología aplicada a la impartición de justicia es el Consejo de la Unión Europea (2014), quienes mencionan que: “La *E-Justice* o Justicia en red es una herramienta de formulación de políticas mediante la cual se está simplificando y mejorando el acceso a la información jurídica y se están digitalizando los procedimientos jurídicos transfronterizos” (p. 1).

Al respecto, Virginia López Valencia (2016) menciona:

La justicia electrónica o e-justicia resulta una opción más viable en el seno de la sociedad del conocimiento porque es un concepto que involucra cualquier transacción institucional efectuada por medios electrónicos ya sean éstos: teléfonos, fax, internet, el télex, etc., con el objeto de agilizar el proceso judicial por medio de la reducción de tiempos y costos. (p. 1)

Para Manuel Richard González (2017), la justicia electrónica es:

Aquella que hace un uso inclusivo y extensivo de las Tecnologías de información y la comunicación tanto en el ámbito de la gestión documental, notificación y comunicación de los expedientes judiciales, que serán electrónicos, como en la sustanciación del procedimiento judicial en el que la regulación legal debe prever la posibilidad de practicar determinadas pruebas mediante el uso de las tecnologías de la comunicación, incorporar a la causa documentos y otros soportes en formato electrónico y, finalmente, garantizar la grabación completa de todas las audiencias y trámites orales que se desarrollen durante el procedimiento judicial. (p. 1035)

Para Agustí Cerrillo (2009):

La e-justicia supone el uso de una pluralidad de instrumentos y canales tecnológicos: desde los ordenadores personales a la televisión, pasando por el fax o Internet. En la actualidad, los principales canales tecnológicos que se usan en la Administración de Justicia son el teléfono, el fax e Internet. (p. 2)

A manera de conclusión, Myrna Elia García Barrera (2019) refiere que:

... podemos darnos una idea que la "justicia electrónica" es un término que no existe tal y como se escucha. Puede variar el término o se puede interpretar en varios sentidos, de manera tal que se puede definir como las nuevas posibilidades que ofrecen las tecnologías de la información y comunicación (TIC), en el seno de la sociedad del conocimiento, para garantizar una administración de justicia al servicio de los ciudadanos y ciudadanas. Se trata de un concepto que involucra cualquier transacción institucional efectuada por medios electrónicos, ya sean éstos teléfono, fax, Internet, el télex, EDI, etcétera, con objeto de agilizar el proceso judicial por medio de la reducción de tiempos y de costos. (p. 221)

No obstante, lo que se busca con la *e-justice* es iniciar procedimientos o procesos desde la interposición de la demanda, la notificación, su contestación, el desahogo de pruebas y audiencias vía remota y obtener el dictado de una sentencia con uso de la tecnología. Como pudimos leer, varios autores mencionan que cualquier tecnología puede ser aplicable a la impartición de justicia, pero es Manuel Richards (2017) quien menciona su uso en todo el proceso.

Por ello, *e-justice* es el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en los procesos y procedimientos (jurisdiccionales o administrativos), cuya tarea es facilitar las actividades y el quehacer institucional de quienes imparten justicia, por lo que para resolver las controversias que se plantean se usan las TIC desde el inicio del proceso o procedimiento, hasta el dictado de una sentencia o resolución, incluyendo la admisión y el desahogo de pruebas.

III. USOS DE LA *E-JUSTICE*

El estudio de la *e-justice* no es reciente, Agustí Cerrillo (2007) habló de los usos de las TIC en la administración de justicia, las cuales consistían en: a) el tratamiento de la información —bases de datos—; b) la gestión de expedientes judiciales; c) relación entre los operadores jurídicos —descarga de formularios y escritos judiciales, presentación de escritos en línea, tramitación de pleitos electrónicos, foros electrónicos—, y d) la toma de decisiones.

En este sentido, es importante que la *e-justice* sea implementada en nuestro país, sobre todo para promover los derechos fundamentales de todas las personas, en especial el de acceso a la justicia pronta, completa e imparcial. Esto es así ya que, sin acceso a la justicia, las personas no lograrán resolver sus problemas, lo que conllevará a una violación interseccional de sus derechos, afectando su vida, integridad, patrimonio y un cúmulo de derechos ante el desamparo por no hacer de la *e-justice* una realidad.

Ante la crisis actual que vive el mundo, necesitamos inmediatamente el uso de las TIC en la administración, impartición y procuración de justicia, ya que los conflictos no descansan, y esto puede afectar al Estado de derecho y al orden constitucional, debido a la ausencia de resolución de conflictos por parte de los tribunales.

La *e-justice* es un sistema que engloba los diversos momentos que amparan el derecho del debido proceso: la interposición de la demanda, las comunicaciones judiciales, el desahogo de las pruebas, la argumentación a través de los alegatos y el dictado de las sentencias o resoluciones, al tenor del artículo 14 párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Congreso Constituyente, 1917).

Al ser un sistema, el mismo debe desintegrarse para conformar un todo, especializarse en determinadas tareas para permitir que sean automatizables y enfocarse en mejorar el servicio público de impartición de justicia por los tribunales.

Al respecto, Myrna Elia García Barrera (2019) realizó una investigación sobre la *e-justice*, en donde analiza a la informática jurídica, definiéndola como: “La aplicación de los medios informáticos para el procesamiento de información jurídica” (p. 213).

A través de su trabajo, clasifica la informática jurídica de la siguiente manera:

- a. Informática jurídica operacional: dedicada a la gestión de juzgados, estudios jurídicos y cámaras legislativas.
- b. Informática jurídica registral: relacionada con los registros de la propiedad, del comercio, de inversión extranjera, etcétera.
- c. Informática jurídica decisional: con la resolución automática de casos respectivos.
- d. Informática jurídica documental: relacionada con los bancos de datos jurídicos. (p. 213)

La autora concluye que las dos primeras definiciones constituyen la informática de gestión de los tribunales, y las dos últimas, la informática que ayuda a la decisión de los conflictos.

Sin embargo, la Comisión Nacional de Mejora Regulatoria y la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos (2019) hicieron un análisis sobre el avance del uso de la tecnología en los poderes judiciales de México, especialmente en el juicio oral mercantil, en el cual se llevaron a cabo talleres de formación para agilizar los trámites. Los puntos que se trataron fueron: a) sistema de asignación de salas y monitoreo; b) sistema de gestión; c) sistema de notificaciones, y d) sistema de estadística judicial.

De lo anterior observamos que se han hecho esfuerzos para que la justicia tradicional evolucione a una *e-justice*.

IV. HISTORIA DE LA *E-JUSTICE* EN MÉXICO

Desde 1999 se comenzó a hablar de la *e-justice* en el mundo y se hicieron grandes aportaciones para que, de manera paulatina, se mejoraran los servicios de impartición y procuración de justicia en todo tipo de conflictos.

Pero llegamos a 2020 y vemos que esto no se cumplió. Debido a una contingencia sanitaria, se visualizó que la *e-justice* llegó para quedarse, que es muy necesaria y urge su implementación. El servicio público de

impartición, administración y procuración de justicia se ha alterado y suspendido, porque las personas no pueden acudir a los tribunales y, ante esta situación, la gente no obtiene respuesta a sus conflictos. Esto ocasiona una violación constante y sistemática a sus derechos.

La Comisión Nacional para la Reforma Regulatoria y la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos (2019) documentaron que actualmente 22 tribunales estatales cuentan con un sistema de monitoreo de las audiencias, 22 tribunales han implementado un sistema de asignación de salas de audiencias, mientras que 15 tribunales cuentan con un sistema de gestión judicial (Comisión Nacional de Mejora Regulatoria, 2019).

La *e-justice* comenzó en 2003, cuando se publicó una reforma al Código de Comercio (1889) que introdujo la denominación *mensajes de datos* a nuestro sistema legal, para dar un gran paso hacia el reconocimiento de la tecnología en los actos jurídicos y la posibilidad de su validez, reconocimiento y ofrecimiento ante los tribunales. Estos mensajes de datos consisten en: “La información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología” (Ejecutivo de la Unión, 1889: 21). En esta reforma ya se hablaba de la firma electrónica avanzada, pero no fue hasta 2012 que se hizo una Ley de Firma Electrónica Avanzada para regular su uso y operación a nivel nacional (Congreso de la Unión, 2012).

El avance de la tecnología y su uso constante modificó a nuestra sociedad; por ello, se pensó en regular los actos para que se ajustaran a la realidad social. En 2013, mediante una reforma integral al juicio de amparo y la creación de una nueva ley, ya se preveía la existencia de la presentación de una demanda de amparo con el uso de firma electrónica, tomando como base la reforma de 2012 (Ramírez, 2009).

Lo anterior denota que ya se mencionaba la existencia de un probable juicio en línea en materia de amparo, pero que, debido al desconocimiento, o era invisible o no quería utilizarse, y al no exigirse su perfeccionamiento por parte de las personas abogadas nunca se perfeccionó.

El antecedente funcional de la *e-justice* es visible en 2008, ya que el estado de Nuevo León presentó una propuesta de un sistema judicial eficiente, creyendo en el uso de TIC para hacer eficaz la prestación del servicio público, ofreciendo sus servicios de manera remota, facilitando el acceso a la justicia y pensando en los derechos de quienes solicitaban justicia. El estado de Nuevo León fue la base para la implementación del sistema de justicia

en línea en Europa y en Latinoamérica y materia de diversos artículos en *e-justice* (Mata, 2010). Este es el modelo que se implementó y que actualmente opera.

Otro de los antecedentes, en materia administrativa federal, fue el procedimiento contencioso administrativo, que en 2009 se reformó para incorporar el juicio en línea, el cual podría tramitar y desahogar los procesos vía remota; además, se creó una Sala Especializada en materia de juicio en línea para interponer demandas, contestarlas, ofrecer escritos, notificarse, cotejar documentos en línea y desahogar audiencia (Ramírez, 2009).

La *e-justice* avanzó y ejemplo de esto es el Estado de México, al que se le imputa el primer divorcio vía remota (*Diario el Portal*, 2020). Asimismo, se suman al uso de la *e-justice* los estados de Tamaulipas, Baja California, Guanajuato, Puebla y Oaxaca, donde sus servicios son mixtos: se inician en línea, pero se acude a las oficinas presenciales para continuarlos.

A través de nuestra experiencia, observamos que todo lo anterior pasó desapercibido por los poderes judiciales locales y no se sumaron para hacer de la *e-justice* una realidad. Sin embargo, la pandemia nos ha mostrado que la *e-justice* no es una opción, sino una obligación por parte de todos los estados para evitar dejar en desamparo a las personas y otorgarles justicia.

Como ejemplo de ello y por motivos de la pandemia, observamos al Poder Judicial federal, quien ha implementado el uso de su firma electrónica y admitido la presentación de juicios en línea para continuar con la impartición de justicia, perfeccionando el tema pendiente desde 2013: la *e-justice* (Consejo de la Judicatura Federal, 2020). No obstante, sabemos que la mayoría de los juicios son de poderes judiciales locales, y los estados no han presentado una reforma integral para cumplir con las funciones de una informática jurídica adecuada a la impartición de justicia.

Si bien es cierto que los tribunales superiores de los estados usan las TIC en la administración de justicia, su uso no es funcional y no ha cumplido con la demanda de justicia por parte de la ciudadanía. Por esta razón, además de la suspensión por contingencia sanitaria, han demostrado que las reformas que comenzaron desde 2008 en Nuevo León han pasado inadvertidas, se han ignorado, y por ello estamos ante un servicio público suspendido por no hacer de la *e-justice* una constante.

V. DERECHOS FUNDAMENTALES PROTEGIDOS CON LA *E-JUSTICE*

La justicia podrá hacerse una realidad cuando se cumpla cabalmente el contenido del artículo 17 constitucional:

Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales. Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales. (Congreso Constituyente, 1917: 19)

De lo anterior, obtenemos que: a) en México se prohíbe que las personas hagan justicia por su propia mano, lo que sienta las bases para establecer como obligación que la impartición de la justicia sea por medio de los tribunales; b) la administración de la justicia se impartirá por los tribunales, en los plazos y términos que determinan las leyes, por lo que se debe resolver de manera pronta, completa e imparcial, y c) el derecho humano a acceder a los mecanismos alternativos de solución de controversias, siempre que se lleven juicios o procedimientos en forma de juicio, favoreciendo en todo momento la igualdad de las partes y evitar formalismos procesales, para que se resuelvan los problemas de las personas.

Esto significa que:

- a. El deber del Estado mexicano es fortalecer sus instituciones para que imparta justicia y evitar que la ciudadanía busque justicia por su propia mano.
- b. Es obligación del Estado resolver los conflictos de manera pronta; además, los conflictos deben resolver las peticiones de quienes están involucrados y enfocarse en los argumentos y derechos que están en conflicto; por último, se establece la obligación de imparcialidad, que busca evitar que los tribunales y quienes resuelven tengan intereses para beneficiar a alguna de las partes o resolver a su favor.
- c. El uso de los mecanismos alternativos de solución de controversias para que la justicia evite ser retardada y que, cuando sea posible, sean las personas quienes resuelven sus problemas a través de un tercero que

facilite la comunicación y posibilite el diálogo, evitando así que los conflictos se prolonguen.

Por lo tanto, la *e-justice* es útil para hacer que se cumpla el contenido de este artículo, siendo pronta, desformalizada y en beneficio de la población.

Sabemos por experiencia que las cargas de trabajo de los tribunales evitan otorgar justicia pronta, y no se piensa en las razones por las cuales las personas acuden a un tribunal: la solución de sus conflictos, evitar la auto-defensa (justicia por su propia mano) y obtener una sentencia.

La justicia debe proteger derechos humanos, en términos del artículo 1° constitucional, segundo párrafo:

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. (Congreso Constituyente, 1917: 1)

Por lo que hay un nexo entre justicia y derechos humanos: proteger la dignidad. Es por esto que las políticas públicas y las reformas que se hagan para la mejora del sistema de justicia en México deben pensarse para proteger el máximo de derechos humanos posible, pensando siempre en las personas como usuarias de los tribunales.

En ese sentido, al amparo del artículo 1°, deben analizarse tratados internacionales, protocolos y normas para replantear y mejorar nuestro sistema de justicia, tomando como base otros sistemas judiciales de impartición de justicia y, de esa manera, cumplir con la obligación del artículo 17 de nuestra Constitución: otorgar justicia en los términos y plazos señalados, para ser *pronta*.

Por último, el artículo 1° es importante porque establece obligaciones generales: promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, con base en los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. De estos, tomaré como elemento trascendente la progresividad, ya que, debido a que nuestra sociedad evoluciona, la realidad debe adaptarse al cambio que vivimos, como lo puede ser la justicia a través de la *e-justice*. Esto implica otorgar e impartir justicia por medios

electrónicos para que, de esta forma, pueda cumplirse con el contenido del artículo 17 constitucional y otorgar justicia pronta.

La justicia no solo debe ser enunciada, sino que implica cumplir con una obligación que, de no llevarse a cabo, podría desviar la conducta de las personas a buscar justicia por su propia mano, como está ocurriendo actualmente en la pandemia que atravesamos.

Pero los derechos protegidos no terminan ahí, sino que hablar de mensaje de datos y de *e-justice* implica garantizar otros derechos, como lo es el acceso a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, banda ancha e internet, cuyo contenido es visible en el artículo sexto, párrafo tercero, de la Constitución:

El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet. Para tales efectos, el Estado establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios. (Congreso Constituyente, 1917: 12)

De esta manera, es visible que se encuentran protegidos los derechos mencionados a nivel constitucional, y de la misma forma se obliga el Estado mexicano a garantizar a todas las personas el acceso a las TIC, a los servicios de radiodifusión y comunicaciones, a la banda ancha y al internet. Esto concluye que la *e-justice* puede implementarse, porque todas las personas tienen el derecho humano de acceso al internet y a las TIC, por lo que los tribunales pueden comenzar a hacer uso de las TIC y otorgar justicia por medio de la *e-justice*.

Si bien es cierto que, existen restricciones para lograr que todas las personas accedan al internet, es a través del Protocolo de San Salvador donde se reconocen los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y se amplía el derecho de las personas al acceso tanto a las TIC como al internet.

Hasta este momento se preguntarán: ¿cómo accederán las personas a este derecho si no existe capacitación en el tema? La respuesta se encuentra en el artículo 3: “ Toda persona tiene derecho a la educación ” (Congreso Constituyente, 1917: 5). El hablar de TIC es hablar de capacitación para su manejo; por lo que el Estado debe incluir en todos los niveles de educación el uso de estas para, con ello, evitar el desconocimiento sobre su existencia y uso: brecha digital.

Una vez que se le muestre a la gente la existencia de las TIC y se le capacite para su uso y, en especial, para el uso de la *e-justice*, es importante

establecer que se recolectarán datos de las personas, lo que implica un deber más del Estado: la protección de los datos personales, de la privacidad y vida privada, para evitar que se haga un uso inadecuado de estos datos. Este aspecto es visible en el artículo 6, apartado A, fracción II: “La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes” (Congreso Constituyente, 1917: 12).

Y el artículo 16, párrafo, segundo:

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros. (Congreso Constituyente, 1917: 17)

En ese tenor, es importante que las políticas de mejora al servicio público de acceso a la justicia, a través de la *e-justice*, piensen en la protección de datos personales, en la vida privada, la privacidad y, una vez discutido eso, en implementar, usar y dar a conocer a la ciudadanía las formas en las que la *e-justice* puede utilizarse éticamente.

La información de los tribunales debe estar disponible para toda la ciudadanía: las sentencias, los procesos y cómo opera la *e-justice*. Esto es reconocido y garantizado en el artículo 6, párrafo segundo: “Toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión” (Congreso Constituyente, 1917).

Esto se traduce en el derecho a la transparencia de lo que ocurre en la impartición de justicia por los tribunales, lo que robustece siempre a un Estado de derecho. Si bien es cierto que la transparencia no se ha catalogado como derecho humano, es una obligación del Estado el rendir cuentas, y a través de la *e-justice* este derecho puede hacerse realidad con el uso de las TIC para que la información pueda ser consultada por todas las personas.

Hemos visto que la Constitución mexicana protege los siguientes derechos: acceso a la justicia; el respeto a los derechos humanos; el acceso a las TIC, a los servicios de radiodifusión, telecomunicación, banda ancha e internet; el educar a la población para conocer y manejar las TIC; la protección de datos personales que impliquen la vida privada, privacidad y la dignidad, y el acceso a la información relacionado con la transparencia en la actuación de los tribunales.

Tomando como base la interpretación sistemática y funcional del derecho de acceso a la justicia, el Estado debe pensar que el uso de la *e-justice* debe hacerse una realidad para cumplir con el máximo de derechos que le puede otorgar a su ciudadanía, así como para evitar cualquier suspensión por contingencias sanitarias y que los juicios pasen años en los tribunales sin que se resuelvan.

VI. BENEFICIOS DE LA *E-JUSTICE*

Debemos atender un punto primordial y resolver de manera razonable la colisión entre los derechos fundamentales que existen, entre la prestación de los servicios de administración de justicia, la salud, la vida y la integridad de las personas y la restricción a la movilidad y a las actividades derivadas del acuerdo por el cual se declaró la contingencia sanitaria el 30 de marzo de 2020 (Consejo de Salubridad General, 2020).

Esto, en el entendido de que la justicia no puede suspenderse, ni los reclamos de las personas, ni los derechos, ni las libertades; por ello, la clasificación de los casos “urgentes” de los poderes judiciales atenta contra la dignidad humana, y el evitar transitar a una *e-justice* paulatinamente afecta a las personas, especialmente en su patrimonio, su libertad y hasta en su vida.

Con la implementación temprana de la *e-justice* se hubiesen salvado muchas vidas, tanto de los usuarios (los que reclaman y se defienden ante la impartición de justicia) como las personas abogadas y funcionarias de la administración de justicia; además, con ello, se hubiese protegido su salud, su integridad y su dignidad, tomando como base el miedo, la inseguridad y las repercusiones mentales originadas por la pandemia. En el entendido de que se continuó con una justicia tradicional y, aún con la pandemia, los usuarios tenían que acudir presencialmente a los tribunales para el uso de sus servicios.

En ese sentido, la *e-justice* nos protege ante futuras contingencias, ya que evitará el contacto de personas y permitirá la consulta virtual de las actuaciones de los procesos o procedimientos ante tribunales en cualquier lugar del mundo, además del desahogo de audiencias sin la necesidad de acudir presencialmente a un tribunal.

Myrna Elia García Barrera (2010) destacó que la informática jurídica auxilia de diferentes maneras a la administración de justicia y que su

implementación debe ser planeada para funciones específicas, como la denominada informática de gestión, la cual digitalizará los expedientes y carpetas de investigación existentes para que puedan ser consultables vía remota. Además, se podrán presentar e interponer reclamaciones, solicitudes, demandas o denuncias en cualquier momento y lugar y permitirá acceder a una base de datos, en especial, acceder a los expedientes virtuales para poder observar información procesal sin tener que acudir a un tribunal.

El hacer lo anterior permite que las personas puedan acceder a la justicia sin poner en peligro su vida, su salud, su integridad y preservar su dignidad, además de potenciar los derechos de las personas trabajadoras de los tribunales quienes podrán trabajar a distancia.

