

# Letras Jurídicas



**Letras Jurídicas**  
**Revista Multidisciplinar del CEDEGS**

Año 16 N° 31  
ENERO-JUNIO 2015  
XALAPA, VERACRUZ, MÉXICO

**CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO,  
GLOBALIZACIÓN Y SEGURIDAD**

# CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO, GLOBALIZACIÓN Y SEGURIDAD DE LA UNIVERSIDAD VERACRUZANA

De las opiniones sustentadas en los trabajos firmados responden exclusivamente sus autores. El hecho de su publicación no implica en manera alguna que esta Revista *Letras Jurídicas. Revista Multidisciplinar del CEDEGS*, se solidarice con su contenido.

Diseño de portada: Rosario Huerta, Patricia Pérez y Armando Guzmán

Responsable de edición: Rebeca Elizabeth Contreras López

Formación: Rita María León López

Letras Jurídicas. Revista Multidisciplinar del CEDEGS Año 16, Núm. 31, enero-junio 2015 es una publicación semestral del Centro de Estudios Sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana. Editora responsable: Universidad Veracruzana. Número de Certificado de Reserva otorgado por el Instituto Nacional de Derecho de Autor: 04-2013-051311263300-102. Número de Certificado de Licitud de Título: 11726. Número de Certificado de Licitud de Contenido: 8287. ISSN 1665 1529. Domicilio de la publicación: Galeana y 7 de noviembre. C. P. 91000 Xalapa, Veracruz. Distribuidor: Centro de Estudios sobre Derecho Globalización y Seguridad, Galeana y 7 de noviembre, Xalapa, Veracruz. Impresa por "Códice", Domicilio de la imprenta: Violeta No. 7 Colonia Salud, C.P. 91070, Xalapa, Veracruz. Este número se terminó de imprimir en el mes de abril de 2015 con un tiraje de 300 ejemplares.

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

<http://www.letrasjuridicas.com>

**UNIVERSIDAD VERACRUZANA**

Dra. Sara D. Ladrón de Guevara González  
*Rectora*

Mtra. Leticia Rodríguez Audirac  
*Secretaria Académica*

Mtra. Clementina Guerrero García  
*Secretaria de Administración y Finanzas*

Dra. Carmen G. Blázquez Domínguez  
*Directora General de Investigaciones*

Dra. Josefa Montalvo Romero  
*Coordinadora del Centro de Estudios sobre  
Derecho, Globalización y Seguridad*

**LETRAS JURÍDICAS**  
**REVISTA MULTIDISCIPLINAR DEL CEDEGS**

REBECA ELIZABETH CONTRERAS LÓPEZ  
DIRECTORA

Luz Del Carmen Martí Capitanachi  
Directora Fundadora

**CONSEJO EDITORIAL**

Ana Gamboa de Trejo (México)  
Jaqueline Jongitud Zamora (México)  
Jorge Witker Velázquez (México)  
Sergio García Ramírez (México)  
Marta S. Moreno Luce (México)  
Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina)  
José Luis Cascajo Castro (España)  
Rafael Bustos Gisbert (España)  
Regina María Pérez Marcos (España)

**COMITÉ EDITORIAL**

Josefa Montalvo Romero (México)  
Socorro Moncayo Rodríguez (México)  
José Antonio Márquez González (México)  
Ángela Figueruelo Burrienza (España)  
Julia Ropero Carrasco (España)  
Rossana Panne (Italia)

## CONTENIDO

EDITORIAL ..... 9

PRESENTACIÓN ..... 11

## ARTÍCULOS

- El uso de las TIC's en la justicia en Colombia  
Jorge Alexander Barrios Medina ..... 15
- La garantía de audiencia en algunos procedimientos administrativos aduaneros  
Nohemí Bello Gallardo  
Luis Avendaño González ..... 31
- La adopción de menores en México y en el contexto internacional  
Carmen Erika Del Ángel Tenorio ..... 45
- Legislación nacional en materia de mecanismos alternativos de solución de controversias. Avances en la reforma constitucional del Sistema de Justicia Penal  
Ivonne Nohemí Díaz Madrigal ..... 61
- Prospección del enfoque *seguridad* en la política criminal en México  
Alan Jair García Flores ..... 77
- La protección al derecho a la vida e integridad física del niño, niña y adolescente como respeto a la dignidad humana  
Idarmis Knight Soto ..... 95
- Significación del bloque de constitucionalidad en la temática de derechos humanos en el ordenamiento jurídico mexicano  
Irvin Uriel López Bonilla ..... 111
- La tortura en la investigación penal. Avances jurídicos y viejas prácticas  
María del Rosario Molina González  
Lidia del Rocío Reyes Ramírez  
María Teresa Gaxiola Sánchez ..... 125
- La defensa de la competencia económica en los mercados de comercio electrónico en México  
Doris Karina Oropeza Mendoza ..... 143

Contratación laboral y empleo en España: situación actual y propuestas de futuro Ana Isabel Pérez Campos .....	163
La contratación pública. Una aproximación a las reglas del Derecho Comunitario Norma Estela Pimentel Méndez.....	179

## RESEÑAS

Preeminencia del Derecho José Jesús Borjón Nieto .....	197
Sobre los jueces y las emociones José Manuel De Alba De Alba .....	203
El <i>negativo</i> del libro que Atienza hubiera querido escribir Salvador Martínez y Martínez .....	207
Estado y Legitimidad Arnaldo Platas Martínez .....	211

## COMENTARIOS RELEVANTES

Noticias legislativas. La reforma de 18 de diciembre de 2014 a la Constitución de Veracruz de Ignacio de la Llave María del Pilar Espinosa Torres .....	217
El Instituto Nacional Electoral y sus retos Julia Hernández García .....	223
Desarrollo y medio ambiente: Caso Jilotepec Manuel Cruz Florencia Martha Cristina Daniels Rodríguez.....	229

## NOTICIAS

Dra. Martha Cristina Daniels Rodríguez, reciente incorporación al CEDEGS .....	237
Lineamientos para los autores .....	239

## EDITORIAL

¿Por qué más democracia significa más corrupción? En *nexos* de febrero Luis Carlos Ugalde se hace esta pregunta y realiza un interesante análisis para responderla. A partir de ello, surgen reflexiones sin fin en torno a la situación actual del país. ¿Qué está pasando? ¿Por qué parece que nuestra incipiente democracia en lugar de avanzar retrocede? Pero más aún ¿cómo hemos llegado a los niveles actuales de corrupción?

¿Por qué los ciudadanos callamos? ya no es creíble que ello obedece a que todos tienen su parte, pues sin duda las condiciones económicas y de servicios de los habitantes cada vez es más precario y, sin embargo, los casos de corrupción que se conocen son cada vez más frecuentes, en todos los niveles. Y hay que ver lo que hoy sucede, por ejemplo, en Brasil con las protestas ciudadanas por el caso Petrobras. En México, tenemos recortes presupuestales, niveles intolerables de pobreza, desempleo, servicios públicos deficientes y, sin embargo, los funcionarios y empresarios ligados a los gobiernos se enriquecen cada vez más. Aunado a ello, el sistema electoral no convence y la impunidad e inefficiencia del sistema de justicia es ya intolerable.

El problema, como afirma Bayle (2014), es que en México más que en otros países de Latinoamérica se tolera la corrupción, lo que ha generado una cultura de la ilegalidad y aceptación de actos corruptos a todos los niveles y en todos los sentidos. Si a eso le unimos la represión, de sobra conocida, que se ejerce sobre medios de comunicación, periodistas y activistas sociales, nos enfrentamos a un escenario lúgubre que no parece ver la luz, en el corto plazo.

Aparentemente una mayor democracia y participación ciudadana estimularía la transparencia y la cultura de la legalidad. El problema: ¡En México el estado de derecho es débil y se erosiona fácilmente! Sin duda, la descentralización del poder público generó que los estados y los municipios tuvieran vía libre de los recursos públicos, además los órganos de fiscalización, generalmente, dependen del ejecutivo y “encubren” la mayoría de los desvíos. La impunidad ha sido generalizada en todos los sectores, los casos que se denuncian, aún los de gran impacto, quedan sin respuesta. Verbigracia: la estela de luz, la casa blanca,

la “lotería” de Veracruz y el endeudamiento sin precedentes de la entidad veracruzana (de más de 40 mil millones de pesos); aunado a ello, no pasa nada cuando se utilizan fondos públicos para fines electorales.

Aunque existe el aparato normativo e institucional para controlar la corrupción, no está operando completamente; incluso los fondos federales son desviados por los estados, sin que ocurra nada. Tenemos ahí el caso de la Universidad Veracruzana y la denuncia permanente de que el gobierno de Veracruz le retiene recursos financieros sin causa.

Y, en su momento, algo ocurrirá porque verdaderamente la grave crisis de confianza y legitimidad tiene su base en la corrupción desmedida y sin freno de los servidores públicos, así como empresas y personas ligadas a ellos. Mientras tanto, la pasividad de los ciudadanos es de destacarse, ya que nadie piensa hoy que en México existe transparencia y rendición de cuentas. Los discursos políticos ya suenan hasta chocantes, vengan de los Pinos o del palacio municipal de cualquier localidad: “Todos sabemos cómo son las cosas”.

Lo importante hoy, es que debemos encontrar el camino, debemos limpiar la casa y reconstruir la confianza y la credibilidad, pues de no hacerlo las amenazas al estado de derecho cada día son más evidentes. En Brasil, en Venezuela, en Argentina y ya no se diga en la zona central de América, los problemas sociales provocados por la corrupción ya no se pueden ocultar. Lo mismo que en México. El problema no es menor y cuando se une a la efervescencia político-electoral y las múltiples demandas ciudadanas, cualquier cosa puede pasar. Ojalá lo tenga presente la clase política mexicana. No olvidemos que... “cuando las barbas de tu vecino veas cortar, lo mejor será poner las tuyas a remojar”.

24 de marzo de 2015  
En México

## PRESENTACIÓN

El tiempo y el espacio se modifican a ritmo vertiginoso, cuando pensamos en el mundo global no existen límites. Ello genera cambios acelerados pero también necesidades impostergables en cuanto a las reglas y mecanismos legales que rigen los procesos y la convivencia social. Para los estudiosos del derecho este escenario presenta retos formidables y la oportunidad de realizar investigaciones actuales e interesantes que abonan en la discusión de temas diversos.

Otro aspecto sustancial, de interés prioritario para *Letras Jurídicas*, es el relativo a los derechos humanos en sus múltiples y distintas facetas. Por todo ello, en cada número de la revista desarrollamos un esfuerzo editorial que permita ofrecer colaboraciones serias y pertinentes para lo que, una vez aceptadas en el doble arbitraje a que son sometidas, el equipo editorial realiza un trabajo adicional de revisión y limpieza para las ediciones impresa y electrónica. Por ello, una vez más, agradecemos la colaboración de todos los que hacen posible esta publicación.

En el número 31 de *Letras Jurídicas* ofrecemos once artículos en temas sustanciales y de interés que ofrecen discusiones relevantes para los temas actuales de la ciencia jurídica. Nuestros colaboradores son cada vez más globales y ello nos permite identificar visiones diversas de lo que se vive en diferentes regiones del mundo.

Encontramos la referencia a las TIC's en la Justicia en Colombia, así como la defensa de la competencia económica en el comercio electrónico y la garantía de audiencia en procedimientos aduaneros. Es interesante la aportación sobre situaciones concretas en Europa como la contratación laboral y el empleo en España, así como la Contratación pública desde el enfoque del derecho comunitario.