Por nuestra experiencia, sabemos que algunas fiscalías no ofrecen servicios digitales, siendo de suma importancia que se amplíe la *e-justice* a la procuración de justicia para que las víctimas de delitos puedan acceder a las fiscalías sin presentarse presencialmente. Además, pensemos: una persona que es víctima de algún delito acude a la Fiscalía, se contagia y, lamentablemente, pierde la vida, ¿es revictimización?

Lo anterior no solo beneficia a las víctimas, sino también a los funcionarios de las fiscalías, ya que, al presentarse las denuncias de manera virtual, ahorrarían tiempo y podrían ocuparse de diligencias que requieren más atención; además de proteger su vida, pues sabemos que, lamentablemente, personas integrantes de las fiscalías han fallecido, así como sus auxiliares: policías y peritos. Por ello, el ampliar los servicios de la *e-justice* a la procuración de justicia beneficia a todas las personas involucradas.

Así, sea materia de procuración, de impartición o de administración de justicia, permitir a la ciudadanía presentar en línea sus demandas, quejas o denuncias reduciría significativamente el tiempo para analizar, admitir, dar trámite e iniciar los procesos o procedimientos. Ello beneficia a la ciudadanía y se cumpliría el otorgar justicia pronta.

La *e-justice* también permite que las personas funcionarias puedan laborar desde sus casas, con lo que se evita el contagio y permite que los espacios de los tribunales se utilicen para diligencias o casos complicados; además de facilitar la atención de las causas cuando esta puede ser proporcionada virtualmente mediante el expediente electrónico.

Países como España han permitido que las demandas se presenten por medio de formularios o con base en formatos preestablecidos en las páginas de los poderes judiciales (Cerrillo, 2007: 8), por lo que hay que preguntarse

¿por qué la justicia en México tiene que ser tan formalista? México tiene que pensar en una justicia accesible y sencilla para su ciudadanía, ocupando para ello a la *e-justice*.

Otra funcionalidad de la *e-justice* es expedir copias certificadas sin la necesidad de acudir a un tribunal y esperar a que se autoricen, se expidan y se gaste papel. Esta práctica es común para ofrecerla como prueba en diversos juicios. Pero, pensemos, ¿por qué no darles validez a las actuaciones digitales de un expediente? En el entendido de que se reconoce su legitimidad y que el hacer esto obstaculiza a la justicia pronta.

Asimismo, en la *e-justice* también se deben contemplar los registros de documentos, copias, videos o cualquier expediente para que se certifiquen de manera sencilla, pronta y mediante el uso de las plataformas que se creen para ello; se debe pensar en su legitimidad haciendo uso de firmas electrónicas para que estos puedan ser inalterables y que la solicitud sea sencilla y accesible para todas las personas.

De esto ya se habló y se definió como *informática decisional*, siendo que los documentos emitidos por los tribunales deben constar en los expedientes electrónicos para, de esta manera, agilizar la impartición de justicia (Barrera, 2010).

Esto es una práctica común en la Unión Europea (Poder Judicial de España, 2020), en donde las actuaciones y documentos ofrecidos ante los tribunales constan virtualmente, y las partes que intervienen en un proceso o procedimiento acceden a esta información de manera sencilla. En México, el Poder Judicial de Nuevo León ha hecho como práctica común que los documentos o videos de audiencias consten en su plataforma, sin necesidad de grabarlos en una unidad externa (discos o USB), y que sean consultables por los intervinientes en cualquier lugar y momento.

En la informática decisional se menciona que las sentencias pueden ser automatizadas (Barrera, 2010), pero aclaremos que siempre la persona tiene la obligación de revisarlas y que, sin su intervención, revisión o manejo, las sentencias no pueden ser pronunciadas, porque se deben analizar requisitos esenciales y constitucionales. La tecnología nunca suplirá la tarea de los jueces. Al respecto, el maestro Juan Luis Hernández Conde comenta: “la inteligencia artificial ni es inteligente, ni es artificial”, ya que requiere la intervención humana y aplica al caso de la emisión de sentencias.

Pero existen casos donde podría utilizarse la automatización como medio para agilizar los trámites ante los tribunales en el caso de sentencias declaratorias derivadas de diversas jurisdicciones voluntarias o también

pensar en la revisión de acuerdos reparatorios en materia penal analizados previamente por las fiscalías o unidades especializadas en mecanismos alternativos. Por ello, podría capacitarse a las personas funcionarias para que su aceptación o validación sea una tarea sencilla y los acuerdos no admitan errores desde su formación.

Además, las audiencias a distancia pueden legitimarse con la *e-justice* y se les puede otorgar valor y, con ello, otorgar justicia pronta, en el sentido de que acudir a los tribunales es costoso y desgastante. ¿Por qué no pensar que las personas puedan acceder a las audiencias de manera sencilla? Existe debate sobre el uso de medios remotos en audiencias de juicio oral porque no se aprecia directamente al testigo o perito, pero ¿el derecho tiene que ser formalista? Recordemos que el acceso a la justicia es hacia la ciudadanía y no hacia las personas abogadas y que al usar las cámaras vemos directamente los gestos, rostros, su expresión no verbal y nos centramos en las personas que están al frente de nosotros, por lo que obstaculizar la validez de las audiencias telemáticas es atentar contra la dignidad de las personas y la administración de justicia.

Lo anterior va aunado a que el derecho de acceso a la justicia no impone formalismos procesales, según el artículo 17 constitucional, y se ha optado por dejar de lado los formalismos para que las personas resuelvan de manera inmediata sus conflictos. Así, debemos de creer en las audiencias remotas o telemáticas para que la justicia no se suspenda, sino que avance y continúe con su propósito: dictar sentencias justas y de manera pronta.

Tenemos un ejemplo para cómo actuar y desahogar estas audiencias en España: la Guía para la Celebración de Actuaciones Judiciales Telemáticas, con fecha de mayo de 2020 (Poder Judicial de España, 2020), la cual podrá ser guía y, en su caso, mejorar las prácticas de audiencias telemáticas o a distancia pensando en nuestro derecho interno.

Nuevamente, el hacer audiencias a distancia permite que quienes sean ofrecidos como testigos accedan de manera sencilla a su obligación de declarar en cualquier lugar, sin la necesidad de realizar gastos de traslado y solo preocupándose por acudir a la cita por medio de una computadora con acceso a internet, en vez de pensar en los viáticos, si es que se encuentra en un lugar lejano a la sede de la audiencia o, en su caso, perder un día de trabajo por acudir a ella. Sobre este punto, puede acudir directamente desde su domicilio u oficina o a través de las salas creadas para tales fines, como el caso del Estado de México.

Estas audiencias permiten el principio de contradicción en todo momento —interrogar y contrainterrogar, además de los reinterrogatorios y recontrainterrogatorios—, dando en todo momento la dirección al tribunal para el uso de la voz y, con ello, permitiendo que todas las partes involucradas se escuchen correctamente.

En cuanto a las notificaciones y los emplazamientos, el usar la *e-justice* ahorrará tiempo, esfuerzo y dinero en las notificaciones de cualquier índole. De esta manera, los notificadores o actuarios no se trasladarán a un lugar determinado, sino que mandan un aviso al portal, al correo electrónico o por mensaje de texto, como se hace en España (Cerrillo, 2007), para que los interesados conozcan los juicios en los que se ven involucrados y se eviten gastos dirigidos a las notificaciones o emplazamientos, lo que ahorrará tiempo y dinero a los tribunales en México.

Otro beneficio de la *e-justice* es que el uso del dictado de voz facilitará que las resoluciones dictadas de manera oral se transcriban, ya que esto se hará al momento. Las personas que se encargan de la transcripción de los audios y videos de las audiencias podrán emplearse para otras tareas. Este trabajo es automatizable, y su automatización permite que la justicia sea pronta (Cerrillo, 2007).

Todo lo anterior ha dejado en claro que, para México, el uso de la *e-justice* permitirá continuar con la prestación del servicio público sin la necesidad de que las personas o funcionarios tengan que estar físicamente en los tribunales, además de que las funciones de la *e-justice* permitirán que la justicia sea pronta y, de la misma manera, que las personas se vean protegidas en su salud y vida cuando existan contingencias o desastres naturales.

Pero los beneficios no terminan en la impartición de justicia, sino que impactan otras áreas, como lo es el trabajo de las personas abogadas que laboran de manera independiente, el cual se ha visto mermado ante la ausencia de poder laborar en los tribunales. También impacta en su patrimonio y en el de las personas que representan y asesoran. La *e-justice* piensa en todas las personas que se involucran en el proceso de la administración de justicia y las beneficia.

Otro derecho fundamental que se otorga ante el uso de la *e-justice* es el del medio ambiente sano. Si se hace una realidad, se dejará de usar el papel, beneficiando no solo al ambiente, sino a los tribunales que día a día se llenan de expedientes de papel. Además, beneficia a la economía de quienes gastan en copias y a nuestra naturaleza, pues se evita la tala de árboles.

El usar la *e-justice* también permite acceder a la información porque de esta manera la ciudadanía conoce cómo se han desarrollado las audiencias y con base en qué criterios se emiten sentencias, dejando de lado el hecho de que los procesos sean secretos.

La *e-justice* permite que las audiencias sean públicas y que las personas interesadas acudan virtualmente a una, salvo los casos de excepción; así, se permitirá que las personas conozcan a sus tribunales, cómo funcionan, quiénes los integran, cómo deciden, cuáles son los tiempos de respuesta, cómo se usan las TIC y cómo impactan o impactaron sus decisiones a la vida de las personas a las que se les dictó una sentencia. Esto impacta positivamente en la rendición de cuentas y en la transparencia ante la ciudadanía.

Por otro lado, se obliga al Estado a mejorar los servicios de radiocomunicación y telecomunicación para permitir que todas las personas dentro del territorio nacional puedan acceder a las TIC y, con ello, a la *e-justice*. Además, como obligación, el Estado también debe ampliar la cobertura de la banda ancha e internet, evitando paulatinamente la brecha digital e impulsando la educación en uso de las TIC, lo que tendrá que realizarse con el apoyo del sector público, privado y de las organizaciones de la sociedad civil, beneficiando en la educación que pueda impartir el Estado en materia digital, pero, en específico, debe enseñar a su ciudadanía el uso de la *e-justice*.

Lo anterior obliga al Estado a crear un sistema de ciberseguridad para proteger la información de quienes acceden a la *e-justice* en materia de datos personales y datos personales sensibles. Por lo que, si se opta por un sistema de *e-justice*, se deben crear sistemas rígidos para evitar la vulneración de la información sensible y su mal uso o exposición, tanto en redes sociales como en sitios públicos de internet. Esto beneficia a la protección de la información que recolecta el Estado y a la ciudadanía, que puede estar segura de su uso ético en los casos que involucren el uso de la *e-justice*.

Esto hace que el Estado cambie de un no hacer a un hacer; de una obligación de pasividad a una de un actuar positivamente tomando en consideración siempre el acceso a la justicia y, lo más importante, creando políticas públicas que potencialicen los derechos con base en la dignidad de las personas. Así, podría hacerse realidad acceder a una justicia pronta.

El beneficio principal es hacer que los juicios se cumplan en los términos establecidos por las leyes procesales, que las autoridades puedan dictar sus resoluciones y sentencias en los tiempos establecidos y que las personas

vean solucionados sus conflictos de manera pronta y que eviten un perjuicio en su patrimonio, salud, vida o libertad.

También, y no menos importante, el avance de la tecnología permite que la *e-justice* se adapte a las personas con discapacidad, sea visual, auditiva o de cualquier tipo, pudiendo programar las audiencias, expedientes y actuaciones para que puedan ser consultables mediante tecnologías que no excluyan a los discapacitados, informándoles en todo momento lo que ocurre en sus causas (Comisión Nacional de Mejora Regulatoria, 2019). En este sentido, la *e-justice* debe adaptarse a las personas y no las personas a la justicia. También, deben tomarse en consideración los grupos vulnerables; si no se piensa en ellos al hacer uso de la *e-justice*, la justicia es privilegiada, solo para las personas que son ciudadanos y no discapacitados, por lo que la tecnología y la *e-justice* se deben adaptar a todas las personas.

VII. PUNTOS EN CONTRA DE LA *E-JUSTICE*

Existe un comentario negativo generalizado en cuanto a la implementación de la *e-justice*: la brecha digital y las redes de telecomunicaciones insuficientes.

Como primer punto, ante la brecha digital es importante que el Estado tome en consideración sus tareas prioritarias y que haga de los derechos reconocidos en la Constitución una realidad; además, debe recordar que nuestro sistema jurídico mexicano se encuentra amparado a los tratados internacionales y tiene la obligación de cumplirlos.

En ese sentido, respecto a la brecha digital, recordemos que la educación es un tema prioritario en la agenda internacional, pero la situación actual de México pone a pensar si lo que necesita la ciudadanía es *e-justice* o satisfacer necesidades básicas como lo son alimentación, vestido o salud pública. Además, la educación en ciertos estados y municipios de nuestro país no es una realidad, lo que impide aún más que la *e-justice* sea posible, debido a la insuficiencia del personal docente e infraestructura para tener escuelas, por lo que la brecha digital crece día a día, y aunque se permita que mediante la educación se conozcan las TIC y cómo funcionan, las personas que carecen de aparatos tecnológicos se verán impedidas a utilizarlos como se busca o se ha buscado con la *e-justice*. Aunque la educación con base en las TIC sea un derecho humano reconocido, vemos que en nuestra realidad esto no ocurre.

Un segundo punto sería que sabemos que la Constitución no garantiza ni otorga el derecho reconocido de otorgar a toda su ciudadanía aparatos tecnológicos, sino que garantiza que puedan existir más señales de radio y telecomunicaciones; pero nuevamente esto no es una realidad. En las comunidades más alejadas de México las señales no llegan y, por lo mismo, la implementación de la *e-justice* no es para todas las personas, en especial para los grupos vulnerables que se buscan proteger o para quienes se busca ampliar el destinatario: las comunidades indígenas. Esto da a entender que la finalidad puede ser la mejor —avanzar hacia una justicia pronta—, pero debe ser pensada para alcanzar a toda nuestra población y no excluir a las comunidades indígenas.

Hasta este momento, ¿qué es más importante para la ciudadanía, el satisfacer sus necesidades básicas o el uso de las TIC e internet? La pregunta se resolverá según las circunstancias de cada caso particular, sabiendo que existen personas que día a día luchan por alimentación, agua o una vivienda digna.

Como tercer punto tenemos el acceso a la justicia. Muchas personas no acuden a los tribunales por miedo a ser castigadas o a ser sancionadas por denunciar, demandar o acceder a ellos. Ante esta circunstancia, ¿qué pasaría con esas personas que deseen acceder a la *e-justice*, pero que no puedan hacerlo por temor a represalias?, ¿cuál sería la mejor forma de proteger y evitar que las personas puedan ser perjudicadas? Lo correcto sería planear y pensar en un sistema de protección integral que proteja a cualquier persona que acude a la *e-justice*.

Para ello, los poderes judiciales deben evitar ser pasivos y crear mecanismos robustos para otorgar justicia inmediata y que de esa manera también se cuide la integridad de los usuarios.

Un punto en contra ha sido la pasividad de los poderes judiciales para implementar la tecnología en la administración de justicia, pero ¿los tribunales crearán espacios para llevar a cabo audiencias en línea? Esto respecto a las personas que no cuentan con medios electrónicos o internet para poder acudir a la *e-justice*, ¿o se contestará afirmando que no se cuentan con los recursos suficientes? Este ha sido el pretexto o la limitante para avanzar hacia la *e-justice*.

Como cuarto punto se aborda el formalismo tanto de las personas funcionarias como abogadas, ante el cual cabe preguntar: ¿la justicia tradicional cumple con un estándar ético?, ¿de qué forma podemos asegurar que el uso de la *e-justice* no retardará a la justicia nuevamente?, ¿qué se hará con

aquellos funcionarios que pierden o eliminan la información de los expedientes virtuales?, ¿qué se hará con los funcionarios que puedan vender la información? Estas preguntas deben plantearse y resolverse antes de implementar el sistema de *e-justice*. En este sentido, la capacitación con un sentido humano y dirigido a pensar en la ciudadanía permitirá que poco a poco la justicia se desformalice y se haga sencilla.

La justicia tradicional destaca por ser formalista, pero ¿qué nos hace creer que la *e-justice* no podrá serlo? Y como ejemplo de esto escuchamos cómo se obligaba a las personas abogadas a vestir de traje y corbata ante una juez porque “no debía de perderse la formalidad y olvidarse que estábamos frente a un juez”. Ante esta circunstancia, la *e-justice* corre el riesgo de llegar a ser igual a la justicia tradicional.

En cuanto al quinto punto, es importante pensar en las reformas o en la implementación de la *e-justice*, ya que sin un sistema de protección de datos personales o de ciberseguridad las personas pueden verse vulneradas en su información sensible, como lo podrían ser las audiencias en materia penal que involucren a grupos vulnerables o secretos comerciales y, con ello, revictimizar o usar la información sin consentimiento. De esa forma, los encargados de la administración de justicia deben pensar en un trabajo multidisciplinario, en donde abarquen a profesionales en ciberseguridad, a ingenieros en TIC y, sobre todo, personas abogadas que entiendan la tecnología para que, de esta manera, se pueda cumplir con el texto del artículo 17 constitucional y cuidar la dignidad, integridad, vida privada y privacidad de las personas que usen a la *e-justice*.

Un sexto punto sería que, si no se crea un manual de buenas prácticas, no existirá imputación sobre quien pueda tener responsabilidad en el uso, manejo o creación de tecnología aplicable a la *e-justice*. Lo que propiciaría impunidad y que, ante el desconocimiento, no se castigue a la persona culpable o, en su caso, no se repare el daño causado.

En el séptimo punto se nos plantea un problema más: si los poderes judiciales acuden a una empresa de tecnología para que desarrollen los sistemas de *e-justice*, ¿saben cuáles son los temas de contratación?, ¿conviene temas de ciberseguridad?, ¿establecen cláusulas penales de responsabilidad?, ¿celebran convenios de confidencialidad? Imaginemos que las empresas tienen intereses ocultos como vender la información que recolectan, ¿cuál sería la responsabilidad de los poderes judiciales? Esto puede ser subsanable ante auditorías continuas a las empresas de tecnología, pero ¿entendemos las repercusiones legales o cómo funcionan los sistemas de *e-justice*?

Bajo esta tesitura, es importante planear si se contrata a una empresa de tecnología o si se busca capacitar al personal que trabaja dentro de los tribunales, como ingenieros en sistemas o *software*, ya que son ellos quienes tienen la obligación de innovación y mejora continua en los servicios de la *e-justice*.

En el octavo punto se aborda el problema de la red en las TIC y en obligar a las personas a tener una tecnología y banda ancha determinada. ¿Acaso no atentaría contra la neutralidad de la red y de tecnología?, ¿de quién es la obligación de permitir que la *e-justice* funcione?, ¿de la ciudadanía o de los poderes judiciales? El uso de la *e-justice* tiene una finalidad: que la justicia no se detenga ni se retarde, pero ante problemas técnicos ¿se atentaría contra su implementación? La respuesta se encuentra en la obligación del Estado en la mejora continua de los servicios de banda ancha e internet, así como en educar con empatía para que todo funcione de manera cordial y correcta.

El noveno punto trata sobre las audiencias: ¿cómo se asegurará que las personas no graben con dispositivos externos y compartan la información de las audiencias?, ¿cuáles son las consecuencias de la divulgación de la información, sobre todo si se exponen imágenes?, ¿quién tendría responsabilidad?, ¿es válido obligar a una persona a actuar de determinada manera en una audiencia? Son preguntas que pueden o no resolverse con la *Guía de Juicios Telemáticos de España* y cuya resolución protegerá o afectará derechos fundamentales; pero lo que sí debe de establecerse y planearse es la protección a la dignidad de las personas.

Finalmente, el décimo punto es sobre la implementación temprana. Aquellos poderes judiciales que desearon implementar algún elemento de la *e-justice* ¿saben sus consecuencias? El usar la tecnología sin conocer sus consecuencias perjudica a la ciudadanía y la expone a riesgos, como podría ser la vulneración de los sistemas informáticos, robo de información, hacer un uso ilegal de esta y, en situaciones extremas, venderla al mejor postor. Ahora bien, ¿qué se ha hecho con la tecnología que se ha implementado en los poderes judiciales?, ¿ayudó a resolver algún problema? Ejemplo de esto son las firmas electrónicas avanzadas que se han creado, pero que no permiten hacer uso de la *e-justice*.

Los problemas de la *e-justice* radican en su uso ético, en las cualidades que genera en las personas funcionarias y abogadas para desviarlo a un formalismo extremo y en elementos técnicos. Pero con un equipo conformado por disciplinas diversas y de expertos, estos puntos en contra pueden convertirse en beneficios a largo plazo.

Los puntos en contra podrían considerarse de mayor perjuicio a las personas, pero en el momento de suspensión, ante la contingencia sanitaria o desastres naturales, debemos evaluar positivamente los riesgos para perfeccionar el sistema de *e-justice* y, con ello, día a día avanzar para permitir que las personas accedan a la justicia y que esta sea pronta.