Asimismo, se abordan los temas de los MACS y la visión prospectiva de la seguridad; aunados a la significación del bloque de constitucionalidad en la perspectiva de los derechos humanos.

Por otra parte, discusiones trascendentales son relativas al derecho a la vida y a la integridad de niñas, niños y adolescentes con especial relevancia de la

dignidad humana; así como la reflexión sobre la tortura en la investigación penal. Además de la adopción de menores en México.

En este número presentamos cuatro reseñas de publicaciones interesantes para la discusión jurídica. Y, en el apartado de comentarios relevantes en el que procuramos presentar información reciente sobre aportes legislativos, jurisdiccionales y casos concretos, encontramos la reforma a la Constitución veracruzana del 18 de diciembre de 2014, así como la reforma que crea el Instituto Nacional Electoral. El caso que se narra es el denominado "Caso Jilotepec" que pone de relieve una tensión permanente entre la necesidad e impulso del desarrollo y la obligación de proteger el medio ambiente y, en el caso, específico garantizar el derecho al agua de los habitantes de la entidad.

Finalmente, es un gusto tanto para el Centro de estudios sobre derecho, globalización y seguridad como para la revista *Letras Jurídicas* recibir a la Dra. Cristina Daniels como nueva investigadora de tiempo completo, ya que además de ser una aguda estudiosa del Derecho ha sido, durante muchos años, incansable colaboradora de esta publicación.

*Rebeca Elizabeth Contreras López*  
*Directora*

# ARTÍCULOS



# El uso de las TIC's<sup>1</sup> en la justicia en Colombia<sup>2\*</sup>

Jorge Alexander Barrios Medina \*\*

**RESUMEN:** El presente escrito aborda la importancia de las TIC's en la Justicia, asunto de actualidad que aun cuando se encuentra reglamentado en muchos países, en Colombia aún no se tiene absoluta claridad en cuanto a su aplicación. Es así como el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la justicia, es importante, pues implica que justicia y tecnología van de la mano. Aclarando que la tecnología va a años luz del derecho, que es lento debido a la falta de cultura tecnológica y el uso de las TIC's en Colombia. Es importante resaltar que la inclusión de las tecnologías de la información y las comunicaciones permite mayor agilidad en la actividad judicial, en el acceso a la justicia y en el desarrollo de los procesos, siempre y cuando empiezemos a aplicar en mayor medida el uso de herramientas tecnológicas pero en especial empezar a dar la aplicación efectiva de la normatividad que hasta el momento en Colombia se ha sancionado por parte de nuestros legisladores, teniendo así herramientas jurídicas que soportan y permiten la inclusión de las TIC's en la Justicia.

**ABSTRACT:** This paper addresses the importance of e-justice current issue that even when it is regulated in many countries, in Colombia there is still no absolute clarity as to its application. Thus, the use of information technology and communications in justice, it is important because it implies that justice and technology go hand in hand. Clarifying that the technology is light years ahead of the right, which is slow due to lack of technological culture and the use of TIC's in our society. It self is important to note that the inclusion of information technology and communications allows greater flexibility in judicial activities, in access to justice and the development of processes.

---

\* Artículo recibido el 16 de diciembre de 2014 y aceptado para su publicación el 10 de marzo de 2015.

\*\* Abogado, egresado de la Universidad Santiago de Cali, Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Santiago de Cali, Maestrando en Derecho de la Universidad Santiago de Cali, con estudios en Derecho Informático de la Universidad de Buenos Aires, Estudios en Gobierno Electrónico con la Organización de Estados Americanos (O.E.A.) y la Red Interamericana para la Formación en Gobierno Electrónico (RIFGE), Jefe de área de Derecho Privado de la Universidad Cooperativa de Colombia, docente catedrático de la Universidad Cooperativa de Colombia y la Universidad Santiago de Cali. Jorge.barriosme@campusucc.edu.co

1 TIC's, cuando se encuentre este término entiéndase que nos referimos a Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

2 El artículo de investigación es producto del semillero de investigación DATA LAWYER, adscrito a la línea de investigación nuevas tendencias del derecho y hace parte del desarrollo del trabajo de grado en la Maestría de Derecho que el autor cursa en la Universidad Santiago de Cali.

*Palabras claves: TIC's en la justicia, expediente electrónico, notificación electrónica, cultura tecnológica, justicia digital, brecha digital, gobierno electrónico, derecho informático, información jurídica.*

*Keywords: e-justice, electronic records, electronic reporting, technological culture, digital justice, digital divide, e-government, computer law, legal information.*

**SUMARIO:** Introducción. 2. Las TIC'S al servicio del derecho. 3. Retos para afrontar la implementación y uso de las TIC'S en la justicia. Conclusiones. Bibliografía.

## Introducción

La conducta del ser humano desde el inicio de los tiempos ha sido regulada por una serie de normas que buscan mantener el orden público, social, político, económico y en general la armonía en las relaciones humanas en todos sus campos, adaptándose a la inclusión de nuevas herramientas y formas de desarrollar las actividades propias de su existencia. Así ha sucedido y sucede en la actualidad; cada país encuentra la necesidad de reglar las actividades del ser humano a medida que van surgiendo nuevas formas para la interacción, tales como: trabajar, hacer deporte, contratar, e incluso nuevas formas de cometer delitos.

La sociedad es el resultado de las diferentes luchas y conquistas del hombre a lo largo de la historia, lo que ha permitido su avance y desarrollo, como por ejemplo: la invención de la rueda, del teléfono; la revolución industrial, la revolución francesa; el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, es necesario, hacer una reseña respecto de la inclusión de las mismas en el diario vivir de nuestra sociedad, abarcando las relaciones sociales, económicas, políticas, laborales, culturales, académicas incluso “Relaciones G2G, G2C, G2E, G2B”.<sup>3</sup> Es menester resaltar entonces, que con dicha inclusión deben respetarse siempre los principios del derecho en general, pero destacando que con el uso de medios electrónicos se permite en mayor medida el cumplimiento de esos principios tales como: Eficiencia, Eficacia, Transparencia, Publicidad; Economía y Celeridad entre otros.<sup>4</sup>

El uso masivo de las (TIC'S) y la inclusión a la que se hace referencia, ha obligado al Estado colombiano a reglamentar su ejercicio; por tal razón se expidió la

---

<sup>3</sup> G2G. Gobierno a Gobierno, G2C. Gobierno a Ciudadano, G2E. Gobierno a Empleado, G2B. Gobierno a Empresa.

<sup>4</sup> ETCHEVERRY, R. A., COMERCIO ELECTRÓNICO Estructura Operativa y Jurídica. Hammulabi, Buenos Aires - Argentina 2010, página 741

Ley 527 de 1999,<sup>5</sup> que reglamentó y dio validez a la utilización de los mensajes de datos, la firma digital, las entidades de certificación y los certificados de firma digital, producto de la inclusión de la Ley Modelo de la CNUDMI,<sup>6</sup> sobre Comercio Electrónico adoptada el 12 de Junio de 1996.<sup>7</sup> Esta norma fue el punto de partida para la inclusión del uso de medios electrónicos en cada una de las instituciones del Estado, y su reglamentación, tanto en lo público como en lo privado. En lo público por ejemplo, recientemente se han sancionado normas como la 1437 de 2011,<sup>8</sup> que permite la aplicación de las TIC's no solo para la elaboración de los actos administrativos, sino para la comunicación y notificación de los mismos; en igual sentido está la Ley 1564 de 2012 "Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones",<sup>9</sup> que abordan no solo el área del derecho público sino también el campo del derecho privado.

Todo lo anterior contribuye a la disminución de la brecha digital existente entre el Estado y el ciudadano, que constituye un propósito estatal, al aplicar los diferentes lineamientos, estrategias y objetivos propuestos en el marco del gobierno electrónico. Prueba de ello es que: "Pagar impuestos y comparendos vía Internet, acceder al pasado judicial y hacer registros en línea para aplicar a cargos en la carrera administrativa, son algunos de los trámites que se pueden hacer en Colombia y muchos países del mundo de manera virtual, lo que sitúa al país como uno de los líderes en la región latinoamericana en materia de e-Governmet (Sic) o Gobierno en línea", hecho que ratificó el gobierno nacional mediante comunicado emitido por el Ministerio de las TIC:

*...Table 2.5 highlights the top countries in online service delivery, by income group. The leading countries in the high-income category were France (ranked 1st globally), Singapore (2nd) and the Republic of Korea (3rd). Indeed, 19 of the top 20 countries in online service delivery can be counted among the world's wealthiest economies. Within the middle-income*

5 LEY 527 DE 1999 (agosto 18) Diario Oficial No. 43.673, de 21 de agosto de 1999 Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.

6 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

7 1996 - Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno, recuperada el 02 de Octubre de 2012 de, [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/electronic\\_commerce/1996Model.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html)

8 LEY 1437 DE 2011 (enero 18) Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011 <Rige a partir del 2 de julio de 2012, Art. 308>, Recuperada el 02 de Octubre de 2012 de, [http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basic/doc/ley/2011/ley\\_1437\\_2011.html](http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basic/doc/ley/2011/ley_1437_2011.html)

9 LEY 1564 DE 2012 (Julio 12) por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, Recuperada el 02 de Octubre de 2012 de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48425>

*group, Colombia comes out ahead in online service delivery (17th globally), followed by Kazakhstan (23rd) and Morocco (30th). Rwanda was found to be the leader in the low-income category in 2014 (ranked 63rd globally), followed by Ethiopia (72nd) and Kenya (79th)...<sup>10</sup> (Subrayas y negrita fuera de texto)*

Lo anterior indica que Colombia se encuentra en el puesto 17 del ranking a nivel mundial, habiendo subido en la tabla de posiciones en relación con el informe del año 2012, lo que genera mayor compromiso por parte del gobierno para apoyar las iniciativas encaminadas a fortalecer el desarrollo del país a raíz de la inclusión de herramientas tecnológicas.

La metodología utilizada en el trabajo fue de tipo jurídico y se tomó como referente el marco teórico iusnaturalista iuspositivista. Siendo el tipo de estudio inductivo.

Se busca con el presente artículo incentivar al lector acerca de la importancia que ha marcado la inclusión de las TIC's como herramienta al servicio del derecho, haciendo necesario revisar contantemente la creación de normas que reglamenten cada uno de los avances tecnológicos que permiten cada día un mejor desempeño de los funcionarios judiciales.

## 1. Las TIC'S al servicio del derecho

El cambio y evolución constante permiten el desarrollo de los pueblos, al punto que hoy se habla de la sociedad de la información, la cual recobró fuerza con la inclusión de las (TIC's), generando posiciones a favor y en contra. Por consiguiente, diferentes autores ya abordaron este tema, tales como: Alvin Toffler,<sup>11</sup> Manuel Castells,<sup>12</sup> Peter Drucker,<sup>13</sup> entre otros, que trataron de dar respuesta, justificar, e inclusive predecir adelantándose prácticamente en el tiempo explicando lo que sucedería al momento de incluir el uso de las TIC's en los diferentes escenarios de la sociedad, argumentando que ésta estaría encaminada a

---

<sup>10</sup> Estudio de las naciones Unidas sobre el Gobierno Electrónico 2014, Gobierno Electrónico para el pueblo, información recuperada el 09/03/2015 de [http://unpan3.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2014-Survey/E-Gov\\_Complete\\_Survey-2014.pdf](http://unpan3.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2014-Survey/E-Gov_Complete_Survey-2014.pdf)

<sup>11</sup> Quien intenta definir nuestro tiempo de turbulencia e inestabilidad como el shock que produce el futuro que llega antes de lo que nosotros estimábamos. Toffler, A.. *El Shock del Futuro*. Editorial plaza & Janes S.A. Editores. Barcelona, 1971.