VIII. CONCLUSIÓN

Cuando la *e-justice* se acompañe de una planeación estratégica en la que se permita la toma de decisiones por un grupo multidisciplinario, hará el cambio que necesita nuestro país y de esa manera se dará cumplimiento al artículo 17 de nuestra Constitución al otorgar: a) justicia y b) que la misma sea pronta, completa e imparcial.

Por esta razón no es viable oponerse a la *e-justice* ya que, viendo los beneficios que otorga a las personas, debemos enfocarnos en resolver problemas y luchar porque nuestra justicia cumpla con el texto constitucional, pues, por el momento que pasamos la justicia se encuentra suspendida, pero los problemas continúan. Por tal motivo, es importante que los poderes judiciales locales comiencen a realizar iniciativas para la implementación de juicios en línea, además de concientizar a las personas abogadas a utilizarlas y crear un código de buenas prácticas, así como investigar e implementar sistemas de ciberseguridad robustos para evitar el mal uso de la información recolectada.

En ese sentido, es importante creer en que la justicia puede ser posible y puede ser pronta con la ayuda de la *e-justice*, dejando de lado los formalismos judiciales innecesarios que retrasan la impartición de justicia y generan violaciones a los derechos humanos; esto es, evitar burocratizar a la *e-justice* y planearla desde un punto de vista de paz, bienestar, empatía y servicio público eficaz y pronto.

Sin embargo, no es materia de este estudio describir los avances tecnológicos existentes, pero es viable pensar en tecnologías importantes que están cambiando nuestra realidad como lo son el uso planeado de la inteligencia artificial, *machine* y *deep learning*, uso de la nube, uso de firmas electrónicas, *blockchain*, documentos electrónicos, controles de acceso a las plataformas, escalabilidad y el control del internet de las cosas; además de controles internos, códigos y programación ética, *hacking* interno y mejora del servicio constante, acompañadas de parches y protección de amenazas.

El servicio público de administración de justicia puede ser mejorado con *software*. Asimismo, debemos replantear el uso de la tecnología y pensar en que puede ser asemejado con una empresa de tecnología, utilizar al capital humano con el que cuenta cada poder judicial y, de esa manera, pensar en un *software* como servicio para la mejora continua de la prestación de servicios en la impartición de justicia. Todo esto con el fin de acelerar los trabajos que pueden ser automatizables y enfocarse en las tareas complejas, como el dictado de sentencias que ponderan derechos fundamentales.

Finalmente, y como punto de partida de este trabajo, observamos diferentes puntos de vista sobre la *e-justice*, pero es viable aclarar que el uso actual de la tecnología en los poderes judiciales de México no es *e-justice*. Usaremos a la *e-justice* cuando se permita que todos los elementos esenciales del procedimiento se lleven de manera virtual: demanda, contestación, ofrecimiento y desahogo de pruebas, alegatos y sentencias de manera remota, virtual y con uso de las TIC, y se extiendan a la procuración de justicia en las fiscalías, al levantar e integrar carpetas de investigación con todas sus diligencias o pensar en recurrir a la policía de investigación de manera virtual para agilizar el trámite e integración de las carpetas.

En especial, el uso de la *e-justice* permite que los funcionarios se enfoquen en diligencias que requieren la presencia de las personas y, de esa manera, evitar usar su tiempo en tareas que son mecánicas y automatizables. Todo esto se plantea desde el artículo 17 constitucional respecto al acceso a la justicia pronta, completa e imparcial.

IX. FUENTES DE CONSULTA

- Bueno de Mata, F. (2010). “E-justicia: Hacia una nueva forma de entender la justicia”. *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, (1), pp. 1-10. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3700453>
- Cáceres, E. (2006). “Inteligencia artificial, derecho y e-justice (el proyecto IJ-CONACYT)”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (116), pp. 593-611. Disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3889>
- Cerrillo, A. (2007). “E-justicia: las tecnologías de la información y el conocimiento al servicio de la justicia iberoamericana en el siglo XXI”. *Revista*

de *Internet, Derecho y Política*, (4), pp. 2-12. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2254135>

Chávez Ramírez, J. A. (2009). “El modelo del sistema de justicia en línea y su expansión a otros ámbitos de la jurisdicción”. En Chávez Ramírez, J. A. (Ed.), *El derecho mexicano contemporáneo retos y dilemas. Estudios en homenaje a César Esquinca Muñoa* (pp. 197-212). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/33291>

Comisión Nacional de Mejora Regulatoria (2019). *Hacia una Justicia Digital: Diagnóstico de los sistemas tecnológicos en los Poderes Judiciales*. Comisión Nacional de Mejora Regulatoria. Disponible en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/487196/Hacia_una_Justicia_Digital_portal.pdf

Congreso Constituyente (1917). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_181220.pdf

Congreso de la Unión (2012). Ley de Firma Electrónica Avanzada, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*. Disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFEA.pdf>

Consejo de la Judicatura Federal (2020). Acuerdo general 12/2020. Disponible en https://www.cjf.gob.mx/resources/index/infoRelevante/2020/pdf/AcuerdoGeneral12_2020.pdf

Consejo de Salubridad General (2020). ACUERDO por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19). Disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590745&fecha=30/03/2020

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Art. 1 (05 de febrero de 1917). Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_181220.pdf

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Art. 3 (05 de febrero de 1917). Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_181220.pdf

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Art. 6 (05 de febrero de 1917). Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_181220.pdf

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Art. 16 (05 de febrero de 1917). Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_181220.pdf
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Art. 17 (05 de febrero de 1917). Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_181220.pdf
- Consejo de la Unión Europea (2014). *Conclusiones del Consejo sobre la sostenibilidad de e-CODEX*. Disponible en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15774-2014-INIT/es/pdf>
- Redacción (19 de mayo de 2020). *Juzgado familiar realiza el primer divorcio a través de sistema virtual*. En *Diario el Portal*. Disponible en <https://diariportal.com/2020/05/19/juzgado-familiar-realiza-el-primer-divorcio-a-traves-de-sistema-virtual/>
- Ejecutivo de la Unión. (1889). *Código de comercio*. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Codigo_de_Comercio.pdf
- Fix Fierro, H. y López Ayllón, S. (2001). “El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria”. En Valadés, D. y Gutiérrez Rivas, R. (Eds.), *Justicia* (pp. 111-142). Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/92/8.pdf>
- García Barrera, M. E. (2010). “Justicia electrónica o Ciber-Justicia. El tribunal virtual y sus alcances en Nuevo León”. En E. I. Flores (Ed.), *Jurismática, Estudios en homenaje a Julio Téllez Valdés por sus 30 años de labor académica en el derecho informático* (pp. 208-230). Universidad Autónoma de Nuevo León. Disponible <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/31680>
- García Barrera, M. E. (2018). “Juzgado sin papel, un paso más de la justicia electrónica”. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 12(41), pp. 133-154. Disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472018000100133
- López Valencia, V. (2016). “La justicia digital. El nuevo paradigma”. Gobierno del Estado de Guerrero. Disponible en <http://i.guerrero.gob.mx/uploads/2016/02/LA-JUSTICIA-DIGITAL.pdf>
- Loredo Álvarez, A. (2019). “Contratos informáticos y telemáticos y su regulación en la ley mexicana”. En Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM (Ed.), *Revolución informática con independencia del individuo* (pp. 487-499). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/31516>

- Medrano Cruz, A. (2019). “Justicia digital”. En Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM (Ed.), *Revolución informática con Independencia del Individuo* (pp. 521-529). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2941/2.pdf>
- Nava Canseco, B. (2019). “Tribunales virtuales y expedientes electrónicos, el primer paso hacia el México de mañana”. En Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM (Ed.), *Revolución informática con Independencia del Individuo* (pp. 571-577). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/31522/tribunales-virtuales-y-expedientes-electronicos-el-primer-paso-hacia-el-mexico-del-manana.pdf?sequence=2&isAllowed=y>
- Poder Judicial de España (2020). “Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas”. Poder Judicial España. Disponible <https://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/INFORMACI%C3%93N%20COVID%2019/GU%C3%8DAS%20Y%20PROTOCOLOS/FICHEROS/20200527%20Gu%C3%ADa%20para%20la%20celebraci%C3%B3n%20de%20actuaciones%20judiciales%20telem%C3%A1ticas.pdf>
- Richard González, M. (2017). “La justicia electrónica en España: qué es, como se regula y como funciona”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, (67)269, pp. 1031-1074. Disponible en <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/62495>
- Ríos Ruíz, A. A. (2016). “La justicia electrónica en México: visión comparada con América Latina”. En *Revista de la Facultad de Derecho de México*, (67)269, 389-422. Disponible en <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/59011>
- Secretaría de Educación Pública. (2020). *ACUERDO número 14/07/20*. Disponible en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5597705&fecha=03/08/2020
- Unión Europea. (2019). “Información procedente de las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea”. *Diario Oficial de la Unión Europea*. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_2019_096_R_0004&from=ES

¿VULNERACIÓN DE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA POR LA SEGURIDAD PÚBLICA? ESCLARECIMIENTO JURÍDICO Y CONCEPTUAL

○ Hugo Enrique Lozano Gómez*
Óscar Armando Rico Chávez**

* Suboficial adscrito a la Unidad Administrativa que integra la Organización Regional de la Policía Federal Ministerial en el estado de Aguascalientes (Agencia de Investigación Criminal, Fiscalía General de la República)

** Alumno del doctorado en ciencias: Desarrollo Sustentable y Globalización, de la Universidad Autónoma de Baja California Sur

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

○ **Autonomía**

Autonomy

○ **Universidad**

University

○ **Seguridad**

Security

○ **Soberanía**

Sovereignty

Resumen. ¿Qué ocurre con la seguridad pública y la autonomía en los espacios universitarios? Esta investigación, inicialmente exploratoria, de campo y documental, explica a la *seguridad universitaria* como un esfuerzo interno por parte de las instituciones de educación para atender sus problemas de inseguridad, mitigando los problemas que suscita la presencia evidente de las fuerzas de seguridad pública en sus recintos. Empleando la hermenéutica en los textos jurídicos y haciendo uso de la abstracción-concreción, tras el estudio de narraciones de diverso origen, se logra ratificar la hipótesis de que el problema de la implementación de la función de seguridad pública en las universidades no es jurídico; la contrariedad deviene más bien de un galimatías que se forma cuando se entretujan los significados de extraterritorialidad y soberanía para significar al concepto de autonomía universitaria.

Abstract. What happens with public security and autonomy in university facilities? This research, initially exploratory, field based and documentary, explains *university security* as an internal effort on behalf of the educational institutions to address their security concerns, mitigating the issues that the evident presence of the public security forces causes in its campus. Employing hermeneutics on legal texts and resorting to abstraction-concretion after studying narratives of different sources, we may ratify the hypothesis that the issue with the implementation of the public security function in universities is not legal; the contrariety becomes rather a state of confusion that is caused when the meanings of extraterritoriality and sovereignty are interwoven to signify the concept of university autonomy.

Fecha de recepción: 15 de mayo de 2019

Fecha de aceptación: 3 de noviembre 2020

SUMARIO:

I. Introducción. II. Seguridad en la universidad. III. Seguridad universitaria: el concepto. IV. Seguridad pública en la cultura mexicana: confusión sobre sus competencias. V. Extraterritorialidad, soberanía y autonomía: conceptos que se entretajan en la cultura sobre la autonomía universitaria. VI. La función de seguridad pública en los espacios de las universidades autónomas. VII. Finalizando. VIII. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

En instituciones de educación superior como la Universidad Autónoma de Querétaro, la Universidad de Guadalajara y demás instituciones públicas de educación superior a las que la ley ha conferido autonomía, los servicios de seguridad suelen ofrecerse a través de departamentos o coordinaciones de *seguridad universitaria*.¹ Tal realidad mitiga los problemas que supone la presencia de instituciones de seguridad pública en los recintos universitarios, pues tanto la comunidad universitaria como la población en general parecen conscientes de una aparente norma tácita y popular: “las policías no deben estar en los recintos de estas instituciones”.

Dado lo anterior, resalta la falta de respuesta clara y con fundamentos para resolver, por ejemplo, ¿qué deben hacer los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cuando por motivos del ejercicio de sus funciones requieren ingresar a los recintos universitarios? O preguntas aún más esenciales como ¿se vulnera la autonomía de las universidades cuando se ejerce la seguridad pública en sus recintos?

A través de las presentes letras se entenderá que las cuestiones precisadas encuentran su dificultad más dentro del terreno político-social, que dentro del terreno legal. A tal resultado se arriba tras discutir el siguiente problema:

¹ Estos departamentos pueden contar con trabajadores *universitarios* (contratados directamente por la institución) o con trabajadores de seguridad privada (guardias o vigilantes de alguna empresa de seguridad privada). En ambos casos, e incluyendo los casos mixtos (seguridad privada y seguridad universitaria), la inclusión y/o estancia de servidores públicos (policías u otros servidores) que ejercen la función de seguridad pública se ha reducido al mínimo posible.

- Cuando se dialoga sobre la posible vulneración de la autonomía de las universidades ante la hipotética presencia de las instituciones de seguridad pública en sus recintos, se torna explícito un galimatías producto de la confusión entre los conceptos de autonomía, soberanía y extraterritorialidad.²

Sin embargo, el problema no termina ahí: el precitado galimatías se ha sostenido como marco (tácito) para diseñar y ejercer las políticas de seguridad en las universidades e instituciones donde no suele percibirse la seguridad pública. Por tal motivo, y partiendo de los resultados de un estudio previo (Rico, 2016), este trabajo ha debido comprobar y definir lo siguiente:

- En términos jurídicos, la presencia y aplicación de la seguridad pública en las universidades autónomas no vulnera la autonomía de las mismas.

En este sentido, debe mencionarse que los resultados aquí expuestos son útiles para iniciar nuevas discusiones en favor de atender correctamente los problemas de seguridad en la generalidad de las instituciones de educación superior³ de México. Si bien la presencia y labores de seguridad pública en estas instituciones son legalmente legítimas, la situación política que esto suscita no deja de ser un tema sujeto de la complejidad que deberá trabajarse con las diligencias pertinentes.

En todo caso, las condiciones *especiales*⁴ de seguridad que se mantienen en las instituciones suponen una coyuntura de posibilidades provechosa para aplicar y partir desde distintos enfoques de seguridad en los que puedan promoverse la inclusión⁵ y la prevención, desarrollando altos niveles de legitimidad y cohesión.

II. SEGURIDAD EN LA UNIVERSIDAD

Hablar sobre seguridad el día de hoy sugiere la posibilidad de tratar temas muy distintos. A través del tiempo, el uso de la palabra *seguridad* se ha

² Parece *vox populi* sostener que la autonomía de las universidades (entendida a veces por algunos como soberanía o extraterritorialidad) se vulnera cuando los cuerpos de seguridad pública ingresan a sus recintos.

³ Pues estas, aunque no sean públicas, cuentan con espacios donde la vigilancia habitual no corre a cargo de las instituciones de seguridad pública.

⁴ Aparente invisibilidad e inaplicabilidad de la función de seguridad pública aunada a la falta casi absoluta de presencia policial.

⁵ De los distintos sectores que componen a la comunidad, pudiendo o no incluir a los distintos cuerpos de seguridad (protección civil, policías y fiscalías).

integrado junto con diversos adjetivos: ejemplos comunes de esto se observan cuando se habla, por ejemplo, de seguridad informática, seguridad jurídica o seguridad pública.

Entonces, ¿de qué se trata la seguridad en la universidad? La pregunta parece sencilla, pero al reflexionarse la respuesta requiere mucha claridad. *Seguridad* significa ausencia de miedo: se trata de la condición necesaria para despreocuparse; sentirse seguro implica tener la garantía de que nada inesperado⁶ sucederá. Por lo tanto, y al menos en este sentido, la seguridad puede entenderse también como un sentimiento. La seguridad no es solo un derecho, es un sentimiento, y es también una garantía.

Siguiendo esta línea con que hemos revisado el concepto de seguridad (sin adjetivos), podemos partir expresando que la seguridad *en la universidad* significa tanto a las condiciones despreocupantes (aspectos objetivos) como a los sentimientos de tranquilidad (aspectos subjetivos) para quienes se encuentren en el espacio universitario.⁷

Dimensionar a la seguridad *en la universidad* delimita al lugar donde habrá de observarse el amplio concepto de seguridad, implicando no solo al espacio físico donde se localizan los inmuebles universitarios, sino a todos los espacios (físicos o virtuales) propios de la universidad.

De este modo, resultan útiles las adjetivaciones que se hacen al concepto de seguridad: si se habla sobre los espacios virtuales de la universidad, por ejemplo, se trata de seguridad informática en la universidad; si se habla sobre delitos como el homicidio, el secuestro o las lesiones dentro de los recintos universitarios, se tratan entonces los temas de seguridad pública y derecho penal en la universidad.

Así, los temas de seguridad se delimitan espacialmente cuando se comprenden *en la universidad* a la vez que se especifican al adjetivarse. Por otra parte, es necesario señalar que en el presente texto se abordan dos concepciones distintas: por un lado, se identifica a la *seguridad en la universidad* como aquellos asuntos de seguridad (previamente mencionados) delimitados dentro del espacio universitario, y por otro, a la *seguridad universitaria*,⁸ término con el que se reconocerán a los departamentos y/o esfuerzos

⁶ Inicialmente, se planteó emplear la palabra *indeseado* en lugar de *inesperado*. La última ha prevalecido pues la seguridad en esta oración se expresa, más que como un deseo o condición subjetiva, como una garantía de estabilidad.

⁷ Se trata, además, de un sentimiento vertido sobre distintos bienes: la sensación de seguridad sobre la condición jurídica, sobre el patrimonio, sobre la integridad personal, etcétera.

⁸ Este último término es empleado a veces por instituciones como la Universidad Autónoma de Querétaro. De acuerdo con el manual de organización de dicha institución, se denomina *seguridad universitaria* a la coordinación responsable de los servicios de seguridad internos (Rico, 2016).

(labores en general) destinados, por parte de las instituciones educativas, para realizar las tareas de seguridad dentro de sus propios espacios.

Si se revisan los documentos o discursos en donde se encuentran registradas las tareas y asuntos correspondientes a los temas de *seguridad en las universidades*, estos suelen girar alrededor de asuntos como prevención de riesgos, registros en bitácoras, protección civil, control de incendios, seguridad informática, entre otros. Cada institución se encuentra sobre distintos estadios de desarrollo en esta materia: los recursos técnicos (organigramas, manuales, etc.), los recursos materiales (patrullas, circuitos cerrados de televisión, etc.) y el talento humano (guardias, monitoristas, etc.) pueden incluso no existir en ciertas universidades; pero todas tienen en común que logran su seguridad, ya sea con su propio personal (*seguridad universitaria*), a través de empresas de seguridad privada o a través de sistemas mixtos.

Entonces, hablar sobre *seguridad en las universidades* supone hablar de una gran variedad de asuntos, pues puede tratarse cualquier tema de *seguridad* desarrollado dentro o en relación con las *universidades*. Por lo tanto, pueden reconocerse los siguientes puntos como aquellos comprendidos o partes de lo que se denomina como *seguridad en la universidad*:

1. Todos los temas de seguridad (incluyendo el concepto *seguridad* a solas), pero en lo concerniente tanto a las comunidades universitarias como a los distintos espacios de las universidades.
2. Los recursos de la organización (recursos técnicos, recursos materiales y talento humano) destinados para atender la situación de *seguridad en las universidades*, sean estos internos (*seguridad universitaria*) o externos (seguridad privada y seguridad pública).

III. SEGURIDAD UNIVERSITARIA: EL CONCEPTO

Cuando las universidades se ocupan de las tareas de seguridad en sus recintos sin recurrir a las empresas de seguridad privada ni a las instituciones de seguridad pública, ofrecen un servicio *interno* de seguridad. Se trata entonces de un servicio que ofrecen exclusivamente dentro de sus recintos y para sí mismas. El nombre con que podemos reconocer a esta labor es el de *seguridad universitaria*.

Para introducirse al estudio de la *seguridad universitaria*, han de discutirse cuestiones como las siguientes: 1. ¿Es la seguridad universitaria una labor

de seguridad pública? 2. ¿Se trata de algún otro concepto adjetivado de seguridad, como seguridad privada o seguridad humana?

En atención a tales interrogantes, se ha de aclarar que no existe tradición o discurso habitual alguno sobre la naturaleza de la seguridad universitaria a la cual remitirse —el estudio de este tipo de seguridad es incipiente—, por lo que habrá de emplearse la siguiente revisión para iniciar la discusión.

La seguridad universitaria no es seguridad pública. La seguridad pública en México es una función exclusiva del Estado (CPEUM, 1917: art. 3) y, aunque las universidades descentralizadas sean instituciones públicas del Poder Ejecutivo,⁹ estas no ejercen la función de seguridad pública —al menos no en el sentido del derecho positivo vigente de México—.

La adscripción de la *seguridad universitaria* como *seguridad privada* es compleja. Si se revisan los ordenamientos sobre seguridad privada en los ámbitos federal (LFSP, 2006: art. 2) y local (LSEQ, 2016: art. 52), se encontrará que la seguridad privada es auxiliar a la función de seguridad pública, que se oferta por particulares y que para ejercerla es necesario suscribirse a los sistemas públicos de control.¹⁰ En este sentido —positivo y vigente—, la seguridad universitaria dista mucho de la seguridad privada; sin embargo, desde otras perspectivas —si se revisan textos de otra naturaleza— se verá que es plausible, incluso, reconocer a la seguridad universitaria como una forma de seguridad privada.¹¹

En todo caso, resulta útil evidenciar una diferencia radical (de raíz) entre las empresas de seguridad privada y los servicios de seguridad universitaria: la *seguridad universitaria* es un servicio que desarrollan las universidades exclusivamente para sí, mientras que las empresas de seguridad privada se dedican a ofrecer sus servicios a distintos clientes¹² enmarcadas dentro de las reglas de la economía de mercado.

Hablar de seguridad humana, seguridad ciudadana o cualquiera que se explicita, tampoco logra describir, titular o categorizar apropiadamente a la seguridad universitaria. La seguridad universitaria es una tarea que desarrollan las universidades mitigando las necesidades de recurrir a los cuerpos policiales, pues la presencia de estos dentro de los recintos resulta problemática.

⁹ Con sus respectivas leyes orgánicas, además.

¹⁰ Registros, autorizaciones, credencialización, etc., dependiendo de la legislación, reglamentos e instituciones pertinentes.

¹¹ Como un servicio *in house* de acuerdo con el autor John Dempsey (2011).

¹² Entre los cuales pueden encontrarse instituciones públicas de muy variadas condiciones: dependencias de la administración pública central, juzgados de cualquier materia y ámbito, universidades autónomas, etc.

La seguridad universitaria puede mantener enfoques de proximidad o dirigir esfuerzos hacia el desarrollo humano, pero estas son cuestiones posteriores a revisar: definir la seguridad universitaria ha de reducirse por el momento a reconocerla como aquella labor interna de seguridad que ejercen las instituciones de educación superior para sí.

IV. SEGURIDAD PÚBLICA EN LA CULTURA MEXICANA: CONFUSIÓN SOBRE SUS COMPETENCIAS

La seguridad es una sensación que se pretende en muchos temas de la vida: se desea la seguridad de no perder el empleo, de recibir asistencia médica, de acceder a la justicia, etc.

Se puede decir que la seguridad como servicio o función pública¹³ encuentra su origen y devenir desde aquel concepto de orden público localizable en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). Esta expone en su décimo artículo que “Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, en tanto que su manifestación no altere el orden público establecido por la ley” (art. 10).

En este sentido, la seguridad pública se erige como un concepto *evolucionado* de aquel que significa al orden público. Se trata, entonces, a la seguridad pública como aquella labor que provee las condiciones necesarias para garantizar la resiliencia hacia un estado de *orden*. Tal condición es compleja, pues se entiende a la seguridad pública como una función o servicio que, al ser pública, implica que su ejercicio es facultad exclusiva del poder estatal¹⁴ y, por lo tanto, las actividades de los particulares y o entidades privadas en general se encuentran imposibilitadas para actuar en tal materia. Además, al lograrse este *orden que implica la seguridad*, se establece una reglamentación sobre los espacios que categoriza a las conductas entre lo permitido y lo restringido,¹⁵ con fundamento en lo previsto tanto en ordenamientos propuestos por legisladores (leyes y códigos, por ejemplo) como

¹³ Los especialistas, como el maestro Óscar Rangel, han argumentado que la diferencia entre función y servicio recae en la personalización de la actividad: mientras que la función pública es genérica a toda la sociedad, los servicios son individualizados a los destinatarios (Rangel citado en Araujo, 1997: 11). Sin embargo, es común también la acepción donde se identifica a las funciones públicas como aquellas tareas que el Estado debe administrar directamente —in-delegables—, a diferencia de los servicios, que pueden ser, incluso, concesionados.

¹⁴ Sigue vigente la ya *clásica* acepción del Estado donde se le describía como “... aquella comunidad humana que [...] reclama (con éxito) para sí el monopolio de la violencia física legítima” (Weber, 1919: 2). Énfasis del autor.

¹⁵ Lo permitido recae en aquello que se *deja hacer*, mientras que lo restringido trata de aquello que habrá de detenerse incluso empleando la violencia. Bajo el régimen de facultades expresas, los funcionarios limitarán su actuar a aquello

por los distintos poderes ejecutivos (reglamentos y justicia administrativa en general).

Bajo este modelo descansa un régimen vigente hasta nuestros días. La vigilancia policial y la aplicación de los reglamentos administrativos en general parecen exclusivas a lo que popularmente se reconoce como espacio público,¹⁶ mientras que a los inmuebles y espacios delimitados (con cualquier instrumento que transmita la sensación de restricción) parece reconocérseles como lugares privados donde no existe una total claridad sobre su sujeción a tal o cual reglamento o sistema de control por parte de las instituciones públicas.

De tal modo, existe una gran confusión —en la población general— que ni siquiera requiere referencias: hasta en las ciudades capitales de las distintas entidades federativas de México pueden verse personas que apartan *lugares* en los arroyos vehiculares como si fueran de su propiedad, mientras que otras cobran de forma regular y manifiesta por *gestar* o tramitar servicios públicos que la ley formula como *gratuitos*.

Si bien no es pretensión de este trabajo argumentar sobre la distribución de competencias, jurisdicción y demás singularidades que tiene la hoy compleja función de seguridad pública en el derecho positivo vigente, sí es menester expresar que las confusiones en cuanto a competencias y aplicabilidad de los distintos sistemas de control formal¹⁷ en el grueso de la población son también una realidad que existe de manera trascendental en las universidades públicas a las que se les ha otorgado autonomía en México.

V. EXTRATERRITORIALIDAD, SOBERANÍA Y AUTONOMÍA: CONCEPTOS QUE SE ENTREMEZCLAN EN LA CULTURA SOBRE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

Se ha dicho que la *seguridad universitaria* es un ejercicio que permite trabajar sobre los asuntos de seguridad en las universidades autónomas, a la vez que evade el problema que supone la presencia de las instituciones de seguridad pública en sus recintos.

que la ley les faculte de manera explícita: solo deberán detener y restringir aquellas conductas previstas en ordenamientos aplicables.

¹⁶ Arroyos de circulación (vehicular), banquetas, parques y, en general, aquellas zonas donde el acceso se encuentra libre de restricciones (físicas o morales).

¹⁷ Refiriéndose a los sistemas formales como aquellos que desarrollan el Estado mexicano y sus distintas instituciones.

Se ha dicho también que la *seguridad universitaria* se desarrolla por trabajadores de la misma institución a la que ofrecen el servicio (la universidad a que se refiera) sin ser estos contratados o dirigidos por alguna empresa de seguridad privada.

Entonces, ¿qué problemas supone la presencia de las instituciones de seguridad pública en los recintos universitarios? ¿Cuál es la razón de estos problemas?

Tras entrevistas¹⁸ realizadas con trabajadores del servicio de seguridad universitaria de la Universidad Autónoma de Querétaro, además de algunos policías de la Secretaría de Seguridad Pública del Municipio de Querétaro y distintos alumnos y docentes de licenciatura y posgrado,¹⁹ se reconoció que de la *autonomía universitaria* se mantiene un entendimiento muy ambivalente: el derecho y la cultura popular sobre lo universitario difieren profundamente a la hora de explicar si se vulnera o no la autonomía universitaria cuando las fuerzas públicas ingresan en sus campus.

El mero concepto de *autonomía* se entiende muy diferente cuando se le localiza en discursos sobre *biomedicina* y ética que cuando se le encuentra en temas de *administración pública* y *derecho administrativo*. La autonomía en los ámbitos de la ética y los derechos humanos se entiende generalmente como aquella libertad para decidir que es intrínseca a la dignidad de las personas; se discuten, por ejemplo, la compatibilidad entre *autonomía*²⁰ y *autoridad*²¹ con autores trascendentes como Beauchamp y Childress (2002), de quienes se cita lo siguiente:

Algunas personas mantienen que la autonomía es incompatible con la autoridad de la Iglesia, el Estado o cualquier otra comunidad que legisle las decisiones de los individuos. Consideran que toda persona autónoma debe actuar única y exclusivamente sobre la base de sus propios criterios, y que someterse a la autoridad o dejarse gobernar por otros implica perder esa autonomía. (Beauchamp y Childress, 2002: 116)

Mientras que, entre los discursos sobre instituciones públicas y derecho administrativo en general, se discute a la autonomía como aquella condición que se *reconoce* u *otorga* a ciertas entidades²² por parte del Estado a través de la ley (CPEUM, 1917: art. 3).

¹⁸ Realizadas de manera abierta empleando recursos usuales de investigaciones cualitativas como el *rapport*, la confidencialidad y el anonimato.

¹⁹ Mayoritariamente de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro.

²⁰ Entendida a veces como *autonomía moral*.

²¹ Autoridad como aquella capacidad de hacer obedecer al otro.

²² Personas morales como universidades, fiscalías y entidades de la administración pública paraestatal.

Por otra parte, como producto también de fuentes reales —o empíricas—, se rescata que los conceptos de extraterritorialidad y soberanía se entremezclan para componer el concepto más habitual de *autonomía universitaria* en la sociedad. En esta concepción se localiza la idea de que los espacios de las universidades autónomas son en cierto sentido inmunes al poder del Estado —extraterritorialidad— y de las demás instituciones públicas; se presupone que estas instituciones (universidades autónomas) se gobiernan *totalmente* a sí mismas —soberanía—, y que la intromisión de cualquier entidad pública a sus menesteres y espacios es un ataque a la autonomía.²³ Como se ve, la precitada discusión sobre la incompatibilidad entre autonomía —moral— y autoridad se expresa en el entendimiento que la sociedad tiene de la autonomía —administrativa— que se otorga por ley para algunas instituciones de educación.

Ante tales circunstancias, es evidente que resulten confusiones sobre el concepto de autonomía universitaria —en relación con la seguridad—. Sin embargo, existe aún otra razón que le ratifica: en las universidades autónomas no hay policías —visibles, al menos—. Tal condición es significativa para la población: mientras que en otras instituciones públicas con autonomía suelen verse las influencias del Estado —fiscalías, por ejemplo— y la presencia de sus instituciones (como las policías), en las universidades autónomas no.

VI. LA FUNCIÓN DE SEGURIDAD PÚBLICA EN LOS ESPACIOS DE LAS UNIVERSIDADES AUTÓNOMAS

Devenida de una serie de causas que se entretajan —con los eventos del 68 subrayados—, existe una realidad actual en los espacios universitarios que es evidente: se evita la presencia policial en sus recintos.

Mientras que algunos especialistas —juristas, sobre todo— argumentan con severidad que la autonomía no se vulnera cuando los policías ingresan a los recintos universitarios,²⁴ se ha visto que la duda en otras personas y medios —cultura— persiste. Y la cultura sobre lo universitario incide

²³ Si bien las palabras *extraterritorialidad* y *soberanía* no fueron empleadas de forma explícita por los entrevistados, las mismas se emplean como conceptos de referencia dado que sus descripciones sobre la autonomía universitaria se asemejan más a las condiciones de *soberanía* y *extraterritorialidad* que se mantienen, por ejemplo, en las embajadas.

²⁴ Se agradece ampliamente al Mtro. Juan Martín Granados Torres, quien con su consejo y observaciones ha dado origen a diversas hipótesis que orientan textos e investigaciones como el presente.

—incluso fundamenta— en la ética y en políticas cuando se trata de decidir qué hacer con los problemas de seguridad pública en las universidades.

No existe un consenso o acuerdo firme cuando se dialoga sobre la posible vulneración de la autonomía universitaria por razones de presencia policial o ejercicios de la función de seguridad pública en los recintos. Por un lado, los argumentos jurídicos suelen sostener que la autonomía no se violenta; pero cuando se exponen argumentos más bien de corte filosófico y social (con fundamento en reflexiones conceptuales y procesos dialógicos, sobre todo) llegan más y profundas cuestiones, pues la autonomía no es un asunto exclusivo del ámbito jurídico.

De tal suerte que, si bien el problema es altamente complejo, desde este trabajo se aportan argumentos suficientes para sostener que, al menos legalmente, la autonomía universitaria no se vulnera cuando se aplica la función de seguridad pública en los espacios universitarios.

Para resolver lo anterior, se comprueban de inmediato las siguientes dos hipótesis:

1. *Que la autonomía no se confiere para el autogobierno en materia de seguridad.*

Las instituciones públicas que ostentan autonomía lo hacen porque esta se les ha conferido a través de la ley. La autonomía no se autoproclama. Las leyes orgánicas de cada universidad descentralizada se han erigido como decretos por parte de los legisladores, por lo que no solo la autonomía, sino el reconocimiento público de las universidades, se han desarrollado mediante procedimientos legales. Así, la ley confiere autonomía y reconoce (a la vez que tutela) a las universidades públicas.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la fracción séptima de su artículo tercero, establece lo siguiente:

Las universidades y las demás instituciones de educación superior a las que la ley otorgue autonomía, tendrán la facultad y la responsabilidad de gobernarse a sí mismas; realizarán sus fines de educar, investigar y difundir la cultura de acuerdo con los principios de este artículo, respetando la libertad de cátedra e investigación y de libre examen y discusión de las ideas; determinarán sus planes y programas; fijarán los términos de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico; y administrarán su patrimonio. (CPEUM, 1917: art. 3)

De tal modo, se desprende que la autonomía universitaria, ya reconocida en la Constitución, se erige como causal de dos cosas a la vez: 1) responsabilidad y 2) facultad para autogobernarse. Sin embargo, este autogobierno se encuentra limitado. Al revisarse la fracción precitada se extrae

que el referido autogobierno es la facultad y responsabilidad para hacer cuatro cosas en concreto:

- a. realizar los fines de educar, investigar y difundir la cultura;
- b. determinar sus planes y programas;
- c. fijar los términos de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico, y
- d. administrar su patrimonio.

De este modo se acotan, de forma expresa, las competencias para las cuales la facultad y responsabilidad de autogobierno —autonomía— ha sido conferida.

Por lo anterior, puede deducirse que la autonomía no ha sido conferida para que las universidades o instituciones de educación superior se autogobierren en materia de seguridad²⁵ o cualquier otro asunto fuera de los enumerados con anterioridad.

2. *Que la seguridad pública es una función pública con aplicación en todo el territorio nacional.*

De acuerdo con el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917) se establece en su párrafo noveno que:

La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución.

Existen múltiples universidades e instituciones de educación superior en nuestro país a las que se les ha conferido autonomía. Estas tienen su fundamento jurídico en leyes orgánicas y están comprendidas dentro de las administraciones públicas de los distintos ámbitos²⁶ del país. Aunque la seguridad pública está a cargo de la *Federación, las entidades federativas y los municipios*, y las universidades e instituciones de educación superior autónomas

²⁵ Tal idea puede reforzarse ante la conciencia del régimen de facultades expresas que impera en el sistema de seguridad pública nacional. Dado este régimen, puede entenderse que la función de seguridad pública ha de limitarse a lo expresamente previsto en la ley.

²⁶ Federal, estatal y municipal.

son parte de los poderes ejecutivos, estas instituciones no ejercen la función de seguridad pública.

En el sentido de que la función de seguridad pública está a cargo del Poder Ejecutivo del *estado*²⁷ de Querétaro, por ejemplo, la función de la seguridad pública es responsabilidad del titular del Poder Ejecutivo de la entidad. En este caso, el titular podrá nombrar a alguna dependencia central²⁸ del Poder Ejecutivo y *delegarle*²⁹ la función de seguridad pública estatal o emplear algún otro modelo organizativo para ejercerla. De cualquier manera, nunca se ha pretendido, siquiera, facultar a una institución de educación en nuestro país para ejercer la seguridad pública, pues tales instituciones tienen una esencia muy distinta.

Así, la función de seguridad pública permanece a cargo de las distintas *instituciones* o dependencias facultadas de forma expresa. De este modo se pudo localizar, por ejemplo, a la Policía Federal de la Secretaría de Gobernación (dependencia central federal), la Policía Estatal de la Secretaría de Seguridad Ciudadana (dependencia central de la entidad federativa de Querétaro) o a la Policía de la Secretaría de Seguridad Pública Municipal (dependencia central del municipio de Querétaro).

Siendo que la función de seguridad pública descansa exclusivamente en las *instituciones de seguridad pública*,³⁰ se han de aclarar las siguientes cuestiones:

- e. *Que la función de seguridad pública es una facultad exclusiva de las instituciones de seguridad pública.* Las empresas privadas y los servicios que cualquier organización pueda prestar nunca serán o estarán facultadas para ejercer la seguridad pública.
- f. *Que la función de seguridad pública ha de ejercerse en todo el territorio nacional.* En México y de acuerdo con el artículo primero constitucional, “todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos por la Constitución”. La seguridad pública es, además de una función, un derecho humano. Asimismo, la seguridad pública es, a la vez, una *garantía* necesaria para el efectivo disfrute de otros derechos incluyendo el *derecho a la seguridad pública*. Por tanto, la seguridad pública es un

²⁷ Entendido, en este sentido, como una entidad federativa de la República mexicana.

²⁸ Actualmente, la Secretaría de Seguridad Ciudadana del Estado de Querétaro.

²⁹ Como producto de la *división de tareas* necesaria en los ejercicios administrativos de los gobiernos responsables de cargas de trabajo que así lo requieren. Las funciones de Estado, como la seguridad pública, no se pueden *concesionar*; deben permanecer *estatales*.

³⁰ Nombre genérico con el que se llama, en este escrito, a todas las entidades o instituciones facultadas para ejercer la función de seguridad pública.

derecho exigible al Estado por y para cualquier persona en el territorio nacional y, si este derecho comprende desde la prevención hasta la investigación y sanción,³¹ la función deberá ejecutarse legítimamente en cualquier espacio del territorio nacional mientras se ejerza con las formalidades necesarias como lo expone el artículo 16 del ordenamiento constitucional.

VII. FINALIZANDO

Las instituciones de educación superior o cualquier entidad a la que la ley confiera autonomía permanecen supeditadas al orden jurídico nacional. No deben confundirse autonomía y soberanía: el pueblo soberano de México, a través de su legislación, confiere autonomía para algunas entidades por motivos específicos; la autonomía de que gozan las instituciones de educación jamás se otorga para limitar u obstruir otros derechos y funciones como el de la seguridad pública.

Los recintos y espacios en general con que cuentan las instituciones autónomas de educación se encuentran dentro del territorio nacional y le comprenden. Jamás deberán ser consideradas como regiones *extraterritoriales* en las que resulte inaplicable el derecho positivo mexicano.

Sin embargo, los valores y la cultura universitaria en general implican una revisión y consideración profunda si se pretende la discusión sobre políticas de seguridad pública en los recintos universitarios.

Si bien el ejercicio o desarrollo de las funciones de seguridad pública en los espacios autónomos no viola legalmente la autonomía universitaria, su mera presencia genera polémica. Aunque el objetivo principal de este trabajo ha residido en esclarecer la perspectiva legal, la meta de tal esclarecimiento reside *exclusivamente* en facilitar y aportar conocimiento jurídico para las discusiones donde se delibere para lograr seguridad en los espacios universitarios.

El hecho de que las universidades se encuentren parcial o aparentemente exentas tanto de la presencia policial como de la aplicación de las sanciones administrativas sugiere la posibilidad de encontrar caminos diferentes para lograr seguridad. Se trata de una oportunidad, una posibilidad desde la cual hacer cosas distintas. La tarea, entonces, debe centrarse en lograr

³¹ Sin ahondar en contemplar o no a la administración de justicia y la reinserción social como partes de la función de seguridad pública.

mecanismos inclusivos donde prolifere la legitimidad para mantener las mejores condiciones en nuestras instituciones.

Las universidades son espacios donde se encuentra aquella parte de la sociedad de la que más se espera. Es difícil concebir que en dichos espacios, donde cohabitan tantos expertos en *derecho*, *criminología*, *ética*, *sociología*, *seguridad*, etcétera, se presenten tantos ilícitos, faltas a reglamentos y malas prácticas en general.

Las universidades y todo lo que estas representan son modelos e instituciones del más alto prestigio para nuestra sociedad: la responsabilidad social y las conductas ejemplares son un imperativo permanente para cada universitario.

VIII. FUENTES DE CONSULTA

LEGISLATIVAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, CPEUM (1917). Título Primero de los Derechos Humanos y sus Garantías, artículo 21º, párr. 9, artículo reformado. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, 27 de agosto de 2018.

Ley Federal de Seguridad Privada, LFSP (2006), Título Primero, Capítulo Único, artículo 2, fracción I. *Diario Oficial de la Federación*, 17 de octubre de 2011.

Ley de Seguridad para el Estado de Querétaro, LSEQ (2016), Título Tercero, Capítulo IX, artículo 52º. *Diario Oficial de la Federación*, 17 de agosto de 2018.

LIBROS, ARTÍCULOS Y TESIS:

Beauchamp, T. y Childress, J. (2002). *Principios de ética biomédica*. Barcelona: Editorial Masson.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). Recuperado el 11 de abril de 2017 en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf>

Dempsey, J. (2012). *Introducción a la seguridad privada*. Belmont: Wadsworth.