<sup>12</sup> Quien aborda las tecnologías de la información como integrantes de la revolución tecnológica, conllevando a encontrarnos frente a una sociedad de la información. Castells, M.. *La Era de la Información* (Vol. I). editorial Siglo Veintiuno Editores. México D.F. 1996.

<sup>13</sup> Quien toma el conocimiento como un nuevo medio de producción y se refiere a esta sociedad como la "sociedad del conocimiento" Ferdinand, P. D. *La Sociedad Potscapitalista*. Grupo Editorial Norma, Bogotá 2004.

fomentar la construcción, comunicación y circulación del conocimiento, creando la sociedad del conocimiento o sociedad de la información.

El autor del presente documento comparte el concepto de sociedad de la información, toda vez que es más acertado debido a que ésta empieza a tener un mayor valor porque el conocimiento siempre ha estado presente, siempre se ha aplicado, toda vez que es el que ha permitido que se dé el desarrollo de la sociedad.

La información siempre había sido reservada, en razón al manejo rudimentario que se tenía de ésta. Hoy día ésta empieza a adquirir una connotación más importante, porque el que sabe manejarla tiene una perfecta herramienta de trabajo. Esto, porque no es el conocimiento como tal, el que tiene la importancia, son los datos que contiene los que adquieren gran valor, ejemplo: una fórmula química, una base de datos, documentos electrónicos y en general todo tipo de comunicación contenida en medios electrónicos o en cualquier soporte material o virtual. En síntesis, el primero se adquiere a través de esos datos contenidos en cualquier soporte electrónico o material y es con el uso de las TIC's que empieza a circular en mayor medida, permitiendo que sea más asequible para el ser humano.

Por esta razón, hoy día las TIC's integradas principalmente por las herramientas tecnológicas (informática, telemática, ofimática etc.), se analizan desde dos puntos de vista:

En primer lugar, se mira la informática como objeto del derecho, es decir lo que se denomina como "Derecho Informático", donde se regulan todas las conductas del ser humano generadas a raíz del uso de las TIC's; claro está que sobre el tema se ha debatido intensamente: si es una nueva rama del derecho o no, si es una rama autónoma e independiente, o si simplemente se integra a cada una de las ramas existentes del derecho.

En segundo lugar y de igual importancia que la anterior, se entiende como al servicio del derecho. Es importante clarificar este término: "Al Servicio del Derecho", que **Daniel Ricardo Altmark**,<sup>14</sup> describe así:

...El uso de las TIC's al servicio del derecho, como un mero instrumento encaminado a lograr la optimización de los operadores jurídicos, entendiendo que dentro del término de operadores jurídicos se encuentran vinculados, funcionarios judiciales (Magistrados, Jueces, Fiscales, Técnicos Investigadores, Auxiliares etc.), abogados, dependientes judiciales y en general todos aquellos que interactúan en relaciones jurídicas en torno a las diferentes áreas del derecho...

---

<sup>14</sup> ALTMARK, D.R. Informática y Derecho. Buenos Aires, editorial Depalma, 2006.

El uso de las TIC`s al servicio del Derecho no se puede confundir con el uso de las TIC`s como objeto del Derecho; indiscutiblemente ambos van de la mano, pero se requiere un estudio de los dos aspectos, para llegar a distinguirlos; el primer tema, correspondiente a las TIC`s al servicio del Derecho se encuentran todas aquellas herramientas que permiten el desarrollo de las actividades jurídicas en general, por otra parte las TIC`s como Objeto del Derecho, enfocamos aquí todas las acciones que desde el derecho se vienen implementando con el objeto de incluir y reglamentar el uso de estas dentro de las actividades del ser humano, cotidianamente el ser humano viene alternando ambos temas “informática jurídica y derecho informático”

Hoy día el ordenamiento jurídico Colombiano contempla dentro de las diferentes actividades del ser humano el uso de los medios electrónicos.<sup>15</sup> Claro está que regulando en algunos casos la práctica de los mismos, como por ejemplo la Ley 527 de 1999<sup>16</sup> que es uno de los primeros intentos para regular su ejercicio, pero sin reglamentación alguna (Por lo menos en Colombia). Esta ley es el resultado de la inclusión de la Ley marco o Ley modelo<sup>17</sup> de la CNUDMI,<sup>18</sup> encargada de regular el comercio electrónico, los mensajes de datos, la inclusión de la firma electrónica para brindar mayor seguridad en la realización de negocios y los contratos o transferencias electrónicas. Por otra parte, se encuentran normas como la reciente Ley 1150 de 2007<sup>19</sup> que en materia de contratación pública incluye los medios electrónicos, para adelantar procesos de contratación y hacer públicos los mismos. También la ley 1437 de 2011<sup>20</sup> permite el uso de estos medios en casi todos los actos de la administración, incluso en la notificación de los mismos, demostrando claramente como las TIC`s están al servicio del derecho.

Las TIC`s han abarcado todas las esferas del ser humano, por lo cual es importante decir que el derecho “Informático” las regula, mediante la expedición

---

15 Aquí empezamos a ver como en las diferentes conductas o actividades del ser humano la informática se va empleado no como objeto, sino como una herramienta que se puede destinar al servicio del ser humano para facilitar el desarrollo de sus actividades.

16 Tomado de la página [http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1999/ley\\_0527\\_1999.html](http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1999/ley_0527_1999.html), consultada el 12 de Septiembre de 2012.

17 *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico Guía para su incorporación al derecho interno con la 1996 con el nuevo artículo 5 aprobado en 1998*, Recuperada el 11 de Septiembre de 2012 de, [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453\\_S\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf)

18 Sigla que traduce Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, (sitio oficial <http://www.uncitral.org/uncitral/es/welcome.html>)

19 Recuperada el 11 de Septiembre de 2012 de, [http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2007/ley\\_1150\\_2007.html](http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2007/ley_1150_2007.html)

20 Recuperada el 11 de Septiembre de 2012 de, [http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley\\_1437\\_2011.html](http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1437_2011.html)

de leyes que son incorporadas en las diferentes áreas del Derecho. Por ejemplo en el área penal se empiezan a regular diferentes conductas delictuales, las cuales con el uso de las TIC's se ejecutan, aclarando que no son conductas nuevas, son las mismas actividades delictivas tipificadas dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal, pero con la diferencia de que ahora estas mismas actividades delictivas son cometidas a través del uso de medios electrónicos, con una excepción: la creación de un nuevo bien jurídico tutelado como lo establece la Ley 1273 de 2009 “...se crea un nuevo bien jurídico tutelado –denominado “*de la protección de la información y de los datos*” – y se preservan integralmente los sistemas que utilicen las tecnologías de la información y las comunicaciones, entre otras disposiciones...”.<sup>21</sup> Igualmente sucede en el área del derecho Laboral donde surge la necesidad de reglamentar actividades que se desarrollan a raíz de la inclusión de las TIC's en esa práctica, lo que el gobierno nacional afrontó oportunamente con la expedición de la ley 1221 de 2008 “...Por la cual se establecen normas para promover y regular el Teletrabajo y se dictan otras disposiciones...”.<sup>22</sup>

## 2. El uso de TIC'S en el proceso judicial

La información que el ser humano crea, procesa, manipula, almacena, distribuye e intercambia y en general aumenta cada milésima de segundo, más aún cuando hoy día las TIC'S, permiten que a través de los mensajes de datos la comunicación e interacción entre particulares y entre estos y el Estado sea más ágil; por tanto no puede el Estado ser ajeno o desconocer el uso y reglamentación de los mismos, como los beneficios que conlleva y la importancia en el proceso de reducción de la brecha digital. las TIC's “...enriquecen, en primer lugar, las actividades de comunicación, consulta y difusión de información...”.<sup>23</sup>

Más allá de enriquecer la comunicación, consulta y difusión de la información, es importante hacer hincapié que la aplicación de las TIC's en los diferentes procesos judiciales, se puede identificar de dos formas: “...como instrumento de apoyo (...) y Como herramienta de administración de todo el proceso judicial, sin importar que algunas actuaciones se realicen “fuera de línea”...”.<sup>24</sup> Estas posiciones son claramente visibles y hoy adquieren mayor fuerza; por ejemplo como instrumento de apoyo

21 Recuperada el 11 de Septiembre de 2012 de, [http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2009/ley\\_1273\\_2009.html](http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2009/ley_1273_2009.html)

22 Recuperada el 11 de Septiembre de 2012 de [http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2008/ley\\_1221\\_2008.html](http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2008/ley_1221_2008.html)

23 Raúl A. Etcheverry, R. I. (2010). Ob. cit., página 745.

24 SEPÚLVEDA, N. R. (enero - junio de 2010). El uso de las TIC en el proceso judicial: una propuesta de justicia en línea. *Redalyc sistema de información científica*.

las TIC`s, permiten adelantar la consulta y hacer el seguimiento necesario por parte del abogado de los procesos a través de la web.<sup>25</sup> Con La expedición de la Ley 1564 de 2012, el segundo punto adquiere mayor relevancia cuando claramente se pueden utilizar los medios electrónicos “...en la gestión y trámite de los procesos judiciales, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia, así como ampliar su cobertura...”<sup>26</sup> Así mismo el parágrafo primero en su inciso 2 y 3 claramente nos ratifica lo expresado por el profesor Sepúlveda previamente citado, que pareciera haberse adelantado dos años en el tiempo para hacer la clasificación en los dos sentidos ya anotados, pues en este aparte la Ley especifica que:

...El Plan de Justicia Digital estará integrado por todos los procesos y herramientas de gestión de la actividad jurisdiccional por medio de las tecnologías de la información y las comunicaciones, que permitan formar y gestionar expedientes digitales y el litigio en línea...<sup>27</sup>.

La inclusión de las TIC`s en las relaciones entre ciudadanos –o entre ciudadano Estado, o entre Estado-Estado –, para muchos genera gran resistencia, siendo esto el resultado de lo que puede llamarse *falta de cultura tecnológica*. Existen expresiones tan causticas como que las TIC`s convierten al ser humano en esclavo de las mismas, pero no se piensa en las ventajas que representa su inserción en las actividades diarias que la sociedad desarrolla. Por su parte, aplicadas a la justicia o actividad judicial es posible manifestar entonces que en el uso de las TIC`s se encuentra un poderoso instrumento que facilita, coadyuva y refuerza la función de búsqueda, consulta, tratamiento, almacenamiento y comprobación, toda vez que se puede convertir en una herramienta que ayuda en la toma de decisiones judiciales,<sup>28</sup> aspectos que son tenidos en cuenta y reglamentados precisamente por el Código General del Proceso, en el parágrafo primero del artículo 107 de la Ley 1564 de 2012, en el cual se establece que a las audiencias las partes y demás intervinientes podrán participar a través de videoconferencia, teleconferencia o por cualquier otro medio técnico, siempre que por causa justificada el juez lo autorice.<sup>29</sup>

Así mismo se establece en el artículo 109 de la misma obra:

---

25 Como por ejemplo podemos ver que los procesos pueden ser consultados en; <http://procesos.ramajudicial.gov.co/consultaprocesos/> <http://www.redjudicial.com/>, Entre otras redes que permiten consultar el estado de los procesos por medios electrónicos en línea.