- Rangel, O. (1997). “La inseguridad pública en relación al desarrollo económico y los servicios públicos locales”. *Boletín IAPQ*, Instituto de Administración Pública del Estado de Querétaro, México, 1994, marzo-abril, citado por Araujo Estrada, Jorge, “La Seguridad Pública en el Municipio”, *Seguridad pública y procuración de justicia*, México, 1997, núm. 4, julio-diciembre de 1997, p.11.
- Rico, O. (2016). *La seguridad en la Universidad Autónoma de Querétaro*. Tesis. Querétaro: Universidad Autónoma de Querétaro.
- Weber, M. (1919). *La política como vocación*. Recuperado el 10 de abril de 2017 en: <http://www.disenso.info/wp-content/uploads/2013/06/La-politica-como-vocacion-M.-Weber.pdf>.

VISIONES PARA
EL FUTURO

LA AGRESIÓN Y LA VIOLENCIA COMO EXPERIENCIAS SUBJETIVAS

○ Maximiliano Hernández Cuevas*

* Doctor en Ciencias Políticas y Sociales con orientación en Sociología Jurídica, Universidad Nacional Autónoma de México; maestro en Ciencias Penales con Especialidad en Criminología, Instituto Nacional de Ciencias Penales; catedrático del Instituto Nacional de Ciencias Penales; profesor investigador de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México; docente y fundador de la licenciatura en Derecho en el Programa Universitario de Educación Superior en Centros de Reclusión de la Ciudad de México (PESCER), impartida a los reclusos; miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

- **Violencia**
- **Agresión**
- **Antisocial**
- **Subjetivo**

Violence

Aggression

Antisocial

Subjective

Resumen. El trabajo muestra la diferencia de la agresión y la violencia como experiencias subjetivas humanas. En apariencia semejantes, se distinguen por sus motivaciones: de origen, son respuestas impulsivas a emociones básicas como el miedo, la ira, los celos o la envidia, y su asiento neurobiológico es muy parecido; no obstante, la primera es reacción defensiva de carácter evolutivo, y la segunda, más que defensiva, se centra en causar daño. Así, mientras la agresión es genéticamente programada, la violencia es promovida, sea por trastornos orgánicos o por pasiones radicadas en el carácter del individuo formado en la interacción social.

Abstract. The work shows the difference of aggression and violence as subjective human experiences. In appearance similar, they are distinguished by their motivations: of origin, they are impulsive responses to basic emotions such as fear, anger, jealousy or envy, and their neurobiological seat is very similar; however, the first is an evolutionary defensive reaction, and the second, rather than defensive, focuses on causing harm. Thus, while the aggression is genetically programmed, the violence is promoted, either by organic disorders or by passions rooted in the character of the individual formed in social interaction.

Fecha de recepción: 7 de julio de 2020

Fecha de aceptación: 1 de octubre de 2020

SUMARIO.

I. Introducción. II. Dimensión subjetiva de la agresión y la violencia. III. Carácter natural y evolutivo de la agresión como respuesta defensiva. IV. Agresión y violencia: dos reacciones de diferente raigambre. V. El origen filogenético de la violencia. VI. Los sentimientos y el carácter. VII. Conclusión. VIII. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

La violencia y la agresión son un asunto fundamental cuando se intenta comprender la naturaleza y condición humanas. Acaso nos caracterizan desde nuestro pasado ancestral y permanecen como expresión contundente de las motivaciones del mundo en el cual nacemos y pretendemos sustentar en la razón. De ahí la dificultad de entenderlas mejor si nos olvidamos, por un lado, de sus ingredientes biológicos, evolutivamente conformados para funcionar como parte del equipamiento adaptativo de muchas especies, incluida la nuestra; y por el otro, de los correspondientes a la interacción de las personas que, como veremos, es profundamente instigada por las pasiones.

En tal sentido, la agresión y la violencia parecen comportamientos iguales. Sin embargo, es posible diferenciarlas conforme al tipo de motivación de sus ejecutantes, ya que no es lo mismo referir la agresión de muchas especies animales movida, por ejemplo, a satisfacer necesidades reproductivas, alimentarias, de seguridad o de espacio vital, que la violencia impregnada de crueldad hacia las víctimas de su perpetración.

Por consiguiente, si bien es posible rastrear el fundamento biológico de la violencia, en apariencia equivalente al de la agresión, no es menos cierto que la misma también posee una base cognitiva y pasional que la distancia de la mera preservación vital. En tal entendido, el objeto del presente artículo es examinar la agresión y la violencia como experiencias subjetivas del ser humano, mostrando sus correlatos connatural-evolutivos y ambientales, ambos consustanciales a nuestra especie, que marcan una diferencia importante de su expresión en los demás animales.

II. DIMENSIÓN SUBJETIVA DE LA AGRESIÓN Y LA VIOLENCIA

Puede afirmarse que la agresión y la violencia son respuestas impulsivamente motivadas por emociones básicas como la ira, el miedo, la ansiedad, los celos o la envidia (Buss, 2014: 1-3; Nesse y Ellsworth, 2009: 129-139; Jarymowicz y Bar-Tal, 2006: 367-392). Y estas últimas, a su vez, son reacciones neurofisiológicas ante acontecimientos percibidos y procesados por un organismo vivo con un sistema nervioso apto para ello.

Las respuestas emotivas se originan en los sistemas específicos del cerebro (a veces en una región específica) responsables de dar órdenes a los diversos componentes de esa respuesta: las moléculas químicas que han de segregarse, los cambios viscerales que han de conseguirse, o los movimientos de la cara, las extremidades o el cuerpo entero que forman parte de una emoción específica, ya sea ésta ira, miedo o alegría... (Damasio, 2018: 146, 147)¹

Así pues, conviene precisar que una emoción básica, por ejemplo el miedo o incluso el pánico, puede desencadenar respuestas *emotivas* ajenas a la voluntad, como son la agresión, la huida, el llanto o la parálisis; y si bien es cierto, aun cuando en el caso de la violencia hay que ser cautos al colocarla en el terreno de los comportamientos impensados (al igual que muchos actos o actitudes agresivas), aquí lo importante es enfatizar su carga emocional primigenia, factor que hace posible equipararlas a pesar de sus importantes diferencias, las cuales abordaremos en adelante.

Para ello, primeramente, es necesario consignar el ingrediente *subjetivo* de reacciones emotivas como la agresión y la violencia: pese a que pueden ser experiencias compartidas por varios individuos, cada cual lo vivencia de modo singular; significa que dichas respuestas resultan peculiares debido a que son efectuadas por individuos dotados de consciencia.

¹ “Sabemos dónde están situadas las regiones fundamentales del cerebro. En su mayor parte consisten en grupos de neuronas (núcleos) en el hipotálamo, el bulbo raquídeo, (donde es especialmente importante una región denominada gris periacueductal) y en el prosencéfalo basal (donde los núcleos de la amígdala y la región del *nucleus accumbens* son las estructuras principales). Todas estas regiones pueden ser activadas por un procesamiento de contenidos mentales específicos. Podemos imaginarnos la activación de una región concreta como el ‘emparejamiento’ de un determinado contenido con esa región. Cuando tiene lugar este emparejamiento, que es lo mismo que decir que la región ‘reconoce’ una determinada configuración, se inicia el desencadenamiento de una emoción [...] Este conjunto de regiones cerebrales subcorticales está presente en vertebrados e invertebrados, pero destaca especialmente en los mamíferos. Alberga los medios para responder a todo tipo de sentimientos, objetos y circunstancias con impulsos, motivaciones y emociones [...] El desencadenamiento de respuestas emotivas tiene lugar de forma automática e inconsciente, sin la intervención de nuestra voluntad...” (Damasio, 2018: 146,147).

Es en esto último donde la experiencia emotiva individual, involuntaria, adquiere un fuerte componente de subjetividad pues, en efecto, lo subjetivo se vuelve tal por mediación de la autopercepción interior y la consciencia —se entiende por autopercepción interior a las *imágenes del interior de uno mismo*, estas contribuyen a crear los sentimientos sobre nosotros mismos y, por consiguiente, la propia subjetividad (Damassio, 2018: 197-198)—.

Esto es, ¿qué hace a una respuesta impulsiva, de corte individual y natural, una experiencia subjetiva? Precisamente, la capacidad de elaborar imágenes auditivas, visuales, sensoriales, táctiles, olfativas, gustativas, así como las mencionadas imágenes del interior de uno mismo y pensamientos posteriores a dicha respuesta que intentan dar cuenta de reacciones automáticas como las emociones (Damassio, 2018: 194-195). Ello implica un importante factor que distancia a los animales conscientes de los que no lo son: la aptitud de hacer ilaciones acerca de lo que se actúa —y se siente— al margen de la voluntad. *Es esta dimensión subjetiva de la agresión y la violencia la que distancia dichas acciones, involuntarias, o incluso voluntarias, de la mera pulsión instintiva.*²

Efectivamente, a medida que existe la posibilidad de sentir y cobrar consciencia sobre las acciones realizadas, la agresión —aun la de carácter defensivo— y la violencia adquieren una motivación no solo emocional, sino además vinculada al apasionamiento y la consciencia, pues, como experiencias subjetivas, se abren a diversas posibilidades: desde los sentimientos de dolor, remordimiento, arrepentimiento, satisfacción, o aun placer, entre otros, hasta la deliberación sobre lo acontecido —errores, aciertos, consecuencias y la posible premeditación para sucesos posteriores—.

En otros términos, las raíces emotivas de tales comportamientos, en función de la capacidad sentimental y cognoscente, se tornan un asunto tanto emocional como pasional. Dos tipos de reacción impulsiva de base biológica común, pero diferenciables conforme es posible distinguir entre las meras pulsiones de origen instintivo (emociones) y aquellas que no lo son y están radicadas en el carácter (pasiones). Veamos con detenimiento esta divergencia.

² Sobre la violencia como negación de la subjetividad (Wieviorka, 2001: 337-347).

III. CARÁCTER NATURAL Y EVOLUTIVO DE LA AGRESIÓN COMO RESPUESTA DEFENSIVA

Como hemos adelantado, la agresión es una respuesta de carácter emotivo que compartimos los seres vivos; es parte del equipamiento biológico de supervivencia que entra en acción ante amenazas a la integridad del individuo, que lo impele a mantenerse con vida. Es un recurso en el que se emplea la fuerza física o la amenaza de usarla ante una situación de peligro; es, ante todo, una reacción impulsiva y por lo mismo ajena a la voluntad: “La agresión programada filogenéticamente, tal y como existe en el animal y en el hombre, es una reacción defensiva biológicamente adaptativa” (Fromm, 1985: 107).

Así descubrió Goethe [1940] una reacción de pollitos silvestres (*Tetrao urogallos*) a un simulacro de ave de presa movido por un alambre [...] Interesante fue en esta reacción que los polluelos de 20 días ya se separaban por sexos, y mientras las gallinitas buscaban protección, los gallitos tomaban posición de defensa... (Lorenz y Leyhausen, 1985: 39)

Ahora bien, es menester distinguir a la agresión defensiva de aquella que no lo es. La primera es característica de comportamientos animales, como la territorialidad, la autoprotección o la protección de críos, o bien la lucha por los alimentos. En cambio, la segunda es la agresión rapaz propia de animales depredadores. Los motivos de la agresión difieren en ambos casos: el instinto depredador no es de defensa, común a todos los animales, sino de búsqueda de alimento, común a ciertas especies morfológicamente equipadas para esa tarea. La diferencia entre estos tipos de agresión es importante para el tema de la agresión humana, ya que filogenéticamente el ser humano no es un animal depredador, y de ahí que su agresión, en lo relacionado con sus raíces neurofisiológicas, no sea de tipo rapaz.³

Los estudios en animales han aportado mucha información sobre las principales estructuras neuroanatómicas implicadas en la agresión, entre las que se encuentran el mesencéfalo, el hipotálamo, la amígdala y el sistema límbico, otras estructuras subcorticales y la corteza cerebral. Sin embargo, hay que considerar que las áreas implicadas pueden variar en función de diversas variables, como la especie estudiada y *el tipo de agresión*. Las primeras aproximaciones al estudio de la agresión y la violencia en los seres humanos han

³ El comportamiento depredador posee su propio sustrato neurofisiológico, distinto del de la agresión defensiva; además, el comportamiento en sí es diferente, pues no está cargado de rabia ni es intercambiable con el comportamiento combativo, sino que es determinado por su objetivo, perfectamente dirigido, y la tensión termina al lograrse el objetivo: la obtención del alimento (Fromm, 1985: 110; Berg, 2014: 3-6). Acerca del pasado ancestral del ser humano, su dieta y comportamiento no predatorio (Gräslung, 2005: 136-144).

establecido que, en general, existe coincidencia con la investigación animal. (Moya-Albiol, 2004: 1077-1095).

Esta raíz biológica de la agresión defensiva, que compartimos con los animales, es producto evolutivo a favor de la vida; representa una expresión del *imperativo homeostático de resistir y prevalecer*.⁴ Es en tal perspectiva que la aptitud natural de agresión humana nos impulsa a la preservación de la integridad personal o del grupo al que pertenecemos. *Tenemos en ello un aspecto de relevancia suprema que diferencia a la agresión de la violencia. En tanto la primera impulsa a la vida, la segunda atenta contra la misma*, como veremos enseguida.

IV. AGRESIÓN Y VIOLENCIA: DOS REACCIONES DE DIFERENTE RAIGAMBRE

Anteriormente, dijimos que las raíces neurofisiológicas de la agresión y la violencia parecen iguales; sin embargo, al examinar el asunto de la agresión defensiva como reacción a favor de la vida, es menester dejar muy en claro que la violencia *no* es una respuesta en tal sentido, y aun cuando —de origen— pudiera parecer que comparte regiones corticales y subcorticales con la agresión, su emisión responde más a estados patológicos que a un equipamiento natural de supervivencia.

Al respecto, existen múltiples estudios neurocientíficos y psicopatológicos que han puesto de manifiesto la raíz morbosa de muchos comportamientos violentos,⁵ y quizás de todos, puesto que la cuestión es explicar, satisfactoriamente, cualesquiera de sus variantes en función del contexto en el cual surgen y acontecen —sea este de la vida psicobiológica, familiar, grupal, social o política, o de todas en plena interconexión—. Es aquí cuando cobra especial interés la capacidad de consciencia y la forma en que el sujeto procesa mentalmente sus experiencias de vida. De modo que la vida emotivo-sentimental, por obra de la consciencia, adquiere un papel

⁴ No obstante que Damasio (2018), al definir a la homeostasis como un poderoso imperativo de cualquier organismo vivo, grande o pequeño, lo refiere como “carente de reflexión y expresión”, resulta patente que la agresión defensiva es, precisamente, una forma en la que se expresa tal imperativo en los animales. Entiendo que su definición abarca la vida en general, no solo la vida animal, de ahí que la agresión no puede implicarse como expresión de la homeostasis en “cualquier organismo vivo”, tal como él explica a esta última (p. 35).

⁵ Por ejemplo, entre muchos más, los siguientes: Arana, 2012; Baskin-Sommers y Baskin, 2016; *Calderón y Barrera, 2012*; Fromm, 1985, 2010; Glenn y Raine, 2014a, 2014b, pp. 54-63; Moya-Albiol, 2004; Sanmartín, 2013, pp. 269-286; Stockdale, *et al.*, 2015.

significativo en la conformación del sujeto mismo, de su personalidad, *carácter* o forma de *ser* en su propia vida e interacción con los demás.

Así, la perspectiva psicoanalítica ofrece un importante marco teórico para explicar el proceso mediante el cual se transita de las respuestas impulsivas de base emocional a reacciones impulsivas cuyo fundamento son las pasiones. El núcleo de esta diferenciación está en la formación del carácter, el cual es consecuencia del desprendimiento de nuestra vida de la mera instintividad, para conducirla con autodeterminación por medio de la consciencia. Surge con ello la necesidad existencial básica del ser humano de formación de una *estructura caracterial*:

Esta necesidad tiene relación con [...] la importancia decreciente de la dotación instintiva [...] El carácter es la estructura específica en que se organiza la energía humana para la consecución de los fines [de la persona]; motiva el comportamiento según sus fines dominantes. Decimos que una persona obra "instintivamente" de acuerdo con su carácter [...] el carácter es el destino del hombre. El tacaño no se pregunta si debe economizar o gastar; se *siente impulsado* a economizar o guardar; el carácter explotador sádico es impulsado por la pasión de explotar; el carácter sádico, por la pasión de mandar; el carácter amoroso y productivo no tiene más remedio que esforzarse en amar y compartir. (Fromm, 1985: 255)

Obsérvese cómo se alude al *sentirse impulsado* a obrar en determinado sentido, lo cual implica que es un carácter, en particular, el que mueve inconscientemente —es decir, por impulso— a una persona a comportarse de manera específica ante las situaciones de vida que confronta. En tal sentido, el "carácter es el sistema relativamente permanente de todos los afanes no instintivos mediante los cuales el hombre se relaciona con el mundo humano y el natural" (Fromm, 1985: p. 231).

Por lo tanto, aquello que da motivación impulsiva al carácter son afanes, esto es, las pasiones radicadas —integradas— en él. Las pasiones son definidas como los diferentes modos de satisfacer las necesidades existenciales propias del ser humano;⁶ pasiones tales como el amor, la ternura, el afán de justicia, la independencia, la sinceridad, el odio, el sadismo, el

⁶ Sobre las necesidades existenciales del ser humano, compartidas por todos los integrantes de la especie independientemente del tiempo, lugar, cultura y circunstancias de vida, existen varios desarrollos científicos. El psicoanalítico, que sirve de referencia en este estudio, refiere las siguientes: 1. Necesidad de un marco de orientación y devoción; 2. de raigambre; 3. de efectividad; 4. de excitación y estimulación; y 5. de estructura caracterial. Las necesidades existenciales surgen "de las contradicciones fundamentales que caracterizan la existencia humana y radican en la dicotomía biológica entre los instintos faltantes y la consciencia de sí mismo. El conflicto existencial del hombre produce ciertas necesidades psíquicas comunes [...] tienen sus raíces en la existencia misma del hombre [...] y su satisfacción es necesaria para que se mantenga sano, del mismo modo que es necesaria la satisfacción de pulsiones orgánicas para que se mantenga vivo" (Fromm, 1985: 231, 234-246)

masoquismo, la destructividad o el narcisismo (Fromm, 1985). Todas ellas impulsan la actitud que cada sujeto asume consigo mismo y en su trato con los demás. Resulta así que la agresión y la violencia adquieren el matiz que la subjetividad de cada individuo le imprime en función de su carácter. Es decir, las pasiones tienen un papel definitorio en los actos de agresión y/o violencia de cada individuo o de grupos enteros.⁷

Por supuesto que lo anterior no invalida el papel de la agresión defensiva como impulso vital de origen instintivo; por el contrario, la agresión de este tipo nos recuerda constantemente nuestra naturaleza que, por obra de la consciencia, intentamos dirigir moralmente, pero que ahí está —siempre presente— como parte del imperativo homeostático de sobrevivir y prevalecer: energía vital que nos coloca en conflicto según las experiencias subjetivas intervinientes en la formación del carácter. Esto es, en función de las pasiones que sustentan su carácter, el sujeto buscará la satisfacción de necesidades propias de su existencia humana mediante la agresión, la violencia, la dominación y el sometimiento de los demás o, contrariamente, con actitudes empáticas y afectivas de solidaridad, ejercicio de la cordura y, por consiguiente, de búsqueda de la justicia.

V. EL ORIGEN FILOGENÉTICO DE LA VIOLENCIA

El fundamento filogenético de la violencia puede rastrearse mediante el estudio de primates como el chimpancé, debido a su cercanía con nuestra especie; ello, no obstante aseveraciones científicas como la siguiente: “[a causa de que] los chimpancés no tienen lenguaje no pueden transmitir símbolos, valores ni ideas; es decir, no tienen las condiciones para la formación del carácter” (Fromm, 1985: 256).⁸

⁷ Incluso, hasta es factible la formación de un *carácter social*: “De lo que se trata es de saber por qué la especie humana [...] pudo formarse un carácter. La solución ha de hallarse probablemente en ciertas consideraciones biológicas. Desde el principio, los grupos humanos vivieron en circunstancias ambientales muy diversas [...] Aquellas situaciones ambientales diferentes empero hacían necesario que cada grupo adaptara su comportamiento a sus situaciones respectivas, no sólo por el aprendizaje sino también formándose un ‘carácter social’. El concepto de carácter social se basa en la consideración de que cada forma de sociedad (o clase social) necesita emplear la energía humana del modo específico necesario para el funcionamiento de esa sociedad. Sus miembros han de *desear* hacer lo que *tienen* que hacer para que la sociedad funcione debidamente. *Este proceso de transformación de energía psíquica en energía psicosocial específica es transmitido por el carácter social*. Los medios por que se forma el carácter social son esencialmente culturales. Por mediación de los padres, la sociedad transmite a los hijos sus valores, prescripciones, órdenes, etc.” (Fromm, 1985: 256).

⁸ Como inmediatamente veremos, estudios más recientes han desmentido esta afirmación de Fromm respecto a la ineptitud de los chimpancés para transmitir a los hijos conocimientos y cultura; por ejemplo, a los pequeños chimpancés a través de las hembras madres (Gräslung, 2005: 154); y lo mismo, en edad juvenil temprana, cómo los machos

Contrariamente, investigaciones posteriores nos han ubicado en otro escenario: que los chimpancés poseen tanto aptitud para el lenguaje, aunque no articulado oralmente, como para utilizar herramientas y crear formas de cultura incipientes. Es decir, son partícipes de propiedades biológicas y sociales favorables a la formación rudimentaria de un carácter, a saber: la vida gregaria combinada con las capacidades de autopercepción, de cognición y de consciencia.⁹

Todo empezó con el capital descubrimiento de Jane Goodall, que en 1960 dio a conocer un hecho sorprendente: los chimpancés de Gombe, en el África oriental, sabían construir y utilizar herramientas [...] ¿qué explicación cabía dar al hecho de que dominaran una habilidad que es el sello distintivo de la cultura homínida? [...] ¿por qué sus procesos mentales parecían tan idénticos a los nuestros? [...] por fin, en 1966, Washoe empezó a hablar con señas. Cuando la conocí, un año más tarde, yo mismo no salía de mi asombro y me preguntaba cómo era posible que una criatura de aspecto tan rematadamente distinto al de un niño pudiera pensar, actuar y hablar de manera idéntica a la de un ser humano de corta edad. (Fouts, 1999: 72)

Fouts (1999) es uno de los investigadores que en 1967 enseñaron a comunicarse con las manos, por medio del lenguaje de signos americano (ASL) —lenguaje de señas de los sordomudos—, a una bebé chimpancé de dos años de edad por iniciativa de los psicólogos experimentales Allen y Beatrix Gardner, quienes se hicieron cargo del cuidado y educación de la pequeña en su propia casa como parte de su familia y asignaron a Fouts como ayudante de investigación en el proyecto Washoe: “Washoe y yo nos comunicábamos mediante símbolos. Ella me proporcionaba información simbólica al pedirme que abriera la puerta y al sugerir que utilizara la llave para quitar el candado. Yo le respondía con una información también simbólica...” (p. 111).

Contrariamente a lo que Fromm pensaba, los chimpancés tienen aptitud de comunicación lingüística —esto es, simbólica— y, por lo tanto, la posibilidad de deliberación que los ubica más allá de la vida puramente sujeta a los instintos. De ahí que la enseñanza del lenguaje de signos se haya extendido a otros ejemplares, sobre lo cual Fouts afirma lo siguiente:

jóvenes desafían a sus madres y comienzan a buscar a los machos adultos de quienes aprenden otras actividades propias de su sexo como el patrullaje y la cacería “[...] Algunas veces un macho adolescente elige a uno de los machos seniors como su ‘héroe’. Es atento con todos, pero es a su héroe al que observa más de cerca y con el que más estrechamente viaja cuando deja a su familia [...]” (Goodall, 1993: 56-60).

⁹ Sobre la capacidad cognitiva de los chimpancés, recomiendo un estudio panorámico sobre el tema (Tomasello, 1997).

... la velocidad de aprendizaje variaba considerablemente de unos a otros [...] los chimpancés al igual que los humanos, son entes individuales cuyo proceso de aprendizaje se halla muy condicionado *por el carácter propio* de cada uno y su particular forma de reaccionar en distintos entornos educacionales. (Fouts, 1999: 72)

Por otra parte, en cuanto a las relaciones de dominio y vasallaje, en otro momento de investigación posterior al citado, al experimentarse por separado en la enseñanza del lenguaje a grupos de niños sordomudos y a otros de pequeños chimpancés, la conclusión fue que eran prácticamente idénticas. Y “... un aspecto en concreto de dichas relaciones, el de contacto físico, parecía responder a una sola regla: cuanto menos poder tenía uno de los jóvenes en el seno del grupo, más lo tocarían sus compañeros y menos los tocaría él” (Fouts, 1999: 212-213). Además, también son consignados actos de solidaridad por parte de Washoe adulta hacia otra hembra, al haberla rescatado del peligro de morir ahogada.¹⁰

Por su parte, en lo que concierne a chimpancés en estado salvaje, Goodall (1993) refiere lo siguiente:

Ellos emplean —y necesitan sus habilidades intelectuales durante el habitual día a día en su compleja sociedad [...] Continuamente tienen que tomar decisiones, como dónde ir o con quién viajar. Necesitan imperiosamente desarrollar su habilidad social, particularmente aquellos machos que luchan por un alto puesto en la jerarquía dominante. Los chimpancés de nivel inferior deben aprender a contentarse —a ocultar sus deseos, o bien a hacer las cosas en secreto— si quieren seguir viviendo con sus superiores [...] Bajo la ley de un poderoso macho los conflictos entre los otros miembros de la comunidad pasaron a ser mínimos, porque utilizaba su posición para prevenir las luchas entre sus subordinados. No siempre era evidente su motivación. Algunas veces podía ser un genuino deseo de ayudar a un desvalido. Otras, que el alfa cayera y su posición cambiara si otro macho iniciaba la lucha... (pp. 12, 29)

Vemos, pues, que los chimpancés están mucho más cerca de los humanos de lo que hasta hace pocas décadas se había imaginado. Al punto que deberíamos extender nuestra idea de persona hacia ellos, dado su nivel cognitivo, emotivo-sentimental y caracterial pues, en efecto, poseen un desarrollo de consciencia y autoconcepto¹¹ que los sitúa como seres con dig-

¹⁰ En torno a la solidaridad —aprendida o no— en primates (De Waal y Suchak, 2010).

¹¹ “Entonces se probó experimentalmente y por encima de cualquier duda que los chimpancés podían reconocerse a sí mismos ante un espejo, lo que demuestra que, de algún modo, poseen alguna clase de auto-concepto. De hecho, Washoe ya había demostrado esta habilidad unos años antes, reconociéndose espontáneamente ante un espejo, mirando fijamente su imagen y haciendo el signo de su nombre. Pero esa observación era meramente anecdótica. La prueba llegó cuando a unos chimpancés que habían estado jugando con espejos se les aplicaron, mientras estaban anestesiados, toquitos de pintura inodora en puntos, como la cabeza y las orejas, que no podían ver sino en el espejo. Cuando

nidad muy cercana a la nuestra, claro que sin haber llegado al grado de desarrollo cultural ni de capacidad destructiva que poseemos. Así que en lo tocante a la formación del carácter o “segunda naturaleza del hombre”, cabe añadir que no tenemos el monopolio, sino que también existe —en sus albores— en primates como los chimpancés (Fromm, 1985: 122).

Y por ello, asimismo, estos pueden incurrir en actos de violencia probablemente ligados al afán de predominio o sometimiento de unos individuos o grupos sobre otros o motivados por pasiones como el odio o el rencor.¹² Esto, en razón de que, conforme evolutivamente se asciende en el desarrollo de la consciencia y, por tanto, en la capacidad de dar significado a las acciones, las emociones —cuyo fundamento es impulsivo— se matizan de intencionalidad difícilmente asociable solo a las *pulsiones orgánicas*, anteriormente llamadas instintos (cuya función es garantizar la supervivencia del individuo y de la especie), y, en cambio, sí a las pulsiones *no orgánicas* (pasiones radicadas en el carácter).¹³

Al respecto, estudios como los de Goodall sobre la vida en libertad de los chimpancés han registrado episodios de violencia frenética y difícilmente explicables como agresiones en defensa del territorio, sino tal vez motivados por enojo, rencor u odio hacia individuos que, habiendo pertenecido a una comunidad, decidieron abandonarla para formar la suya por cuenta propia. Tal es el caso de la guerra acontecida entre los chimpancés de Gombe, en la cual se dieron terribles asesinatos hacia importantes excompañeros:

Definitivamente intentaban matarle —Faben le retorció la pierna varias veces, como si estuviere intentando desmembrar un adulto de colobo después de una cacería [...] Repetidamente aporreaban los troncos de los árboles, lanzaban rocas, arrastraban y tiraban ramas. Y siempre gritaban, en señal de triunfo. Goliath, como las demás víctimas, había sido horriblemente herido [...] Los ataques observados en Gombe, sin embargo, estaban claramente dirigidos a las hembras adultas [...] parece que los ataques constituyen una expresión del odio que sienten los chimpancés de una comunidad por los de otra [...] Igual que Goliath, Madam Bee era vieja [...] Pero esta indefensa hembra fue tratada de la misma depravada

se despertaron no sólo quedaron fascinados por su manchada imagen, sino que inmediatamente investigaron con sus dedos las manchas de pintura” (Goodall, 1999: 12).

¹² Sobre registros de ataques mortales, explicables por comportamientos defensivos, pero también impregnados de violencia entre los chimpancés (Mitani, Watts and Amsler, 2010; Mitani and Muller, 2005; Wrangham, Wilson and Muller, 2006, pp. 14–26). También ver el documental que recopila diez años de investigación sobre los chimpancés en estado salvaje de Ngogo, Uganda, de John Mitani, *La rebelión de los simios*. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=YZAO2mrMmNI>

¹³ “Las pulsiones ‘no orgánicas’ no programadas filogenéticamente y no comunes a todos los hombres: el deseo, de amor y libertad; la destructividad, el narcisismo, el sadismo, el masoquismo [...] no significa que no tengan un substrato neurofisiológico, sino que no son iniciadas por las necesidades orgánicas ni les sirven” (Fromm, 1985: 86).

manera: aporreada y tundida, arrastrada a revolcones. (Goodall, 1993: 51, 53) [cursivas mías]

Por otro lado, también existe el reporte de violencia, probablemente patológica, en la que se llega al canibalismo, conducta inexistente en la vida normal de las comunidades de estos simios.

Durante las siguientes cinco horas Passion se comió el bebé de Gilka compartiendo la carne con su familia, Pom y el joven Prof. Entre los tres consumieron hasta el último pedazo. Nos quedamos sin habla [...] el ataque de Passion sobre Gilka parecía tener un único objetivo, atrapar a la cría. Y se comió su cuerpo del mismo modo como se comen las presas, poco a poco y con apetito, masticando cada mordisco de carne con unas cuantas hojas verdes. Empezamos a sospechar que el primer bebé de Gilka, el pequeño Gandalf, podría haber tenido un destino semejante. (Goodall, 1993: 40)

En contraste, con respecto a otro caso ligado a muestras de territorialidad, aquí destaca la manera de devorar, compartiendo la presa con su familia y con posible disfrute. Hecho distinto a lo ocurrido en el otro, en el que, incluso, se muestra un comportamiento acicalador hacia el cachorro victimizado, además de que el canibalismo no se termina ni realiza en igual forma; acto que parece más bien una secuela de la agresión frenética desplegada hacia los extraños al grupo, pero lejano a la anormalidad mostrada en el primer suceso.

Cabe agregar que la hembra caníbal y una hija suya adulta frecuentemente acosaban a otra hembra más débil y con parálisis de un brazo, a quien terminaron quitándole y devorando no solo a uno, sino posiblemente a sus dos críos.

Probablemente nunca sabremos por qué Passion y Pom se comportaban de esta horripilante manera. Gilka no era su única víctima: Melissa perdió una, posiblemente dos, a manos de las hembras asesinas, y durante los cuatro años que duraron sus depredaciones desaparecieron hasta un total de seis recién nacidos. (Goodall, 1993: 41)

La hembra caníbal y dominante tenía un carácter duro y desapegado:

... con el paso de los años se había vuelto progresivamente antisocial; los grandes grupos de chimpancés que había reunido en el campamento con los plátanos eran cosa del pasado [...] no tenía amigos [...] con quien su cría Prof pudiese jugar. (Goodall, 1993: 59)

Finalmente, conviene citar la siguiente conclusión de Goodall, una de las más prestigeadas autoridades en la investigación de estos primates:

La violencia intercomunitaria y el canibalismo que se dio en Gombe, sin embargo, eran inéditos [...] De repente vi que bajo ciertas circunstancias pueden ser igual de brutos, que también hay una cara oscura en su naturaleza [...] *Los ataques intercomunitarios y el canibalismo eran otro tipo de violencia* [...]: Satán, recogiendo con la mano la sangre que perdía Sniff por la barbilla para bebérsela;¹⁴ el viejo Rudolf, tan tranquilo normalmente, lanzando una piedra de unos ocho kilos sobre Godi; Jomeo arrancando un pedazo de piel del muslo de De; Figan atacando y golpeando repetidamente el magullado cuerpo de Goliath, uno de sus héroes de la infancia. Y, quizá lo peor de todo, Passion comiendo la carne del bebé de Gilka, con la boca rebosando sangre como el grotesco vampiro de un cuento infantil [...] Aunque los instintos agresivos del chimpancé son notablemente parecidos a los nuestros, su comprensión del sufrimiento que están infligiendo es considerablemente distinto al nuestro [...] creo que sólo los humanos son capaces de crueldad *deliberada*, de actuar con la intención de causar dolor y sufrimiento. (Goodall, 1993: 54-55) [cursivas mías]

VI. LOS SENTIMIENTOS Y EL CARÁCTER

En nuestro proceso dinámico natural de vivir, intelecto y emociones —en ágil conjunción— derivan en sentimientos que hacen posible percartarnos de nuestra situación vital propia, para cumplir con dos requisitos *homeostáticos* fundamentales ya mencionados: *prevalecer* y *sobrevivir* como sistemas orgánicos individuales en interacción con su entorno:

Los sentimientos nos proporcionan, en cada momento, una perspectiva general sobre el estado de nuestra salud. Los grados de bienestar o malestar son los centinelas de nuestra salud [...] un panorama completo de la homeostasis debe incluir la aplicación de este concepto [el de los sentimientos] a los sistemas en los que la actuación de las mentes conscientes con capacidad de deliberación pueden interrelacionarse —individualmente o en grupo— con mecanismos reguladores automáticos y crear nuevas formas de regulación vital que tengan el mismo objetivo que la homeostasis básica automatizada, es decir, conseguir estados vitales viables cuya regulación privilegie los equilibrios positivos y tiendan a producir el bienestar. (Damassio, 2018: 63-64)

Hoy día sabemos que los sentimientos existen previamente a las mentes conscientes, pero también que en estas su presencia es motor de la vida social y de las culturas. De ahí que sean básicos en la regulación y

¹⁴ Sobre esto, Fromm, en la perspectiva psicoanalítica, refiere el fenómeno como “un estado pre-individual de existencia [...] la sangre se convierte en la esencia de la vida; verter sangre es sentirse vivir, ser fuerte, ser único, estar por encima de todos los demás”. Interesante porque lo afirma en el sentido de cuando el ser humano renuncia a la racionalidad e incurre en violencia que denomina “sed de sangre”, retrocede a un estado de existencia animal en el que se libra de la carga de la razón; “El matar en este sentido [...] Es afirmación y trascendencia de la vida en el nivel de la regresión más profunda [...] nivel más arcaico de conexión con la vida” (Fromm, 2010: 13-15).

conservación del equilibrio vital que nos mantiene como individuos y como especie. En otras palabras: por vía de los sentimientos, tanto los humanos como los animales gestionamos nuestra energía vital para prevalecer y sobrevivir, y es esto un factor que influye decisivamente lo mismo en las interacciones grupales que en la relación con el entorno natural (Damassio, 2018: 63-64).

Ahora bien, procede observar que la interacción social —rudimentaria o compleja—, en consonancia con las demandas homeostáticas referidas en humanos y otras especies gregarias, se construye sobre la base de relaciones de dominación; esto, porque los grupos se integran y permanecen merced a vínculos de cooperación contruidos en torno a individuos dominantes, quienes constituyen la garantía de supervivencia del grupo.

En el caso de los primates, como se vio antes, se fraguan alianzas para derrocar al macho dominante una vez que otros individuos desean y luchan por posiciones de poder (Goodall, 1993: 32-33). E, igualmente, respecto a grupos rivales, las luchas por la dominación llegan a derivar en matanzas sistemáticas que logran acabar con los opositores (Mitani y Amstler, 2010).

Así pues, para el caso de los primates, que las motivaciones puedan ser territoriales, alimenticias o de tipo sexual no está claro en las investigaciones recientes. Sin embargo, tales sucesos ilustran la capacidad intelectual de conspiración y alianza entre grupos para alcanzar el predominio de unos sobre otros. ¿Agresión defensiva o violencia letal? Un dilema no resuelto, pero que de acuerdo con lo visto implica motivaciones de orden no solo emocional instintivas, sino también ligadas a pasiones radicadas en el carácter. Aun de modo germinal, el caso de los chimpancés ilustra muy bien el origen de sentimientos que sirven de base a construcciones culturales basadas en relaciones de dominación y beneficio para individuos y los grupos de los que son parte.

Es un asunto de instinto gregario, pero también pasional, proveniente de la aptitud de consciencia. De modo que resulta pertinente interrogarnos: ¿acaso la pasión por el poder produce culturas competitivas y explotadoras? ¿Se forman así caracteres que trascienden al individuo y se tornan sociales? ¿Qué tanto y cómo se transmiten culturalmente? ¿O qué tanto por herencia biológica efectiva?

VII. CONCLUSIÓN

Ciertamente, los humanos hemos llevado al límite la violencia no impulsiva, sino intencional y a menudo indiferente, hacia nuestros semejantes. Empero, lejos de justificarlo, es preciso reconocer que una de las fuentes primordiales de conflicto existencial —quizás la de mayor impacto— es la integración dicotómica del ser humano en pasión y razón. La primera, ligada a la conformación del carácter; y la segunda, a la aptitud que posibilita nuestra calidad de seres morales. Somos, sustancialmente, seres sintientes y pensantes de naturaleza social capaces de generar cultura y, con ello, construir lo que entendemos como mundo de la vida, es decir, una realidad artificial de base emotivo-sentimental-cognitivo-racional, pero que también puede encerrarnos en un callejón sin salida.

De manera que reconocer la construcción deliberada de nuestro entorno social no implica desentendernos de nuestra naturaleza, y menos de la confusión en que nos arroja el desprendimiento de esta debido a la artificialidad. Al contrario, hace necesario observar cuidadosamente las aportaciones biológicas a nuestra actual condición humana, integrada tanto por lo que genéticamente nos caracteriza como por nuestra capacidad de interactuar socialmente de manera consciente (ambos rasgos, evolutivamente adquiridos). Esta conjunción nos permite organizarnos de forma moral, creando cultura y registro histórico de nuestra existencia, pero en la que precisamos hacer más caso a lo que natural y socialmente *sentimos* y que subyace como fuente motivacional de nuestros actos racionales.

VIII. FUENTES DE CONSULTA

- Arana Medina, C. (2012). “Funciones ejecutivas y cognición social en sujetos con diagnóstico de personalidad antisocial”. En Fundación Universitaria Luis Amigó (ed.) *Hacia la transformación en la dinámica investigativa*. Medellín: Colombia.
- Baskin-Sommers, A. y Baskin, D. (2016). “Psychopathic Traits Mediate the Relationship Between Exposure to Violence and Violent Juvenile Offending”. *J. Psychopathol Behav Assess*. Springer Science+Business Media New York. Disponible en: https://modlab.yale.edu/sites/default/files/files/Baskin-SommersBaskin_PPMediate.pdf

- Berg, L. (2014). "Comparing Predatory Versus Affective Violence and Examining Early Life Stress as a Risk Factor". *Writing Excellence Award Winners*. Paper 37. Disponible en: http://soundideas.pugetsound.edu/writing_awards/37
- Buss, D. (2014). "Comment: Evolutionary Criteria for Considering an Emotion 'Basic': Jealousy as an Illustration". *Emotion Review*, 6(4).
- Calderon Delgado, L. y Barrera Valencia M. (2012). "Exploración neuropsicológica de la atención y la memoria en niños y adolescentes víctimas de la violencia en Colombia: estudio preliminar". *Revista ces Psicología*, 5(1). Facultad de Psicología Universidad CES. Disponible en: <http://revistas.ces.edu.co/index.php/psicologia/article/view/2174>
- Damasio, A. (2018). *El extraño orden de las cosas. La vida, los sentimientos y la creación de las culturas*. Destino.
- De Waal, F. y Suchak, M. (2010). *Review Prosocial Primates: Selfish and Unselfish Motivations*. Atlanta, GA, USA: Living Links, Yerkes National Primate Research Center and Psychology Department, Emory University, The Royal Society. Disponible en: <https://royalsocietypublishing.org/doi/pdf/10.1098/rstb.2010.0119>
- Fouts, R. (1999). *Primos hermanos. Lo que me han enseñado los chimpancés acerca de la condición humana*. Barcelona, España: Ediciones B.S.A.
- Fromm, E. (1985). *Anatomía de la destructividad humana*. México: Siglo XXI.
- Fromm, E. (2010). *El corazón del hombre. Su potencia para el bien y para el mal*. México: Fondo de Cultura Económica, 20ª reimpresión.
- Glenn A. y Raine A. (2014a). "Neurocriminology: implications for the punishment, prediction and prevention of criminal behaviour". *Nature Reviews Neuroscience*, 15.
- Glenn A. y Raine A. (2014b). *Psychopathy: An Introduction to Biological Findings and Their Implications*. New York, USA: New York University Press.
- Goodall, J. (1993). *A través de la ventana. Treinta años estudiando a los chimpancés*. Barcelona, España: Salvat.
- Gräslung, B. (2005). *Early Humans and their World*. Londres y Nueva York: Roudledge, Taylor y Francis Group.
- Jarymowicz, M. and Bar-Tal, D. (2006). "The dominance of fear over hope in the life of individuals and collectives". *European Journal of Social Psychology Eur. J. Soc. Psychol*, 36(3), pp. 367-392.
- Lorenz, K. y Leyhausen, P. (1985). *Biología del comportamiento. Raíces instintivas de la agresión, el miedo y la libertad*. México: Siglo XXI.