26 LEY 1564 DE 2012 (Julio 12) por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, Recuperada el 02 de Octubre de, <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=48425>

27 Ibídem, Artículo 103, Parágrafo primero inciso 2 y 3.

28 Etcheverry, R. A. (2010), Ob. Cit.

29 Ibídem, Parágrafo Primero Artículo 107.

**...Artículo 109. Presentación y trámite de memoriales e incorporación de escritos y comunicaciones (...)** Los memoriales podrán presentarse y las comunicaciones transmitirse por cualquier medio idóneo. Las autoridades judiciales llevarán un estricto control y relación de los mensajes recibidos que incluya la fecha y hora de recepción. También mantendrán el buzón del correo electrónico con disponibilidad suficiente para recibir los mensajes de datos. Los memoriales, incluidos los mensajes de datos, se entenderán presentados oportunamente si son recibidos antes del cierre del despacho del día en que vence el término...<sup>30</sup>.

Utilizar las herramientas tecnológicas dentro de la actuación judicial y procesal se contribuye, como ya se mencionó, en el cumplimiento de varios de los principios generales del derecho, como el de celeridad, eficacia y gratuidad, entre muchas otras ventajas que ofrecen las TIC's. Todo esto encaminado siempre a contribuir a un mayor acceso a la justicia por parte del ciudadano.

En este punto se puede tocar un aspecto muy importante que genera rechazo y pesimismo, en especial en algunos funcionarios judiciales que se encierran en el mundo físico y se resisten al cambio, creyendo que lo virtual atenta contra su actividad laboral, hasta afirmar, que la información y archivo del expediente pueden correr riesgo, frente a lo cual el inciso 2, 3 y 4 del artículo 122. Manifiesta:

...En aquellos juzgados en los que se encuentre implementado el Plan de Justicia Digital, el Expediente estará conformado íntegramente por mensajes de datos.

Los memoriales o demás documentos que sean remitidos como mensaje de datos, por correo electrónico o medios tecnológicos similares, serán incorporados al expediente cuando hayan sido enviados a la cuenta del juzgado desde una dirección electrónica inscrita por el sujeto procesal respectivo.

Cuando el proceso conste en un expediente físico, los mencionados documentos se incorporarán a éste de forma impresa, con la anotación del secretario acerca de la fecha y hora en la que fue recibido en la cuenta de correo del despacho, y la información de la cuenta desde la cual fue enviado el mensaje de datos. El despacho deberá conservar el mensaje recibido en su cuenta de correo, por lo menos, hasta la siguiente oportunidad en que el juez ejerza el control de legalidad, salvo que, por la naturaleza de la información enviada, la parte requiera la incorporación del documento en otro soporte que permita la conservación del mensaje en el mismo formato en que fue generado. Las expensas generadas por las impresiones harán parte de la liquidación de costas...<sup>31</sup>

Enfrentamos un tema relativamente nuevo, que para muchos es casi un imposible: el expediente electrónico, que aunque expresamente no está señalado así en

---

30 Ibídem, Artículo 109.

31 Ibídem, Artículo 122

la ley es toda una realidad, a la cual se va a llegar con el uso de las TIC's para contar con un proceso exclusivamente virtual. Pero revisemos entonces tal como lo ha demostrado el profesor Erick Rincón Cárdenas,<sup>32</sup> que el expediente electrónico encuentra el sustento jurídico en parte del articulado de la Ley 527 de 1999, como el artículo 2, 5, 6, 8, 12, entre otros, los cuales otorgan validez jurídica y probatoria a los mensajes de datos, establece las reglas para su conservación<sup>33</sup> y establece los aspectos que se deben tener en cuenta para atribuir un mensajes de datos a su iniciador.

El código general del proceso en su artículo 171, establece que cuando el juez deba practicar pruebas por fuera del territorio de su domicilio:

...podrá hacerlo a través de videoconferencia, teleconferencia o de cualquier otro medio de comunicación que garantice la inmediación, concentración y contradicción...<sup>34</sup> situación está que va de la mano con el artículo 10 de la Ley 527 de 1999, el cual establece que...los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del (...) Código de Procedimiento Civil.

En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original...<sup>35</sup>

### **3. Retos para afrontar la implementación y uso de las TIC'S en la justicia**

La inclusión de las TIC's en la justicia se empiezan a romper las barreras tiempo-espaciales. Recordemos que ya se empieza a hablar de actuaciones

---

32 Abogado de la Universidad del Rosario, con Postgrados en Derecho Financiero y Derecho Contractual de la Universidad del Rosario. Ha cursado los diplomados en Comercio Electrónico Internacional de la Universidad Externado de Colombia, y de estudios avanzados D.E.A. tiene una maestría en Derecho Mercantil de la Universidad Alfonso X de España y es Candidato a doctor en Derecho de la Universidad Alfonso X de España.

33 Expediente Electrónico – Del Documento electrónico al Archivo electrónico Por ERICK RINCON CARDENAS Recuperada el 04 de Octubre de 2012 de, <http://web.certicamara.com/media/32223/documentolectronico.pdf>

34 LEY 1564 DE 2012 (Julio 12) por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, Recuperada el 02 de Octubre de 2012 de, <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48425>

35 LEY 527 DE 1999 (agosto 18) Diario Oficial No. 43.673, de 21 de agosto de 1999 Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.

On-Line<sup>36</sup> y Off-Line,<sup>37</sup> las cuales nos permiten actuar de manera virtual, en forma inmediata ya sea desarrollando toda la actividad judicial a través de medios electrónicos en la red todo el tiempo, o alternando los medios electrónicos o tecnológicos que permiten la interacción entre el usuario y la justicia y a su vez los medios físicos, tal como se manifiesta en el:

...Artículo 106. Actuación judicial. Las actuaciones, audiencias y diligencias judiciales se adelantarán en días y horas hábiles, sin perjuicio de los casos en que la ley o el juez dispongan realizarlos en horas inhábiles. Las audiencias y diligencias iniciadas en hora hábil podrán continuarse en horas inhábiles sin necesidad de habilitación expresa (...) Parágrafo primero. Las partes y demás intervenientes podrán participar en la audiencia a través de videoconferencia, teleconferencia o por cualquier otro medio técnico, siempre que por causa justificada el juez lo autorice...<sup>38</sup> (Subrayas y Negritas Fuera de Texto).

Así mismo el:

...Artículo 109. Presentación y trámite de memoriales e incorporación de escritos y comunicaciones. El secretario hará constar la fecha y hora de presentación de los memoriales y comunicaciones que reciba y los agregará al expediente respectivo; los ingresará inmediatamente al despacho sólo cuando el juez deba pronunciarse sobre ellos fuera de audiencia.

Sin embargo, cuando se trate del ejercicio de un recurso o de una facultad que tenga señalado un término común, el secretario deberá esperar a que éste transcurra en relación con todas las partes.

Los memoriales podrán presentarse y las comunicaciones transmitirse por cualquier medio idóneo.

Las autoridades judiciales llevarán un estricto control y relación de los mensajes recibidos que incluya la fecha y hora de recepción. También mantendrán el buzón del correo electrónico con disponibilidad suficiente para recibir los mensajes de datos.

Los memoriales, incluidos los mensajes de datos, se entenderán presentados oportunamente si son recibidos antes del cierre del despacho del día en que vence el término...<sup>39</sup>

Lo expuesto anteriormente implica un enorme reto, no solo para quienes acceden a la justicia, sino para quienes la administran e imparten. Hay que cambiar entonces el chip con el cual nos educaron, aceptar que la sociedad cambió y ad-

36 Cuando la actividad es desarrollada en todo momento a través de la red.

37 Cuando la actividad se desarrolla en la red, pero para su materialización o para el desarrollo de algunas actividades en particular se requiere de su ejecución por fuera del uso de los medios electrónicos (inicia en la red pero termina en lo físico).

38 LEY 1564 DE 2012 (Julio 12) por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

39 Ibídem, Artículo 109.

mitir que la “revolución tecnológica” hace parte de nuestra cultura, toda vez que agiliza, economiza y facilita la interacción entre quienes requieren acceder al aparato judicial y quienes integran la rama judicial, teniendo en cuenta que se debe empezar a impartir cultura tecnológica a usuarios y administradores de la rama, por cuanto tiene que desaparecer el paradigma de que todo lo que se hace por internet corre el riesgo de ser interceptado o vulnerado, o no tiene un sistema de seguridad.

Siendo conscientes del avance que genera las TIC`s, se debe seguir uno a uno los protocolos de seguridad implementados para cada sistema; sin embargo son pertinentes algunos consejos al momento de acceder a los medios electrónicos, entre muchas otras medidas que deben adoptarse y que no se aplican al momento de consultar información.

1. Verificar que el equipo (Hardware) desde el cual vamos a acceder a la red, sea un equipo seguro, que cuente con todas las normas y parámetros establecidos para conservar la seguridad de la información.
2. Asegurarnos que el software instalado en esos equipos no generan riesgos de seguridad de la información a manejar.
3. Evitar consultar nuestras cuentas de correo electrónico en sitios públicos o hacer consultas de información privada o confidencial.
4. Evitar al máximo suministrar claves a personas extrañas e incluso a personas de supuesta confianza
5. Apagar el computador o cerrar de forma intempestiva las páginas de internet que estemos consultando debido a supuestos bloqueos.

No faltarán los detractores planteando frente al cambio que las TIC`s reemplazarán la mano de obra humana. A estos se les puede responder: que las TIC`s no suplirán al ser humano, por el contrario, estas hay que mirarlas como herramientas que facilitan el desarrollo de todas las actividades, por consiguiente, y como se ha manifestado a lo largo del presente documento, el uso de las TIC`s facilita, agiliza, disminuye costos y permite incluso una mayor eficiencia y eficacia al momento de entrar a impartir justicia.

Otro de los grandes retos es contar con la voluntad política del gobierno para lograr la destinación de los recursos y medios necesarios para la implementación completa, eficiente y eficaz de las TIC`s al servicio del derecho, porque si bien es cierto han sido significativos los avances que hasta el momento ha presentado el Estado, aún es mucha la inversión que hace falta en equipos e infraestructura para competir con otros países y así permitir y facilitar el proceso de inclusión y de esta manera disminuir significativamente la brecha digital existente.

Cabe recordar que el derecho, en contraste con el avance de las Tecnologías de la Información y las comunicaciones, es muy lento, porque estas, cada día avanzan más y la estructura del derecho es rígida y paquidérmica, son muy limitadas las normas que frente al uso y aplicación de las TIC's se han ido expediendo, se debe permitir abrir las fronteras del conocimiento así como las jurídicas, permitiendo que la cultura tecnológica entre a formar parte del ordenamiento jurídico que trate de avanzar a la par con el desarrollo tecnológico.