- Moya-Albiol, L. (2004). “Bases neurales de la violencia humana”. *Revista de Neurología*, 38(11). Valencia, España: Departamento de Psicobiología, Facultad de Psicología.
- Mtae, C. (2007). *Implicaciones cognitivas del aprendizaje lingüístico en los simios*. Barcelona, España: Parque de Investigación Biomédica de Barcelona. Disponible en: quark.prbb.org/25/025045.htm
- Mitani, J., Watts, D. y Amsler S. (2010). “Lethal Intergroup Aggression Leads to Territorial Expansion in Wild Chimpanzees”. *Current Biology*, 20(12), June 22. Disponible en: [https://www.cell.com/current-biology/fulltext/S0960-9822\(10\)00459-8#_sec13565180e130](https://www.cell.com/current-biology/fulltext/S0960-9822(10)00459-8#_sec13565180e130)
- Mitani, J. y Muller, M. (2005). “Conflict and Cooperation in Wild Chimpanzees”. *Advances in the Study of Behavior*, 35, pp. 275-331, USA.
- Nesse, R. y Ellsworth, P. (2009). “Evolution, Emotions, and Emotional Disorders”. *American Psychologist*, 64(2), pp. 129-139.
- Sanmartín Esplugues, J. (2013). “Huyendo de los extremos. Conciliación (Consilience) en la explicación del comportamiento violento humano”. *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía*, Suplemento 18. Málaga, España: Departamento de Filosofía, Universidad de Málaga, Facultad de Filosofía y Letras Campus de Teatinos, E-29071.
- Stockdale, L., Morrison, R., Kmiecik, M., Garbarino, J. y Siltan, R. (2015). “Emotionally Anesthetized: Media Violence Induces Neural Changes During Emotional Face Processing”. USA: Oxford University Press. Disponible en: <https://academic.oup.com/scan/article-abstract/10/10/1373/1648617>
- Tomasello, M. y Call, J. (1997). *Primate Cognition*. New York-Oxford: Oxford University Press, Inc.
- Wieviorka, M. (2001). “La violencia: destrucción y constitución del sujeto”. *Espacio Abierto*, 10(3), pp. 337-347. Venezuela: Universidad de Zulia.
- Wrangham, R., Wilson, M. y Muller, M. (2006). “Comparative Rates of Violence in Chimpanzees and Humans”. *Primates*, 47, pp. 14-26. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s10329-005-0140-1>

PRINCIPIO PRECAUTORIO PARA DISMINUIR LA EXPLOTACIÓN REPRODUCTIVA DE LA MUJER Y EL DAÑO A GENERACIONES FUTURAS EN LOS CASOS DE GESTACIÓN SUBROGADA

○ María Sierra Pacheco*

* Doctora en Ciencias Penales y Política Criminal y maestra en Criminología por el INACIPE; licenciada en Derecho por la UNAM; perito en Criminología por el CJF con patente 1462-2020. Docente en las escuelas de enfermería del Instituto Nacional de Cardiología, Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias, Instituto Nacional de Neurología, así como en el Instituto de la Judicatura Federal del pjf y en el Instituto Nacional de Ciencias Penales. Miembro permanente del Seminario de Estudios Prospectivos de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

- **Gestación subrogada**
- **Principio precautorio**
- **Generaciones futuras**
- **Violencias**

Surrogacy

Precautionary principle

Future generations

Violence

Resumen. En la actualidad los avances científicos y tecnológicos en el área de la salud humana han llevado al límite los alcances del derecho, y en muchas situaciones, si no se miran desde la bioética, como es el caso de la gestación subrogada, contribuyen a la construcción de escenarios donde se explota la capacidad reproductiva de las mujeres, lo que crea condiciones de vulnerabilidad injustificadas para que otra persona pueda satisfacer lo que erróneamente se ha considerado como el derecho humano a la reproducción humana y a la vida familiar.

Por tratarse de un problema complejo que involucra además el futuro de la humanidad, se propone la incorporación del principio precautorio, que deriva de la bioética, a la discusión criminológica.

Abstract. Currently, scientific and technological advances in the area of human health have pushed the scope of the law to the limit, and in many situations, if they are not looked at from bioethics, as is the case of surrogacy, they contribute to the construction of scenarios where the reproductive capacity of women is exploited, which creates conditions of unjustified vulnerability for another person to satisfy what has wrongly been regarded as the human right to human reproduction and family life.

As it is a complex problem that also involves the future of humanity, it is proposed to incorporate the precautionary principle, which derives from bioethics, into the criminological discussion.

Fecha de recepción: 23 de diciembre de 2020

Fecha de aceptación: 15 de febrero de 2021

SUMARIO:

I. Introducción. II. La problemática de la gestión subrogada. III. El principio precautorio, origen, definiciones y elementos. IV. El enfoque criminológico. V. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro del sin fin de violencias que hoy en día se conocen y sancionan, hay una particularmente invisibilizada por la forma en que se interpretó el derecho humano a la reproducción humana y que se concreta en los casos de la gestación subrogada.

Las técnicas de reproducción asistida tienen muchas facetas. Algunas de ellas no representan dilemas bioéticos; sin embargo, la gestación subrogada, que jurídicamente se entiende como el “acuerdo mediante el cual una mujer se compromete a gestar en su vientre al hijo de otras personas y a entregarlo al término del embarazo, recibiendo a cambio una compensación que puede ser económica o de otro tipo” (Programa Universitario de Bioética, 2020), sí merece una reflexión mucho más profunda e interdisciplinaria para evitar la explotación de la capacidad reproductiva de las mujeres y el posible daño a las generaciones futuras.

Por consiguiente, es preciso contemplar la gestación subrogada de una forma distinta a como se ha venido haciendo con motivo de la interpretación del derecho humano a reproducirse, que en la legislación mexicana está previsto en el artículo 4 constitucional, y que requiere una revisión no solo argumentativa, sino también prospectiva. Así, el discurso criminológico, en este artículo, es el punto de partida para el recorrido del principio precautorio y para contribuir con un referente para las políticas públicas que permitan la disminución de los casos de violencia contra las mujeres en materia reproductiva.

La consideración de la universalidad del derecho a la reproducción colocó de manera inmediata a las mujeres como objetos de explotación por su capacidad reproductiva. El útero se convirtió en un espacio de dominio médico y jurídico para un producto comercial: el deseo de ser padres, que se satisface con la entrega del bebé en el parto.

El cuerpo de las mujeres se mira, una vez más, como un medio para lograr un fin, desgajando por completo al ser. Se pierde de vista la integridad

humana, se menoscaba la maternidad, se fragmentan la voluntad y la autonomía individual, se vulnera la dignidad de madres e hijos y, finalmente, se engaña a la intuición con discursos emotivos y sociales para que alguien pueda ejercer su derecho a la reproducción humana con el uso de las técnicas médicas de la reproducción asistida sin tomar en consideración los daños y las afectaciones que el acto genera, tanto a la madre como al bebé, motivo de los contratos de este tipo de servicio.

El tema, desde su presentación por parte del sector médico y jurídico que están a favor —sin duda, por lo lucrativo que les resulta—, utiliza eufemismos para diluir la verdad de las violencias que en el contexto se propician, legitiman y normalizan. Así, se habla de maternidad o gestación subrogadas para evitar nombrarlo como vientres de alquiler.

Pero para evitar un sesgo subjetivo en el análisis de la narrativa creada en torno a la problemática, en la presente reflexión se utiliza como eje el principio precautorio de la bioética con la intención de contar con una herramienta para disminuir la explotación reproductiva de las mujeres y el daño a las generaciones futuras desde la criminología con visión prospectiva.

II. LA PROBLEMÁTICA DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

Hoy en día se puede observar cómo es que las libertades y los deseos de las personas para hacerlas exigibles frente a terceros atraviesan un proceso de normativización exacerbado que coloca a los Estados y sus instituciones en una posición que los obligan a realizar un reconocimiento de los mismos como derechos. Para que adquieran un mayor grado de relevancia, protección, ejercicio y garantía, algunas de esas libertades y deseos, a través de movilizaciones de la sociedad civil organizada, colectivos, debates y el uso de las redes sociales, han alcanzado la connotación de *derechos humanos*, lo que implica que se pueden plantear, gestionar y defender dentro de su correspondiente sistema nacional e internacional de interpretación, protección y garantía frente a las autoridades y sociedades.

Así, en este contexto, el deseo de ser padre o madre, con independencia de si se cuenta o no con una relación de pareja —ya sea homosexual o heterosexual—, se ha convertido en un tema controversial, pues la maternidad y la paternidad han trascendido al ámbito de lo público y lo político, en donde el Estado, por medio del discurso jurídico normativo, las ha elevado al grado de derecho humano, bajo los rubros, principalmente, de derechos sexuales y reproductivos.

A nivel mundial, la reproducción humana y el hecho de concebir hijos por medio de las técnicas de reproducción asistida han trastocado los límites del derecho en sus ramas civil, familiar, sucesoria, penal y administrativa, e incluso han llevado a replantear aspectos médicos, científicos, bioéticos, sociales, culturales y políticos.

Derivado de lo anterior, se han presentado una serie de situaciones que obligan a pensar en el futuro de la humanidad, pues se ha alterado la forma de concebir, gestar, nacer e integrar familias a nivel global, tanto a nivel genético como social. De ahí la importancia de plantear la gestación subrogada en el centro de una discusión compleja que requiere de conocimientos y saberes que permitan explicar los alcances multidimensionales de los vientres de alquiler en las sociedades contemporáneas, para con ello proponer su regulación político-normativa, de manera que disminuyan las violencias contra las mujeres por el solo hecho de contar con una capacidad reproductiva como la que brinda un órgano femenino: el útero.

Si bien en México la Constitución prevé en su artículo 4º que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, lo cierto es que este derecho, como muchos otros, tiene aspectos limítrofes; es decir, no puede ejercerse aún en contra de la libertad y dignidad de otras personas, como sucede cuando mamá y bebé son considerados objetos de contrato por fedatarios públicos y que quedan sujetos a las cláusulas de los acuerdos de voluntades sobre reproducción humana asistida y gestación subrogada. Hay muchos más aspectos involucrados y cuestiones implícitas que no se miran o que se disfrazan, por lo que parte de la intención de estas líneas es que deje de ser una violencia invisible contra mujeres y niños de diferentes partes del mundo que atenta contra su dignidad humana; es decir, que se deje de lado la indiferencia moral e insensibilidad hacia el sufrimiento de quienes se ven inmersos en este tipo de fenómeno y en cuyo alrededor se han construido estructuras, justificaciones y discursos que, desde una perspectiva criminológica, son actos adiafóricos en términos baumanos (Bauman, 2005) y no constituyen un ejercicio legítimo de los derechos humanos sexuales y reproductivos de las personas que desean cubrir sus necesidades maternas o paternas, como plantean muchas agencias y clínicas de reproducción asistida alrededor del mundo.¹

¹ Para conocer la visión de las agencias internacionales dedicadas a promover la gestación subrogada se sugiere revisar el contenido de la página: <https://www.babygest.es/mexico/> fecha de consulta 13 de noviembre de 2018.

Lo anterior ha abierto no solo en nuestro país sino a nivel mundial un número considerable de escenarios para lograr un embarazo exitoso y para que quienes acuden a este sistema de reproducción tengan hijos e integren sus familias, sin que exista una normatividad clara y puntual que brinde certeza jurídica, pues cada país —y en el caso de México cada entidad— cuenta con su propia regulación. Por ejemplo, Francia y Suecia lo tienen prohibido; Portugal en un primer momento lo permitía y posteriormente cambió su legislación por una de corte prohibitivo; Ucrania, India, Georgia, Grecia, Reino Unido y Tailandia sí lo tienen regulado a favor de la práctica, lugares a donde asisten personas de otros países para concebir a sus hijos a través de madres gestantes, lo que se conoce como turismo reproductivo; Tabasco y Sinaloa están en el mismo supuesto, contrario a lo que sucede en Querétaro y Coahuila; Costa Rica y España son casos que a través de litigios en las cortes constitucionales se han pronunciado al respecto.

Lo que se percibe es una necesidad imperante de que se entienda el problema y sus implicaciones y que se regule de manera homologada en el territorio nacional en armonía con los temas bioéticos que existen al respecto. Por lo tanto, el planteamiento aquí vertido se considera de vanguardia, trascendente y que atenderá un problema que parece ser tendencial y que puede afectar la dinámica social, impactar los derechos humanos y generar condiciones de vulnerabilidad en contra de mujeres y bebés si no se discute de manera integral e interdisciplinaria.

Lo cierto es que el discurso de los derechos humanos queda corto para analizar todos los casos, ya que todavía está en discusión si el debido respeto a la dignidad humana, aun tratándose del feto, está protegida desde el momento de la concepción o a partir de otro momento de la gestación, porque las implicaciones en este sentido llevan a incorporar la información que se desprende de la psicología perinatal, neurociencias, el vínculo materno-fetal, la epigenética y la biología del parto, entre otras disciplinas y sus discursos, pero que aún no logran acuerdos comunes; por lo tanto, se emplea el principio precautorio de la bioética para integrar una propuesta que disminuya las violencias en este contexto.

Dentro de las técnicas de reproducción asistida, muchas mujeres dan su consentimiento para ser madres gestantes, y por ello pueden o no recibir una compensación económica; sin embargo, hay otras situaciones en las que no sucede de esta manera, sino que son mujeres inmersas en lo que se ha denominado explotación reproductiva, tal y como sucede en los

casos de Ucrania (Zuil, 2018), la India (Rojas, 2018) y Tailandia (Domingo, 2018). En tales casos, esta vertiente del fenómeno se ha considerado como un problema de trata de personas, es decir, como un comportamiento delictivo que implica no solo la explotación sexual y reproductiva de las mujeres, sino también una violación a sus derechos humanos² y que además coloca a los bebés que son entregados a las personas que contrataron a las mujeres para gestar como si fueran un producto. Esto sucede así porque se tiene una visión de la gestación como si fuera un servicio, objeto de contrato y con un precio a pagar por el “producto de la gestación”.

En todos los casos y escenarios es necesario explorar cómo se da el fenómeno, pues se presume que es una modalidad de la violencia contra las mujeres que hoy se describe como invisible.

En la actualidad, con base en las técnicas de reproducción asistida existentes, es posible contemplar diversos escenarios para la gestación subrogada dependiendo de las personas involucradas, ya sea para proporcionar los gametos —sean el espermatozoides o los óvulos— o para llevar a cabo la gestación, además de los padres de intención, quienes recibirán al bebé al término del embarazo —es decir, en el parto— para integrar su familia y satisfacer su deseo de maternidad o paternidad, sin importar su estado civil o preferencia sexual. Sin embargo, en todas las hipótesis es necesario determinar todo aquello que se desprenda de los temas relacionados con el apego, la crianza, la lactancia, la psicología perinatal, las neurociencias y el embarazo, como la transformación de mujer-madre desde los arquetipos hasta los procesos fisiológicos que rodean y dan lugar al vínculo mencionado.

Por el momento, se cuenta a nivel nacional con el siguiente estatus normativo, que habrá que seguir de cerca tanto a nivel de discusión parlamentaria como en los debates sociales y políticos que de estas propuestas se deriven.³

² Se recomienda ver el informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños en el enlace: <http://undocs.org/es/A/HRC/37/60>, en virtud de que dicho informe establece de forma muy clara el contexto complejo de la explotación sexual y la relación con la explotación de la capacidad reproductiva de las mujeres y por lo tanto lo equipara y concibe dentro del tipo penal de trata de personas; fecha de consulta 12 de noviembre de 2018.

³ En virtud de la forma en que se estableció a nivel constitucional la competencia estatal y municipal para regular lo relativo a algunos temas de Salud, se debe tener en cuenta que aunque hay propuestas federales que serían de aplicación general para la gestación subrogada, la Ley General de Salud es la que contempla qué se entiende legalmente por reproducción humana, por lo que se sugiere ver la “Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se crea la Ley de Reproducción Humana Asistida y se reforman distintos artículos de la Ley General de Salud, a cargo de los senadores Fernando Castro Trenti del Grupo Parlamentario del PRI y Ernesto Saro Boardman del Grupo Parlamentario del PAN” en Senado de la República, LX Legislatura, *Gaceta del Senado*, México, núm. 237, lunes 28 de abril de 2008.

Tabla 1. Iniciativas presentadas al Congreso de la Unión 2008-2012

FECHA	LEGISLADOR/A	LEY
28 de abril de 2008	Senadores Fernando Castro Trenti (PRI) y Ernesto Saro Boardman (PAN)	Ley de Reproducción Humana Asistida Ley General de Salud
26 de agosto de 2009	Senadoras María del Socorro García Quiroz (PRI), María de los Ángeles Moreno (PRI) y senador Ramiro Hernández García (PRI)	Ley General de Salud
8 de abril de 2010	Diputada María Cristina Díaz Salazar (PRI)	Ley General de Salud
22 de abril de 2010	Diputada María del Pilar Torre Canales (PANAL)	Ley General de Salud
28 de julio de 2010	Diputada Leticia Quezada Contreras (PRD)	Ley de Subrogación Gestacional Ley General de Salud
14 de diciembre de 2010	Senador Julio Aguirre Méndez (PRD)	Ley General de Salud
13 de julio de 2011	Senadoras María de los Ángeles Moreno Uriegas, María del Socorro García Quiroz (PRI) y otros legisladores	Ley General de Salud
20 de diciembre de 2012	Senadora Maki Ortiz Domínguez (PAN) y otros legisladores	Ley de Reproducción Asistida Ley General de Salud

Fuente: elaboración propia.

Los estados de Sinaloa y Tabasco, principalmente, cuentan con clínicas de reproducción asistida que proporcionan el servicio de gestación subrogada bajo un marco legal local, y en la Ciudad de México se lleva a cabo celebrando contratos privados, ya sea ante notario público o involucrando a un juez de lo familiar para los aspectos filiales.

Si bien es cierto que a nivel constitucional se prevé el derecho a formar una familia, la Ley General de Salud en su artículo 68 y demás relacionados y su Reglamento en materia de investigación para la salud, capítulo IV

Disponible en [consulta: 31 de enero de 2013]. 12 “Iniciativa que reforma y adiciona los artículos 314 y 327 de la Ley General de Salud, a cargo de la diputada Oralia López Hernández del Grupo Parlamentario del PAN” en Cámara de Diputados, LXI Legislatura, *Gaceta Parlamentaria*, México, año XV, núm. 3427-IV, ya que cada entidad le ha dado un tratamiento distinto que versan desde aspectos meramente civiles o de filiación familiar hasta prohibición expresa, miércoles 11 de enero de 2012. Disponible en [consulta: 31 de enero de 2013].

“De la investigación en Mujeres en Edad Fértil, Embarazadas, durante el Trabajo de Parto, Puerperio, Lactancia y Recién Nacidos; de la utilización de Embriones, Óbitos y Fetos y de la Fertilización Asistida”, son la norma vigente para salud reproductiva, pero la gestación en esta modalidad no está regulada en estricto sentido.

En virtud de que hay una laguna legal importante y las violencias que se ejercen en estos contextos aún son invisibles por parte de la población, pero sobre todo por médicos, abogados y clínicas, se oferta el servicio sin considerar las implicaciones que conlleva, las cuales bien pueden ser catalogadas como explotación de la capacidad reproductiva de las mujeres, así como daños a generaciones futuras, pues el tema es tan complejo y poco explorado que lo mejor sería ubicarlo dentro de los dilemas bioéticos y anclarlo al principio precautorio para disminuir el ejercicio de las violencias contra las mujeres alrededor del mundo, que hoy en día se justifica a través de la universalidad del derecho humano a la reproducción.

Lo cierto es que la resistencia para usar o no el principio precautorio en la gestación subrogada por parte de algunos tomadores de decisiones en ocasiones puede ser motivada por un aspecto económico o el deseo de ganancia; es por ello que no se toma en cuenta para la regulación normativa o moral de esta práctica, lo que da lugar a una serie importante de incertidumbres y afectaciones a generaciones futuras que deben discutirse en el presente, ya que existe un compromiso social de las generaciones de hoy para con las del mañana, pero sobre todo una corresponsabilidad con la disminución de escenarios y situaciones que afecten a las mujeres por el hecho de ser mujeres.

III. EL PRINCIPIO PRECAUTORIO, ORIGEN, DEFINICIONES Y ELEMENTOS

Antes de introducir el principio precautorio al tema de violencias sociales, en específico a la modalidad de la violencia de género contra las mujeres en edad reproductiva, se considera necesario precisar por qué la bioética y los principios que derivan de ella resultan indispensables al momento de analizar la problemática que encierra la gestación subrogada.

Se parte de la idea fundamental de que la bioética permite analizar las problemáticas actuales desde su complejidad colocando en el centro de la discusión a *la vida*; sus postulados miran todas las filosofías, pero pondera el

carácter laico de la ideología; busca soluciones multidisciplinarias basadas en el equilibrio ecológico con base en el reconocimiento de la dignidad de todos los seres sintientes, lo que se traduce en el respeto a todos los seres vivos habitantes del planeta, lo que incluye al ser humano en los extremos de la vida: origen y muerte. Por lo tanto, se le puede considerar como un conversatorio multidisciplinario (Rivero Weber, 2021).

En síntesis, la bioética permite el entorno idóneo para que las diversas disciplinas, ciencias, saberes y experiencias concurren en las discusiones. De esta manera, la reflexión invita a participar al futuro para ser propositivo y se enfatiza el compromiso social intergeneracional de los actores.

Una vez puntualizado lo anterior, el principio precautorio es, en resumen, la idea fundamental de carácter moral que rige el pensamiento o la conducta con cuidados y atención especiales para evitar la generación de riesgos, peligros y daños, así como prevenir problemas futuros por la toma de decisiones del presente en casos en que no se conozca lo suficiente sobre las variables que integran los dilemas que se pretenden resolver a través de la bioética.

El principio precautorio, como lo considera Campos (2012), es un conjunto de enunciados de compromiso con algunos valores y tiene como punto de partida el ejercicio de la prevención para no dañar, no causar un riesgo o colocar a alguien en peligro, al igual que el principio de no maldificencia, que está contemplado en los principales códigos de ética para el personal de salud alrededor del mundo.

Lo que propone este principio, en sí, es que se tomen medidas contra daños potenciales —aun cuando no se sepa si efectivamente esos daños se producirán— y, en virtud de que hoy no se puede garantizar la imposibilidad de producirlos, pero hay un riesgo latente, que lo mejor para todos es no llevar a cabo actos que los pueden generar.

Ahora bien, el origen del principio de referencia, si bien es alemán y de aplicación medioambiental, poco a poco se fue introduciendo en instrumentos internacionales que velan por la salud de los seres humanos frente a los avances tecnológicos y científicos hasta llegar al aspecto de garantizar mejores condiciones para generaciones futuras en todas sus esferas, incluyendo a los demás seres vivos y al planeta. Esto es posible porque tiene como punto de partida el ejercicio de la prevención para no dañar —como ya se mencionó—, y propone que se tomen medidas contra esos daños de los que se desconoce su nivel de impacto; es decir, este riesgo se relaciona con la incertidumbre. En consecuencia, al estar estos puntos medulares en

el umbral de lo incierto, es preciso incorporar la visión prospectiva. Así, el análisis aunado con esta visión permite planear el futuro desde la toma de decisiones del presente y gestionar los riesgos, pero sobre todo disminuir las incertidumbres.

Se comparte la idea de que este principio está estrechamente relacionado con el principio de responsabilidad debido a que este, en su acepción de deber de cuidado, como especie humana demanda tomar una mayor conciencia sobre la necesidad de preservar al mundo y a los diversos componentes de la biósfera, con lo que se da respuesta al riesgo al que está expuesta la humanidad y el plantea con respecto a la amplia gama de factores que atentan contra la seguridad global, tal y como lo menciona Saruwatari Zavala (2012).

En conjunto, se busca anticipar eventos nocivos, atenuar el impacto en la sociedad, administrar la incertidumbre, proveer de un gran contenido ético que lleva implícita la responsabilidad ante los riesgos, peligros y daños; elementos que en los casos de explotación reproductiva de las mujeres se ha vuelto imperativo llevar a cabo.

IV. EL ENFOQUE CRIMINOLÓGICO

Se considera que es posible un análisis integral y profundo de la realidad y sus problemas actuales solo a través del pensamiento crítico, sistémico, producto de la reflexión, con reconocimiento de la complejidad y con visión prospectiva.

De momento, la humanidad está inmersa en la posnormalidad,⁴ impecan el caos, la contradicción y la incertidumbre (Zia, 2017). Los efectos de la globalización y los daños colaterales son cada vez más evidentes sin importar en qué parte del mundo se ubique uno. Ciertamente, esto lo mostró con mayor énfasis la pandemia por Covid-19 desde el primer caso hecho público en diciembre de 2019.

Garantizar el futuro de la población mundial se ha vuelto un reto que demanda la participación de todas las personas, la colaboración entre gobiernos y la disposición política de mejorar las condiciones de los habitantes del planeta. La corresponsabilidad es un asunto serio y requiere de

⁴ Este concepto se debe a Ravetz (filósofo británico) y a Funtowicz (matemático argentino), quienes se dieron cuenta de que el razonamiento científico ya no era plausible como antes, ya que ahora está relacionado con la complejidad, caos y contradicciones.

visiones que permitan identificar mejor los riesgos y posibles daños de las acciones presentes para evitarlos y garantizar un mejor futuro para las siguientes generaciones.

La tecnología, los avances científicos, el desarrollo de la inteligencia artificial, las rupturas epistémicas y la comprensión-explicación de cómo funciona el mundo en todos sus ámbitos han hecho indispensable replantear el rol de la ética en la toma de decisiones no solo gubernamentales o económicas, sino también personales. Las discusiones de esta índole permiten rectificar los caminos que se han tomado para mejorar los resultados; de ahí la importancia de integrar algunos temas a los dilemas de la bioética y desde ahí hacer las reflexiones necesarias para disminuir el impacto negativo de las decisiones del presente.

El pensamiento criminológico con visión prospectiva es una forma de dialogar con la bioética y extraer de ella al principio precautorio para aplicarlo en los casos de gestación subrogada con el objetivo de alcanzar la disminución de las violencias contra las mujeres en el contexto reproductivo y no dañar a generaciones futuras.

Por lo anterior, el punto de partida para integrar un referente objetivo en la disminución de las violencias que se presentan en los casos que se describen aquí es desde una postura criminológica prospectivista.

Para aplicar el principio precautorio se deben ponderar los riesgos de la acción contra los beneficios que generaría la misma. En los casos de gestación subrogada, lo que se ha suscitado en Ucrania e India, y en Tabasco (Zuil, 2020), en el caso nacional, es suficiente para detener estas prácticas en todo el mundo.

De forma adicional se deben comprender dos aspectos (Trejo, 2020) de suma importancia que justifican la aplicación del principio precautorio en los casos de gestación subrogada:

- a. Un útero gestando un embarazo no es un órgano aislado, pertenece a una mujer y lo que le suceda afecta directamente al desarrollo del bebé. Por ello, lo que ocurra durante las 36-42 semanas de gestación va a condicionar en gran medida el desarrollo infantil. Diversas investigaciones han revelado que la salud psicológica materna influye en el desarrollo fetal y que esto tiene repercusiones a lo largo del desarrollo del niño al asociarse con diferentes psicopatologías de inicio en la infancia, como los trastornos de conducta y los trastornos de aprendizaje.

- b. El bebé en gestación, independientemente sea por subrogación o no, espera encontrarse al nacer con la mujer que le ha gestado y que para él es su única madre. De no ser así, se produce la herida primal, que en los casos de subrogación es el trauma de la separación, porque ser separado de la madre, nada más nacer y probablemente no volver a verla, oír-la, sentirla ni amamantarse de ella, suponen un trauma y una pérdida enormes que bien son equivalentes a que su madre muera en el parto.

Si el principio precautorio está estrechamente relacionado con el principio de responsabilidad, debido a que la responsabilidad en su acepción de deber de cuidado demanda que se tome mayor conciencia sobre la necesidad de preservar al mundo, se amplía en el sentido de preservar también la salud integral de los seres humanos desde el origen de la vida, lo que incluye la gestación y el parto. Si también se vincula con la no maleficencia, entonces no es adecuado generar contextos en los que se vulnere la salud emocional y psicológica de la mujer gestante y mucho menos del bebé en formación durante su vida intrauterina.

Lo que se pretende desde el análisis que ofrece la criminología prospectivista junto con la bioética es hacer manifiesta la ética del cuidado, lo que implica garantizar las mejores condiciones para todos los seres humanos desde su concepción y origen. Por tanto, si la gestación subrogada no lo permite por los riesgos, daños y peligros que genera para la madre y el bebé, ante una incertidumbre latente del impacto que tiene el entorno de este tipo de gestación, es irresponsable propiciar estos escenarios aunque normativamente se haya avalado esta situación incluso por criterios jurisprudenciales en México, porque lo que hacen es contribuir a las manifestaciones, hasta hoy invisibles, de la violencia contra mujeres que se da en los casos de explotación de su capacidad reproductiva.

Parte de la motivación de esta reflexión es pugnar por el derecho humano al futuro para que este sea seguro, pleno y abundante en todo sentido, pero sobre todo consciente, por lo que se hace la revisión de los pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que abonan a la gestación subrogada, pero que deben reconsiderarse bajo los siguientes argumentos.

Los criterios de referencia son los dos siguientes:

FILIACIÓN DE UN MENOR DE EDAD NACIDO BAJO LA TÉCNICA DE MATERNIDAD SUBROGADA. ES DEBER DEL JUEZ ESTABLECERLA, AUN ANTE LA AUSENCIA DE REGULACIÓN ESPECÍFICA.

La ausencia de regulación expresa o específica sobre cómo establecer la filiación de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, y particularmente de la llamada maternidad subrogada o útero subrogado, no debe erigirse en impedimento para que el Juez se pronuncie al respecto, no sólo porque el silencio de la ley no lo autoriza a dejar de resolver alguna controversia, sino porque en términos del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el goce y el ejercicio de los derechos humanos de las personas no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece y asimismo, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, entre los cuales se encuentra el derecho a la identidad de los menores de edad y la necesidad de atender a su interés superior. En ese sentido, ante la realidad fáctica de un niño o una niña nacido bajo esta técnica, su derecho a la identidad y la protección a su interés superior exigen determinar la filiación que les corresponde, ya que tienen derecho a contar con todos los derechos derivados de la filiación, como los alimentarios y sucesorios, así como a recibir cuidados, educación, afecto y todo lo necesario para su adecuado desarrollo. Al respecto, debe determinarse si entre las reglas aplicables en materia de filiación y registro de nacimiento hay algunas que permitan atribuir la filiación, como lo serían la presunción de paternidad o el reconocimiento de hijos. Asimismo, debe tenerse presente que la demostración de un vínculo biológico no es un requisito indispensable para establecer la filiación sobre un hijo, como sucede en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, en las que opera al respecto la voluntad para concebirlo o voluntad procreacional y en el caso de la maternidad subrogada, es necesaria también la concurrencia de la voluntad libre de vicios de la madre gestante, y sobre la base de que dicha mujer debe ser mayor de edad y con plena capacidad de ejercicio.

Amparo en revisión 553/2018. 21 de noviembre de 2018. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, y Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Mónica Cacho Maldonado. Esta tesis se publicó el viernes 11 de octubre de 2019 a las 10:21 horas en el Semanario Judicial de la Federación. (Tesis: 1a. LXXXVIII/2019, 2019: 1159)

El primer error que se vislumbra en esta opinión jurídica es que la maternidad subrogada es una técnica de reproducción asistida, cuando en realidad no lo es, ya que es un acuerdo, un contrato para que una persona pueda tener un hijo gestado por una mujer que le será entregado al momento de nacer, embarazo que es posible llevar a cabo a través de las técnicas de reproducción asistida. Es por ello que en el medio médico se habla de útero subrogado (OMS, 2020), pero solo es el órgano que pertenece a una mujer con autonomía, voluntad y libertad, por lo que no se le puede reducir a la categoría de *técnica*, que es un procedimiento o tratamiento, debido a que se trata de un ser humano.

La voluntad procreacional es contemplada en la tesis como relacionada directamente con la voluntad, pero no reconoce el nivel sistémico que esta característica humana tiene con la autonomía y la no maleficencia. Al plantearla de manera aislada a los demás principios, incluyendo el de responsabilidad, coloca de inmediato a las mujeres en desventaja por su capacidad reproductiva, ya que se genera una condición de vulnerabilidad, innecesaria, para que otro ser humano cumpla a capricho su voluntad procreacional. Y en la práctica médica-jurídica se le disfraza de acuerdo de voluntades contractual sin tomar en consideración todas y cada una de las violencias por las que atraviesan la madre gestante y el bebé durante su vida intrauterina que culminan con la herida primal (Olza, 2020) en el parto, que es a la vez el momento en el que se da por cumplido el contrato al entregar el bebé a la persona que fungirá como padre o madre de intención.

No es suficiente el acuerdo de voluntades para llevar a cabo un acto y mucho menos uno en la esfera de la salud de las personas. La concepción, la gestación, el parto, la lactancia materna y el puerperio están en esta esfera y se gobiernan por los principios éticos de autonomía, voluntad, libertad, justicia y no maleficencia, y de forma adicional por los de la bioética, el de responsabilidad y el precautorio.

La filiación claro que es un derecho a la identidad del cual todos gozamos, pero el punto medular no es la filiación en sí misma, sino la forma en que se está demandando su reconocimiento. No se puede sujetar la filiación a la voluntad procreacional, pues para que esta última sea cumplida por algunas personas tiene como requisito *sine qua non* explotar la capacidad reproductiva de las mujeres al contar con un órgano como el útero.

El segundo de los criterios a analizar dice a la letra:

DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO.

A partir de las consideraciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la similitud entre las parejas homosexuales y heterosexuales en cuanto a su capacidad de desarrollar una vida familiar, la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación entiende que la vida familiar entre personas del mismo sexo no se limita únicamente a la vida en pareja, sino que puede extenderse a la procreación y a la crianza de niños y niñas según la decisión de los padres. Así, existen parejas del mismo sexo que hacen vida familiar con niños y niñas procreados o adoptados por alguno de ellos, o parejas que utilizan los medios derivados de los avances científicos para procrear. (Tesis: 1ª./J. 8/2017, 2017: 127)

Por lo que hace a este segundo criterio es importante destacar que, aunque se base en una opinión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no significa que esté en lo correcto éticamente hablando.

Ampliar la capacidad de desarrollar una vida familiar hasta el punto de extenderlo a la procreación sin distinción alguna es sin más generar, de nuevo, una condición de vulnerabilidad para las mujeres, porque, por la forma en que se extiende el desarrollo de una vida familiar, resulta permisible con la explotación de la capacidad reproductiva de las mujeres, lo que genera violencia contra ellas por esa sola capacidad. Lo anterior, debido a que el útero se requiere para la procreación humana, pero no es un órgano aislado, sino que forma parte del cuerpo de una mujer que, si bien tiene autonomía y voluntad, también es responsable por el ser humano que gesta, y no es dable hacerlo de manera en que por un acuerdo de voluntades en los casos de gestación subrogada lleve la gestación atentando contra el bebé, propiciando riesgos, daños y peligros en su salud emocional y en el desarrollo infantil (Olza, 2018), cuyo impacto es incierto a corto, mediano y largo plazo para él en lo individual y para la humanidad en lo general.

A la luz de la criminología prospectivista y la bioética, se considera que en estos pronunciamientos se perciben de forma errónea los alcances que se tienen de los derechos humanos a la reproducción humana y a formar una familia bajo ciertos esquemas. Si bien es cierto que toda persona sin distinción alguna —sea de sexo, género, orientación sexual, estado civil— tiene derecho a reproducirse y tener una vida familiar, no todos los seres humanos lo pueden llevar a cabo sin someter a otros a la condición de medios para lograr el fin reproductivo. Y esto es lo que sucede en los casos de gestación subrogada: se considera de inmediato a la mujer gestante como objeto del contrato que hará posible la reproducción humana para la cual otro se encuentra imposibilitado.

Bajo esta tesitura, el útero se convierte, entonces, en el espacio contractual para que a través de las técnicas de reproducción asistida se le implante una célula fecundada, de gametos cuyo origen puede ser diverso —como se mencionó anteriormente—, y se geste en el periodo de entre 36 a 42 semanas para que al momento del parto se entregue al bebé a quien así lo manifestó en el contrato, sin tomar en cuenta los daños, riesgos y peligros que ello implica.

En conclusión, se tienen una laguna legal en México respecto a la regulación de la gestación subrogada, referentes internacionales de malas prácticas como Ucrania e India, así como una falta de armonización de

esta práctica contractual privada entre personas que tienen una imperiosa necesidad de satisfacer su voluntad procreativa sin considerar los posibles daños, peligros y riesgos. Debido a que estos elementos generan un escenario no solo de completa incertidumbre para la madre y el bebé, sino también un contexto lleno de violencias, lo más razonable es aplicar el principio precautorio de la bioética a los casos de este tipo de gestación para contribuir a la disminución de las violencias contra las mujeres que derivan de su capacidad reproductiva, garantizar un mejor futuro para las próximas generaciones y cumplir de forma responsable con el compromiso social y ético intergeneracional de un mundo mejor.

Así, el principio precautorio se considera indispensable para disminuir la explotación reproductiva de la mujer y el daño a generaciones futuras en los casos de gestación subrogada en tanto la Suprema Corte de la Nación no rectifique sus criterios y el legislador mexicano no regule con base en la bioética esta práctica en México. Así, el objetivo es, también, garantizar, desde las acciones y decisiones del presente, el derecho humano al futuro para que este sea seguro, pleno y abundante en todo sentido, pero sobre todo consciente.

V. FUENTES DE CONSULTA

- Alvarado, J. (2012). “El emocional uso de un concepto racional”. En Fernando Cano Valle, *El principio precautorio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1ª edición, (p. 249-291). <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3141/11.pdf>
- Bello, E. (2012). “El principio precautorio y sus fundamentos filosóficos”. En Fernando Cano Valle, *El principio precautorio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1ª edición, (p. 1-21). <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3141/4.pdf>
- Campos, A. (2012). “El principio precautorio ¿guía o extravío?”. En C. V. Fernando, *El principio precautorio* (págs. 293-315). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3141/12.pdf>
- Cano, F. (2012). “El principio precautorio”. En Fernando Cano Valle, *El principio precautorio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1ª edición, (p. 23-48). <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3141/5.pdf>

- Domingo, F. (2018). “Un japonés contrató nueve vientres de alquiler en Tailandia”. *El mundo*. Obtenido de <https://www.elmundo.es/internacional/2014/08/07/53e3573a22601d3d168b4574.html>
- Feria, V. G. (2012). “El principio precautorio en la salud”. En Fernando Cano Valle, *El principio precautorio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1ª edición, (p. 49-89). <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3141/6.pdf>
- Olza, I. (2018). “Los aspectos médicos de la gestación subrogada desde una perspectiva de salud mental, holística y feminista”. *Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, n° 28, (1-12). Obtenido de <https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000243/600>
- Olza, I. (2020). “La herida primal: gestación subrogada y apropiación de bebés”. Ibone Olza. Obtenido de <https://iboneolza.org/2017/04/04/la-herida-primal-gestacion-subrogada-y-apropiacion-de-bebes/>
- Organización Mundial de la Salud, OMS (2020). *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)*. Obtenido de https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1
- Programa Universitario de Bioética, PUB (2020). *Programa Universitario de Bioética de la UNAM*. Obtenido de www.bioetica.unam.mx/difusion
- Raglianti, B. (2011-2012). “El principio precautorio en el marco de la sociedad de riesgo”. *Debates Jurídicos y Sociales: Los Riesgos ante el Derecho*. Año 4, no. 4, (p. 61-72). <https://debatesjuridicosysociales.cl/ojs/index.php/djs/article/download/29/23>
- Rojas, A. G. (2018). “Se alquila vientre en India”. *El País*. Obtenido de https://elpais.com/diario/2008/08/03/sociedad/1217714403_850215.html
- Saruwatari Zavala, G. (2012). “Principios de precaución aspectos jurídicos”. En F. Cano Valle, *El principio precautorio* (págs. 203-247). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3141/10.pdf>
- Tesis: 1a./J. 8/2017 (2017). *Semanario Judicial del Poder Judicial de la Federación*. Registro digital: 2013531, Jurisprudencia, Materias(s): Constitucional, Décima Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo: Libro 38, Enero de 2017 Tomo I, p. 127

- Tesis: 1a. LXXXVIII/2019 (2019). *Semanario Judicial del Poder Judicial de la Federación*. Registro digital: 2020789, Aislada, Materias(s): Constitucional, Civil, Décima Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo: Libro 71, Octubre de 2019 Tomo II, p. 1159.
- Trejo, A. (2020). En el nombre del padre: Explotación de mujeres con fines reproductivos y venta de bebés recién nacidos. Obtenido de https://drive.google.com/file/d/1Qe0S_tp0BmAtKPPjH-AWtR4WTd-M44lXM/view
- Zygmunt, B. (2005). *Ética posmoderna*, México, Siglo XXI Editores, p. 144.
- Zuil, M. (2018). “‘Offshore’, hepatitis y tráfico de bebés: la clínica de subrogación tras el caos de Kiev”. *El Confidencial*. Obtenido de https://www.elconfidencial.com/espana/2018-08-31/biotexcom-trafico-bebes-clinica-gestacion-subrogada_1609912/
- Zuil, M. (2020). “Después de Ucrania... México: el mercado de los vientres de alquiler tiene nuevo destino”. *El Confidencial*. Obtenido de https://www.elconfidencial.com/espana/2020-07-02/mexico-ventre-alquiler-gestacion-ucrania_2664664/

DOCUMENTOS INTERNACIONALES

- Decálogo del Mar y Declaración de Derechos para la Futura Generación del Equipo Cousteau
- Declaración de la Laguna 1994
- Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras 1997
- Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos 2005