## Conclusiones

1. Analizada la implementación de las TIC's en la rama judicial, resulta claro que estas llegan como respuesta para satisfacer una serie de necesidades que se presentan cada que se inventa una herramienta nueva, ya sea software o hardware. Posteriormente y a través del Derecho, se empiezan a regular y afrontar las nuevas conductas o interrogantes que se plantean con la inclusión de la tecnología ya sea al servicio del derecho o como objeto de estudio del mismo, (Derecho Informático).
2. Es necesario empezar a aplicar la norma tal cual como ha sido creada, respetando el espíritu de las misma; no basta con su expedición, hay que aprender a respetarla y darle la importancia que tiene y apoyarla desde lo judicial mediante el uso de las TIC's, porque es claro que las tecnologías de la información y las comunicaciones facilitan el desarrollo de la actividad judicial, pero tenemos que esperar la vigencia de una norma que lo incluya dentro del actual procedimiento para poder hacer uso de ellas.
3. Carecemos de cultura tecnológica. Aquí tal vez muchos humanistas o detractores cuestionarán este documento, pero en realidad tenemos que repensar el derecho a partir del uso de las TIC's, principalmente apartándonos de aquellos que piensan que: "las maquinas o la tecnología reemplazarán al ser humano", lo que hay que aprender es a utilizar esas herramientas tecnológicas en beneficio del derecho, en beneficio del desarrollo de las actividades de (Magistrados, Jueces; Fiscales; Abogados litigantes y funcionarios judiciales), en razón a que todos nos beneficiamos. ¿Por qué entonces no empezar a divulgar desde ya la masificación en el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones?<sup>40</sup>

---

40 Recuperado el 17 de Junio de 2013 de <http://www.acis.org.co/revistasistemas/index.php/mega-mensual/calendario-editorial/item/123-diego-molano-empe%C3%B1ado-en-masificar-uso-de-las-tic>, Tal como lo señalado el Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones "...El Ministro de las tecnologías de información y las comunicaciones describe cada una de las acciones para mejorar la cotidianidad de

4. Depende del legislador, litigante doctrinantes y en general de todos aquellos involucrados en el diseño y expedición de la norma hacer gala del cumplimiento de los principios del derecho en el ejercicio de las TIC's: celeridad, eficiencia, eficacia y transparencia en la interacción con el ciudadano tanto en el acceso a la justicia, como derecho del ciudadano, tanto al momento de impartirla, como obligación de los togados, es decir antes, durante y después.

---

los colombianos, su pasión. Desde el seis de agosto de 2010, día en que tomó las riendas del Ministerio de las Tecnologías de Información y las Comunicaciones, Diego Molano Vega le apostó a su pasión de mejorar la vida cotidiana de los colombianos, recurriendo a las nuevas tecnologías. "Tengo la firme convicción de que masificar el uso de las TIC reducirá la pobreza y generará empleo en el país", principio que rige su gestión..."

## Bibliografía

- ALTMARK, D.R. (2006) Informática y Derecho. Buenos Aires. Editorial Depalma.
- CASTELLS, M.. (1996) *La Era de la Información* (Vol. I). México D.F. Editorial Siglo Veintiuno Editores.
- ETCHEVERRY, R. A.. (2010) *COMERCIO ELECTRÓNICO Estructura Operativa y Jurídica*. Buenos Aires - Argentina. Editorial Hammulabi.
- FERDINAND, P. D. (2004) *La Sociedad Postcapitalista*. Bogotá. Grupo Editorial Norma.
- SEPÚLVEDA, N. R. (enero-junio de 2010). El uso de las TIC en el proceso judicial: una propuesta de justicia en línea. *Redalyc sistema de información científica*.
- TOFFLER, A.. (1971). *El Shock del Futuro*. Barcelona. Editorial plaza & Janes S.A. Editores.

## Web Grafa

Colombia es líder en la región en gobierno en línea, Recuperada el 02 de Octubre de 2012 de, <http://www.portafolio.co/portafolio-plus/colombia-es-lider-la-region-gobierno-linea>

Expediente Electrónico-Del Documento electrónico al Archivo electrónico Por ERICK RINCON CARDENAS, Recuperada el 04 de Octubre de 2012 de, <http://web.certicamara.com/media/32223/documentoelectronico.pdf>

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno Recuperada el 02 de Octubre de 2012 de, [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/electronic\\_commerce/1996Model.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html)

Ley 1437 DE 2011 (enero 18) Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011 <Rige a partir del 2 de julio de 2012, Art. 308>, Recuperada el 02 de Octubre de 2012 de, [http://www.secretariosenado.gov.co/senado/base-doc/ley/2011/ley\\_1437\\_2011.html](http://www.secretariosenado.gov.co/senado/base-doc/ley/2011/ley_1437_2011.html)

Ley 1564 DE 2012 (Julio 12) por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, Recuperada el 02 de Octubre de 2012 de, <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=48425>

Ley 1564 DE 2012 (Julio 12) por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, Recuperada el 02 de Octubre de 2012 de, <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=48425>

Recuperada el 12 de Junio de 2013, de <http://www.mintic.gov.co/index.php/mn-news/1070-colombia-ocupa-el-primer-lugar-en-latinoamerica-en-participacion-y-gobierno-electronico-segun-informe-de-naciones-unidas-analizado-por-la-consultora-everis>

Recuperado el 17 de Junio de 2013 de, <http://www.acis.org.co/revistasistemas/index.php/mega-menu/calendario-editorial/item/123-diego-molano-empe%C3%81ado-en-masificar-uso-de-las-tic>

# La garantía de audiencia en algunos procedimientos administrativos aduaneros\*

Nohemí Bello Gallardo \*\*  
Luis Avendaño González \*\*\*

**RESUMEN:** Este documento contiene un estudio dogmático jurídico relacionado con algunos procedimientos administrativos en materia aduanera establecidos en la Ley Aduanera vigente, con el objeto de determinar el uso o no de la garantía de audiencia en los actos de molestia de las autoridades aduaneras y si en éstos se encuentra salvaguardada la garantía constitucional.

**Palabras Clave:** procedimientos administrativos en materia aduanera, garantía de audiencia, actos de molestia.

**SUMARIO:** Introducción. I. Procedimiento administrativo, establecido en el artículo 152 de la Ley Aduanera. II. Procedimiento administrativo establecido en el artículo 158 de la Ley Aduanera. Conclusiones. Bibliografía.

## Introducción

Los artículos 150,151, 152,153, 155 y 158 todos de la Ley Aduanera (LA), son algunos ejemplos de los procedimientos administrativos que las autoridades aduaneras llevan a cabo a fin de imponer las sanciones a los particulares por infracciones actualizadas relativas a la entrada y salida de mercancías al y de territorio mexicano, según sea el caso. En algunos de ellos se puede observar que la posibilidad de acudir a defenderse ante la autoridad que determina un crédi-

\* Artículo recibido el 22 de enero de 2015 y aceptado para su publicación el 23 de marzo de 2015.

\*\* Doctora en Derecho Público. Profesora e Investigadora en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores dra.nbg@hotmail.com

\*\*\* Doctor en Derecho. Profesor de tiempo completo en la facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel I. luis.avendano@hotmail.com

to fiscal, se encuentra salvaguarda la garantía de audiencia.<sup>1</sup> No ocurriendo así en algunos casos contemplados en el artículo 152 y 158 lo que podríamos adelantar constituye un acto violatorio [inconstitucional] del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente.

Primeramente se adiciona el artículo 158 de la Ley Aduanera la figura de la retención de las mercancías, sin que se haya contemplado por parte del legislador federal el derecho de ser oído y vencido en juicio del posible infractor ante el acto de molestia<sup>2</sup>. El pasado 9 de diciembre del año 2013 el Congreso de la Unión modifica el artículo 152 de la L.A. y sólo contempla la posibilidad de acudir ante la autoridad emisora para defensa en determinados supuestos jurídicos.

Este documento tiene como propósito identificar los cambios efectuados recientemente a los procedimiento administrativos contemplados en el artículo 152 y 158 de la Ley aduanera y concluir si éstos son violatorios de garantía de audiencia.

Es de explorado derecho, que todas las actuaciones de las autoridades deben estar regidas por las normativas jurídicas que le son aplicables a fin de calificarse de legales. Así como cada uno de los usuarios o particulares en el comercio exterior, tienen obligaciones y derechos en la relación jurídica aduanera establecidas en una norma jurídica, cuyas consecuencias en el incumplimiento conllevan sanciones o en el peor de los casos, la comisión de un delito; de igual manera, las autoridades aduaneras deben de sujetar sus actos a un marco normativo, ya que de no hacerlo así, tiene también consecuencias establecidas en las leyes, o en su caso, determinadas por los tribunales jurisdiccionales. Digamos que las reglas de las actuaciones de cada una de las partes, autoridades y particulares, están previamente determinadas con antelación al hecho o acto que traen aparejadas consecuencias.

---

1 La garantía de audiencia como derecho de seguridad jurídica previsto en el artículo 14 párrafo segundo de la Constitución Federal, por definición dispone: Que ningún gobernado podrá ser privado de libertades, propiedades, posesiones o derechos si no es a través de un procedimiento seguido en forma de juicio en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento. Es decir, la certeza jurídica de la garantía de audiencia radica en la defensa y seguridad de que los actos de autoridad no sean de ninguna forma arbitrarios e ilegales. Ver Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, 41<sup>o</sup>. Edición, Porrúa, México, 2009, pp. 548-549.

2 "...los derechos contenidos en el primer párrafo del artículo 16 constitucional están dirigidos para su respeto y cumplimiento a todo agente del Estado, esto es, a toda autoridad sea esta administrativa, legislativa y judicial..." "...cuando la Constitución en su artículo 16 establece que "nadie puede ser molestado", se refiere a toda clase de sujeto que tenga interrelación con el Estado. Esto es, se refiere tanto a personas físicas como a personas jurídicas o morales, dentro de éstas el derecho se refiere principalmente al caso de particulares frente a la acción del Estado" Raúl Pérez Jhonston. *Artículo 16 actos de molestia*, [en línea], Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013, [citado 21/1/2015], formato PDF, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx>

Sí un particular, por dolo, mala fe, negligencia, ignorancia, error, descuido o cualquier hecho propio o ajeno a su voluntad incumple con alguna disposición de carácter normativo aduanero las consecuencias se determinaran a través de un procedimiento administrativo que previamente ha establecido el legislador federal a fin de hacerle saber al particular que ha cometido una infracción y que en consecuencia será sujeto a una sanción.

En ese mismo orden, si la autoridad aduanera, al pretender imponer una sanción a un particular por el incumplimiento de su obligación, y, no se ajusta los procedimientos establecidos, tendrá como consecuencia que sus actuaciones sean inválidas, ya sea total o parcialmente, y cuando su desapego al orden jurídico es grave, sus actuaciones no trascienden, lo que significa que éstas no tenga efectos jurídicos en su actuación.

Señalamos algunos de los procedimientos administrativos en materia aduanera a los que las autoridades deben sujetar sus actuaciones:

1. Procedimiento Administrativo en Materia Aduanera, conocido por sus siglas como PAMA, artículos 150, 151 y 153 de la Ley Aduanera (LA).
2. Procedimiento en términos del artículo de 152 LA.
3. Procedimiento del artículo 158 de la L.A.

De los mencionados nos ocuparemos de los dos últimos.

## **I. Procedimiento administrativo, establecido en el artículo 152 de la Ley Aduanera**

El artículo 152 de la Ley Aduanera vigente,<sup>3</sup> fue reformado mediante la publicación en el Diario Oficial de la Federación de fecha 9 de diciembre del año 2013, disposición que se encuentra vigente. El citado, refiere al procedimiento administrativo<sup>4</sup> que las autoridades aduaneras deben llevar a cabo cuando detecten irregularidades y No sea aplicable el embargo precautorio de mercancías, siempre y cuando se actualicen los siguientes supuestos:

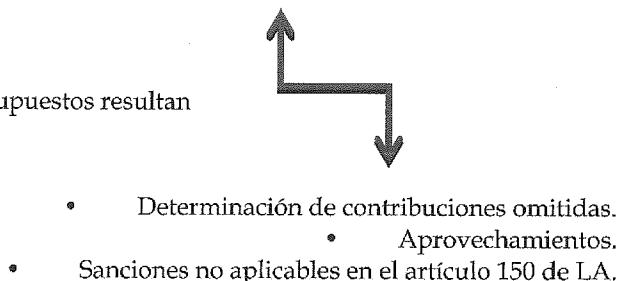
---

3 El texto del artículo actual es el resultado de diversas modificaciones publicadas en el Diario Oficial de la Federación, por ejemplo, del 30 de diciembre de 1996, del 31 de diciembre de 1998, del 31 de diciembre de 2000, del 1ro de enero de 2002, del 2 de febrero del año 2006 y la referida en el texto del presente en diversos párrafos que lo integran, sin que haya existido una restructuración integral del mismo.

4 El proceso administrativo sancionador que con frecuencia lleva la Administración Pública Federal tiene una tendencia a la judicialización, lo que conlleva crecientemente al reconocimiento del derecho de defensa, y en algunos casos del mismo debido procedimiento administrativo. Arturo Hoyos. *Debido proceso y democracia*. Primera edición, editorial Porrúa, México 2006, pp. 146-147.

- Verificación de la mercancía en transporte
- Revisión de los documentos en el despacho
- Ejercicio de facultades de comprobación.

Tras estos supuestos resultan



Lo anterior constituye un marco regulador para la autoridad a fin de que sólo es aplicable substanciar ese procedimiento si se actualiza alguna de las hipótesis normativas señaladas. De no ser así, el procedimiento administrativo<sup>5</sup> a substanciar será otro. Posteriormente el artículo referido incorpora las actuaciones de la autoridad para la toma de muestras. Es así que cuando se trate de mercancías de difícil identificación, que requiera la toma de muestras a fin de identificar su composición cualitativa o cuantitativa, uso, proceso de obtención o características físicas, se realizará dicha toma de acuerdo con el procedimiento que al efecto prevé el Reglamento de la Ley Aduanera,<sup>6</sup> para su análisis y dictamen conducentes.

Una vez obtenido el dictamen correspondiente, resultado del análisis practicado a las muestras de mercancías de difícil identificación, se notificarán al interesado mediante escrito o acta circunstanciada, los hechos u omisiones advertidos, dentro de un plazo de 6 meses contados a partir del acta de toma de muestras correspondientes, y se continuará el procedimiento conforme a lo establecido en ese artículo.

En el caso de que las mercancías no requieran ser muestradas para su identificación, y exista una incorrecta clasificación arancelaria, la autoridad aduane-

5 [...] Entendemos al procedimiento administrativo como el cauce legal que los órganos de la administración pública se ven obligados a seguir en la realización de sus funciones y dentro de su competencia respectiva, para producir los actos administrativos [...] Francisco López-Nieto y Mallo, *Manual de Procedimiento Administrativo*, Bayer Hermanos, Barcelona, 1978 p. 135.

6 Los artículos 62 a 67 del Reglamento de la Ley Aduanera regulan el procedimiento para la toma de muestras. Hay que señalar que muchos de ellos aún contemplan al segundo reconocimiento de las mercancías, derogado con las últimas modificaciones a la ley aduanera.

ra dará a conocer mediante escrito o acta circunstanciada, los hechos u omisiones que impliquen la omisión de contribuciones, cuotas compensatorias y, en su caso, la imposición de sanciones.

En el caso de los dos párrafos inmediatos anteriores, en el escrito o acta circunstanciada que levante la autoridad, deberá señalarse al interesado que cuenta con un plazo de 10 días hábiles, contados a partir del día siguiente a aquel en que surta sus efectos la notificación del escrito o acta, a fin de ofrecer las pruebas y formular los alegatos que a su derecho convenga;<sup>7</sup> conviene resaltar que es el primer caso señalado por el legislador federal en el artículo 152 en donde se le otorga la garantía de audiencia de ser oído al posible infractor.<sup>8</sup>

Prosiguiendo con el contenido del artículo en estudio, se indica que el ofrecimiento, desahogo y valoración de las pruebas, se hará de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 y 130 del Código Fiscal de la Federación, que constituye una de las recientes modificaciones. No consideramos importante la misma, ya que es sabido que el Código Fiscal de la Federación es un ordenamiento de aplicación supletoria en materia aduanera, así señalado en el artículo primero de la L.A.

Otras de las modificaciones incorporadas a este artículo, fue el 27 de enero del año 2012, al señalar a las autoridades el plazo en el que debían resolver, ello a fin de no permitir que ellas de manera unilateral decidieran ese acto y también para brindar certeza jurídica al procesado, es así que las autoridades deberán emitir resolución en un plazo que no excederá de 4 meses, contados a partir del día siguiente en que se encuentre debidamente integrado el expediente. En el caso contrario, de no emisión, deberá poner de inmediato a disposición del interesado la mercancía de su propiedad.

El legislador federal señala el momento en que se considerará debidamente integrado el expediente, al estipular que será cuando se hayan vencido los plazos para la presentación de todos los escritos, pruebas y alegatos, o en su caso de resultar procedente, la autoridad encargada de emitir la resolución haya llevado las diligencias necesarias para el desahogo de las pruebas ofrecidas por los promoventes. El artículo no señala si vencidos los plazos para la presenta-

<sup>7</sup> Algunas de las formalidades esenciales del procedimiento son aquellas previstas en la ley para no dejar en estado de indefensión al particular, así como el ser escuchado y notificado de las decisiones que le afecten directamente, con el propósito de que las conozca de manera fehaciente y en su caso pueda impugnarlas. Rafael Martínez I. Morales, *Derecho Administrativo, 1er curso*, sexta edición, Oxford, México, 2011, pp. 217-218.

<sup>8</sup> Al proporcionarle al interesado la garantía de audiencia por parte del legislador se traduce en no dejarlo en estado de indefensión, requisito que debe contemplarse en todo procedimiento administrativo. Ídem p. 217.

ción de los documentos referidos o cuando se hayan llevado las diligencias necesarias para el desahogo de las pruebas, la autoridad aduanera lo dé a conocer al particular. Sabemos que no. Por consiguiente, el particular desconoce a partir de cuándo se debe de computar el plazo de los 4 meses con que cuenta la autoridad para resolver, resultando infructuoso en consecuencia que haya un plazo establecido de resolución so pena de poner a disposición de inmediato a disposición del interesado la mercancía de su propiedad, ya que el particular no cuenta con esa información y medios de prueba.<sup>9</sup>

En seguida, comentamos y referimos el párrafo último del artículo 152 de la L.A. que fue modificado a través del Diario Oficial de la Federación el 9 de diciembre de 2013:

En el escrito o acta de inicio del procedimiento se deberá requerir al interesado para que señale domicilio para oír y recibir notificaciones, apercibido que de no señalar el domicilio, de señalar uno que no le corresponda a él o a su representante, de desocupar el domicilio señalado sin aviso a la autoridad competente o señalando un nuevo domicilio que no le corresponda a él o a su representante, de desaparecer después de iniciadas las facultades de comprobación o de oponerse a las diligencias de notificación de los actos relacionados con el procedimiento, negándose a firmar las actas que al efecto se levanten, las notificaciones que fueren personales se efectuarán por estrados, siempre que, en este último caso y tratándose del reconocimiento aduanero, o de la verificación de mercancías en transporte, se cuente con el visto bueno del administrador de la aduana. Cuando proceda la imposición de sanciones, sin la determinación de contribuciones o cuotas compensatorias omitidas ni el embargo precautorio de mercancías, la autoridad aduanera determinará el crédito fiscal, sin necesidad de sustanciar el procedimiento establecido en este artículo y en el artículo 150 de la Ley, quedando a salvo los derechos del contribuyente mediante el recurso de revocación establecido en el Código Fiscal de la Federación.

Además de obligar a la autoridad de requerir al interesado para que señale domicilio para oír y recibir notificaciones, se apercibe al contribuyente de las consecuencias jurídicas que habrán de actualizarse según:

1. No señalar domicilio.
2. De señalar uno que no le corresponda a él o a su representante.
3. De desocupar el domicilio señalado sin aviso de la autoridad competente.
4. O de señalar un nuevo domicilio que no le corresponda a él o a su representante.

<sup>9</sup> La SCJN a través de su jurisprudencia sostiene que el espíritu de la garantía de audiencia, implica la idea de privación definitiva de la propiedad de una cosa y no la privación transitoria. Es decir, la privación de derechos o posesiones lleva implícito el carácter definitivo del acto. Ver Martha Elba Izquierdo Muciño, *Garantías individuales*, 2<sup>a</sup>. Edición, Oxford, México, 2009, p. 104.

5. De desaparecer después de iniciadas las facultades de comprobación.
6. O de oponerse a las diligencias de notificación de los actos relacionados con el procedimiento negándose a firmar las actas que al efecto se levanten.

Las consecuencias serán que las notificaciones que fueren personales que deban efectuarse se harán por estrados de la aduana. Limita esta consecuencia sólo en los casos de reconocimiento aduanero o de la verificación de las mercancías en transporte de contar con el consentimiento del administrador de la aduana.

Consideramos que de lo anterior, el personal de la aduana debería emitir un escrito firmado por el propio administrador de la aduana en donde éste señale su visto bueno, con el propósito, de que en los casos que corresponda, el interesado no alegue a su favor actos unilaterales y arbitrarios que le son lesivos o contrarios a sus intereses.

Ha sido necesario y conveniente que se establezcan las consecuencias jurídicas en cualquiera de los 6 casos enunciados ya que era muy común que las autoridades aduaneras no pudieran notificar sus resoluciones al interesado, por perpetrar éste una conducta tendenciosa o no.

El último párrafo del artículo 152 de la Ley Aduanera, también establece que cuando proceda la imposición de sanciones, sin la determinación de contribuciones o cuotas compensatorias omitidas, ni el embargo precautorio de mercancías, la autoridad aduanera determinará el crédito fiscal sin necesidad de substanciar los procedimientos establecidos en el artículo 152 y 150 ambos de la ley en comento, considerando que los derechos del contribuyente se encuentran a salvo mediante el recurso de revocación establecido en el Código Fiscal de la Federación.

De lo anterior nos surgen diversas inquietudes planteadas en preguntas:

¿Por qué el legislador federal considera que los derechos del contribuyente quedan a salvo con el recurso de revocación,<sup>10</sup> cuando es sabido que el mismo constituye un acto optativo [y posterior] del particular?<sup>11</sup> Podríamos entender que el derecho de defensa del contribuyente sólo en los casos en que el particular quiera hacer uso de él, y que sólo se constituye en una obligación de la autoridad en caso de que acuda al recurso de revocación.

---

<sup>10</sup> Hemos de entender por recursos administrativos a “aquellos medios de defensa, establecidos en la ley, para obtener que la Administración Pública, en sede propia, revise de nueva cuenta un acto y lo confirme, modifique o revoque”. Alberto Pérez Dayán, *Teoría General del acto administrativo*, cuarta edición, editorial Porrúa, México, 2014, p 165.

<sup>11</sup> Artículo 120 del Código Fiscal de la Federación vigente.

¿Por qué le quita al contribuyente el derecho de defensa ante la propia autoridad que pretende sancionarlo?

No son pocos los supuestos jurídicos que se encontrarían en estos casos y las sanciones no son de cuantías menores, irrisorias o intrascendentes.<sup>12</sup> Constituyen artículos enteros de la ley aduanera que serían aplicables a este supuesto, como por ejemplo:

- Infracción por circulación indebida en recinto fiscal. Cuyas sanciones se encuentran entre \$1,000.00 y \$1,500.00 (arts. 180 y 181 de la L.A. respectivamente).
- Infracción por el uso indebido de funciones en recinto fiscal. Cuyas sanciones se encuentran entre \$1,000.00 y \$1,500.00 (arts. 180-A y 181 de LA).
- Infracción relacionada con el destino de las mercancías. Una de las sanciones más altas que conlleva la actualización de este artículo es por la cantidad de \$60,910 a 81,210 (arts. 182 y 183 fracción IV de la LA).
- Infracciones relacionadas con las obligaciones de trasmisir y presentar información y documentación, así como declaraciones. La sanción más significativa en uno de los diversos supuestos jurídicos contemplados es por la cantidad de \$163,800.00 a \$245,700.00 (arts. 184 y 185 fracción IX de la L.A.)
- Infracción relacionada con la obligación de llevar los sistemas de control de inventarios. La sanción establecida para esta infracción es de \$14,650.00 a \$29,310.00 (arts. 185-A y 185-B de la LA).
- Infracciones relacionadas con el control, seguridad y manejo de las mercancías de comercio exterior. La multa más elevada para un supuesto jurídico contemplado en este artículo es de \$732,670.00 a \$1, 465,350.00 (arts. 186 y 187 fracción XV de la LA).
- Infracción relacionada con la clave confidencial de identidad. La multa más elevada para uno de los dos supuestos jurídicos contemplados es de \$65,520.00 a \$98,280.00 (arts. 188 y 189 fracción II de la LA)
- Infracción relacionada con el uso indebido de gafetes de identificación utilizados en los recintos fiscales. La multa más alta registrada para los diversos supuestos jurídicos contemplados es de \$64, 820.00 a \$98,280.00 (arts. 190 y 191 fracción IV de la LA.)

---

<sup>12</sup> Las cantidades señaladas a continuación están referidas en el Anexo 2 de las Reglas de carácter general en materia de comercio exterior vigente.

- Infracciones relacionadas con la seguridad o integridad de las instalaciones aduaneras. La multa más alta para dos de los contemplados es de \$13,100.00 a \$16,380.00 (arts. 192 y 193 de la LA)
- Sanción por omitir enterar las contribuciones y aprovechamientos de los recintos fiscalizados o del Servicio Postal Mexicano (art. 194 de la LA).

Los anteriores solo constituyen una breve relación de los supuestos en que las autoridades aduaneras se encuentran facultadas para determinar el crédito fiscal sin necesidad de sustanciar ningún procedimiento.

Lo que equivale a que el interesado no pueda acudir ante la autoridad que considera la actualización de una conducta irregular que da origen a un procedimiento que concluye en la determinación de un crédito fiscal. En los inmediatos referidos no existe omisión de contribuciones, ni de aprovechamientos, como lo son las cuotas compensatorias, ni es aplicable el embargo de mercancías. No obstante, la cuantía en muchos de ellos es consideradamente significativa, sin que ello sea motivo para tener el derecho subjetivo de acudir a defenderse contra un acto de autoridad.

## **II. Procedimiento administrativo establecido en el artículo 158 de la Ley Aduanera**

El artículo 158 de LA,<sup>13</sup> prevé un procedimiento administrativo cuya característica esencial es la retención de las mercancías. A diferencia de lo estipulado en el artículo 152 en donde ese acto no se da. Existen tres supuestos jurídicos en el que las autoridades procederán a la retención de las mercancías y son:

- Cuando con motivo del reconocimiento aduanero, o verificación de mercancía en transporte, no se presente el documento en el que conste el depósito efectuado en la cuenta aduanera de garantía en el caso de que el valor declarado sea el inferior al precio estimado.
- Cuando con motivo del reconocimiento aduanero no se acredite el cumplimiento de Normas Oficiales Mexicanas de información comercial, y por último,
- procederá la retención de los medios de transporte de las mercancías que hubieran ocasionado daños en los recintos fiscales, en este supuesto las mercancías no serán objeto de retención.

---

<sup>13</sup> Artículo reformado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1998, el 1ro. de enero del año 2002, el 30 de diciembre de 2002 y el 9 de diciembre de 2013.

Cuando alguna conducta actualice alguno de los supuestos señalados las autoridades aduaneras en el acta de retención que para tal efecto se levante, harán constar la fundamentación y motivación que dan lugar a la retención de la mercancía o de los medios de transporte, debiendo señalarse al interesado que tiene un plazo de quince días, para que presente la garantía a que se refiere el artículo 36-A, fracción I, inciso e) de esta Ley, o de treinta días para que dé cumplimiento a las normas oficiales de información comercial o se garanticen o paguen los daños causados al recinto fiscal por el medio de transporte, apercibiéndolo que de no hacerlo, la mercancía o el medio de transporte, según corresponda, pasarán a propiedad del Fisco Federal, sin que para ello requiera notificación alguna. Los plazos mencionados anteriormente se computarán a partir del día siguiente a aquél en que surta efectos la notificación del acta de retención.

La última modificación a este artículo fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de diciembre del año 2013 y consistió en la eliminación de su texto del segundo reconocimiento. Ahora bien, debemos resaltar del artículo vigente algunos elementos que nos son trascendentales en nuestro estudio, siendo estos los siguientes:

1. Se prevé por parte del legislador federal que la autoridad deberá levantar un acta de retención, ya sea por la mercancía o del medio de transporte, según corresponda.
2. En el acta de retención se le debe señalar al interesado que cuenta con un plazo de 15 días, de 30 días para la presentación del documento omitido o para el etiquetado de las mercancías o la presentación de la garantía, según proceda.
3. De no cumplir con lo correspondiente, la mercancía o el medio de transporte pasarán a propiedad del fisco federal.
4. No se requiere notificación al particular de que las mercancías pasan a propiedad del fisco federal.

Contrario al artículo 152 (que en algunos supuestos sí prevé), no se estipula en el artículo 158,<sup>14</sup> ambos de la L.A, ninguna posibilidad para el ofrecimiento de pruebas y alegatos por parte del posible infractor ante la autoridad que decreta un acto de molestia con el acta de retención y con la retención misma.

---

14 Cabe señalar que la validez de las normas en sentido material “es la concordancia o coincidencia del contenido de la norma jurídica (la ley, por ejemplo) respecto de criterios valorativos, derechos fundamentales o exigencias de corrección moral o de justicia del sistema jurídico al que pertenece la norma”. Mario Álvarez, Ledesma, Introducción al Derecho, segunda edición, editorial, Mc Graw-Hill/Interamericana editores S.A de C.V., México, 2010, p. 17.

Sí bien es cierto existe un acto de autoridad, que lo es el acta de retención, sólo es para el efecto de hacer constar la retención y ofertarle al interesado un plazo para que cumpla, pero jamás para que pueda y tenga la posibilidad de desvirtuar lo asentado o sostenido por la aduana.<sup>15</sup>

Tampoco llega a la cercanía de señalarle al interesado de que puede acudir a defenderse a través del uso del recurso de revocación previsto en el Código Fiscal de la Federación.

Inclusive sí el posible infractor no cumpliera con lo que la aduana le señala en los plazos establecidos corre el riesgo inminente de perder su mercancía o el medio de transporte, ya que pasa a propiedad del Fisco Federal, por lo que sólo le queda cumplir.

Con independencia de que se cumpla en tiempo y forma con lo solicitado por la aduana en el acta de retención, existen sanciones económicas que se deberán cubrir estipuladas en la propia Ley Aduanera.<sup>16</sup>

En ambos procedimientos señalados los actos de molestia de las autoridades deben estar debidamente fundados y motivados aunado a contemplar dentro de la substanciación del procedimiento un momento en el que el particular tenga el derecho de alegar lo que a su derecho convine, de ofrecer pruebas y alegatos y de que la autoridad valore y resuelva conforme a derecho. Consideramos un gran desacuerdo jurídico que por diversos motivos, que en el presente no expusimos, las autoridades legislativas violen derechos consagrados hacia los particulares que pueden conllevar a mayores perjuicios que beneficios para las propias autoridades administrativas<sup>17</sup> por el número importante de medios de impugnación interpuestos.

---

15 Lo cual de suyo es contrario a derecho actualizando la posibilidad de ejercitar el mecanismo constitucional del amparo ante los tribunales de la federación, por estimar que aunque previsto en la norma, no se cumple la certeza jurídica de los gobernados colocados en el supuesto normativo de ley. Ver Juventino Castro, *Garantías y amparo*, 14<sup>a</sup> Edición, Porrúa, México 2006, p. 391.

16 Es establecido el supuesto de infracción en el artículo 184 fracción XIV de la Ley Aduanera correspondiéndole una sanción que va del 2% al 10% del valor comercial de la mercancía según es establecido en el artículo 185 fracción XIII de la LA.

17 La suspensión en el Padrón de Importadores o en el Padrón de Importadores de Sectores Específicos, son algunos ejemplos en donde las autoridades aduaneras no otorgan derecho de audiencia en los procedimientos. Ernesto Silva Juárez, *Ley Aduanera comentada*, Impresos y acabados editoriales, México, 2008, pp. 1048-1052.

## Conclusiones

Es desatinada y confusa la redacción actual del artículo 152 de la Ley Aduanera, ello atiende a las reformas en distintas fechas, sin que se haya puesto cuidado en que al ser así, su narración es muy confusa e incluso inoperante en algunos renglones.

La redacción del artículo 152, permite a las autoridades aduaneras que bajo determinados supuestos jurídicos que quedaron enunciados, no le otorgue al particular la posibilidad de acudir a defensa para alegar lo que a su derecho conviene, lo que en principio es violatorio al derecho de audiencia y de ser oído y vencido en juicio, así mismo que los particulares puedan alegar en su favor dicha violación ante las propias autoridades jurisdiccionales.

El procedimiento establecido en el artículo 158 de la ley aduanera vigente no contempla el derecho de audiencia para los supuestos establecidos en la retención de mercancías, lo que es violatorio de garantías constitucionales, como el derecho de audiencia en los actos de molestia.

La omisión legislativa se hace aún más evidente ya que es sabido que en otros procedimientos administrativos, como por ejemplo el señalado en los artículos 150, 151 y 153 de la Ley Aduanera sí es contemplado el derecho de aportar pruebas y alegatos acudiendo a defenderse ante la propia autoridad que emite el acto de molestia.

La posibilidad de acudir a órganos jurisdiccionales alegando violación a garantías constitucionales queda en evidencia.

## Bibliografía

- ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I., Introducción al Derecho, Segunda Edición, Mc Graw Hill-Interamericana editores, México, 2010, p. 470.
- BURGOA, Ignacio, Las garantías individuales, 41º. Edición, Porrúa, México 2009, p.670.
- CASTRO, Juventino, Garantías y amparo, 14º. Edición, Porrúa, México, 2006, p.391
- HOYOS, Arturo, Debido Proceso y Democracia, Primera edición, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 143.
- IZQUIERDO MUCIÑO, Martha Elba, Garantías individuales, 2ª. Edición, Oxford, México, 2009, p. 104
- LÓPEZ-NIETO Y MALLÓ, Francisco, Manual de Procedimiento Administrativo, Bayer Hermanos, Barcelona, 1978.
- MARTÍNEZ MORALES, Rafael I., Derecho Administrativo 1er. Curso, Sexta Edición, editorial Oxford, México, 2011, p.325.
- PÉREZ DAYAN, Alberto, Teoría general del acto administrativo, Cuarta edición, Editorial Porrúa, México 2014, p. 212
- PÉREZ JHONSTON, Raúl. *Artículo 16 actos de molestia*, [en línea], México, Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013, [citado 21/I/2015], formato PDF, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx>
- SILVA JUÁREZ, Ernesto, Ley Aduanera Comentada, Impresos y Acabados Editoriales, México, 2008, p. 1214.

## Legisgrafía

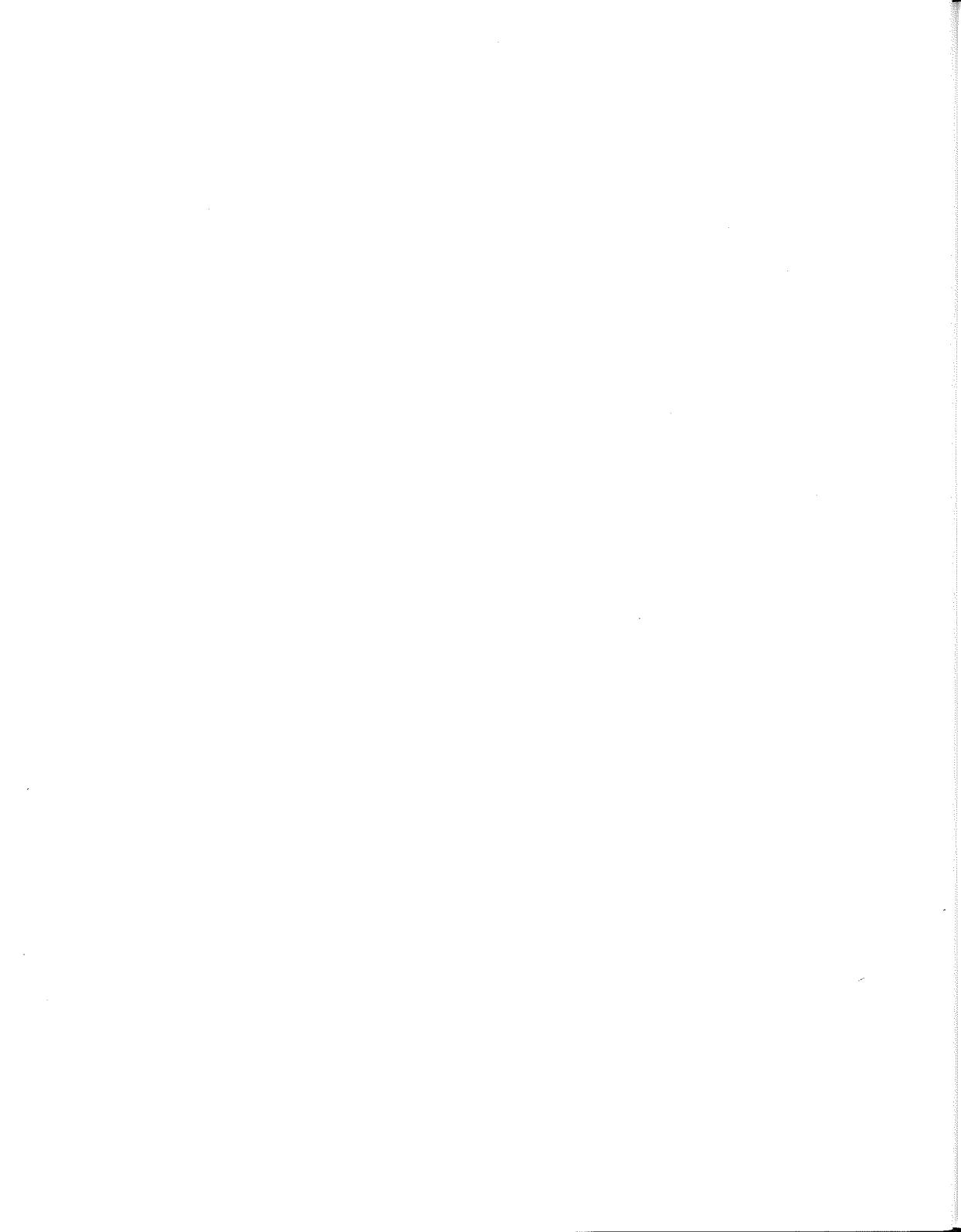
Código Fiscal de la Federación vigente.

Ley Aduanera vigente. Diario Oficial de la Federación 9 de diciembre de 2013.

Ley Aduanera consultado el 10 de enero de 2015, disponible en [www.diputados.gob.mx/leyesbiblio/pdf/12.pdf](http://www.diputados.gob.mx/leyesbiblio/pdf/12.pdf)

Reglamento de la Ley Aduanera.

Anexo 2 de las Reglas de carácter general en materia de comercio exterior.



# La adopción de menores en México y en el contexto internacional \*

Carmen Erika Del Ángel Tenorio \*\*

**RESUMEN:** En el contexto internacional, han sido evidentes los esfuerzos de los Estados por regular de manera homogénea los procedimientos de adopción de menores con base en el respeto de sus Derechos Fundamentales, a través de principios como: el interés superior del niño. El propósito de estas líneas es identificar la problemática que enfrenta la situación de los menores en proceso de adopción en el plano internacional y nacional en México.

Lo anterior, con la finalidad de analizar la conveniencia de armonizar la legislación nacional en vísperas de obtener una regulación adecuada, que responda a las necesidades de protección de los niños, niñas y adolescentes, simplificando el procedimiento de tal manera, que se traduzca en menos niños sin hogar y más niños con posibilidades de tener una mejor calidad de vida a través de la adopción de menores.

**Palabras Clave:** Adopción nacional e internacional en México, Interés Superior del Menor.

**SUMARIO:** Introducción, 1. La adopción en el contexto internacional y los principios fundamentales de protección a la infancia. 2. Los instrumentos internacionales en materia de adopción. 3. Problemática y perspectiva actual de la adopción en México. Conclusiones. Bibliografía.

**ABSTRACT:** In the international context, efforts have been evident United uniformly regulate procedures for adoption of children based on respect for their fundamental rights, through early as the interests of the child.

The purpose of these lines is to identify the problems facing the situation of children being adopted at international and national level in Mexico.

This, in order to analyze the convenience of harmonizing national legislation on the eve of obtaining adequate regulation, that responds to the needs of protecting children and adolescents, simplifying the procedure so that translates to less homeless children and children with opportunities for a better quality of life through the adoption of children.

**Key words:** National and international adoption in Mexico, Best Interest of the Children.

\* Artículo recibido el 12 de noviembre de 2014 y aceptado para su publicación el 11 de febrero de 2015.

\*\* Maestra en Derecho y candidata a Doctor por la Universidad Veracruzana. Profesora de Tiempo Completo de la Universidad Latina, cátedras de: Metodología jurídica, Derecho Internacional Privado, Derechos Humanos y Garantías constitucionales.

## Introducción

Las transformaciones sociales demandan constantemente la innovación legislativa que obliga al derecho a adaptarse a las exigencias del contexto social actual nacional e internacional.

A diferencia de otras épocas, la comunidad internacional se ha mostrado sensible al tema de adopción, razón por la cual, el enfoque que se le da hoy en día, es el de buscar proteger *el interés superior del niño*. Bajo este principio se han realizado cambios en diversas legislaciones, denotando de ello la clara intención de que tales esfuerzos culminen en una armonización y unificación clara en este procedimiento.

Tales disposiciones, están encaminadas a la protección de los Derechos Humanos de los niños, consideran su condición y características específicas y regulan las relaciones jurídicas con particulares o con instituciones públicas, en las que se encuentra involucrado el menor en proceso de adopción. En este sentido, resulta pertinente analizar la perspectiva actual y los retos que al respecto se enfrentan en nuestro país.

### 1. La adopción en el contexto internacional y los principios fundamentales de protección a la infancia

Actualmente debe reconocerse la existencia de un nuevo paradigma que insta por la homologación de criterios generales en materia de adopción de infantes por los Estados firmantes de las Convenciones Internacionales realizadas en este tenor.

En el ámbito internacional, se ha venido perfeccionando el marco jurídico de la adopción con la finalidad de establecer pautas sobre custodia y apoyo que beneficien a niñas y niños desprotegidos. Este sistema de protección del menor regula los procesos de adopción y propicia la colaboración entre distintos países con el objetivo de brindar seguridad al niño y a la niña y garantizar su bienestar. Como parte de este esfuerzo por institucionalizar la protección a la infancia, un gran número de países – a los que se ha unido México – ha suscrito distintos tratados internacionales entre los que destacan la Convención sobre los Derechos del Niño, firmada el 20 de noviembre de 1989 en la Asamblea General de las Naciones Unidas y la Convención de la Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional de 1993.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> MEDINA GONZÁLEZ, Sergio, "El interés Superior del niño por medio de la adopción: una visión histórica" *Revista de Lenguas Modernas*, No. 11, México: 2009, p. 264 y 265.

Luego entonces, la *Convención sobre los Derechos del Niño*<sup>2</sup>, en conjunto con la *Declaración de Naciones Unidas sobre Principios sociales y jurídicos relativos a la protección y bienestar de los niños con particular referencia a la adopción y colocación de menores en hogares de guarda en los planos nacional e internacional*, son instrumentos considerados universalmente como pilares en beneficio de la infancia, pues contemplan la adopción de menores como medida de protección y bienestar que permite a los niños huérfanos, abandonados o a aquéllos que estén privados de su medio familiar, beneficiarse de una familia permanente.

En este escenario, algunos países latinoamericanos iniciaron el proceso de reforma en materia de adopción al interior de sus legislaciones, con lo cual se permitió regular por primera vez en Latinoamérica el procedimiento de *adopción internacional*.<sup>3</sup>

Como consecuencia de la firma estos acuerdos internacionales, la principal reacción presupone la salvaguarda de principios fundamentales de los menores a través de tres pilares de protección de los derechos de los niños, a saber:

a) *El interés superior del menor*, entendido como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia y que constituye por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños; b) *el menor de edad como sujeto de derecho*, de manera que se reconocen a éste tanto los derechos humanos básicos como los que sean propios de su condición de niño; y c) *el ejercicio de los derechos fundamentales y su vínculo a la autoridad parental* siendo que ésta última, tiene como único fin procurar al niño la protección y cuidados indispensables para garantizar su desarrollo integral, constituye pues, una obligación para los padres, y un derecho fundamental para los niños a ser protegidos y orientados hasta alcanzar plena autonomía.<sup>4</sup>

2 Instrumento internacional de Derechos Humanos con el mayor número de ratificaciones, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989 en su resolución 44/25, nuestro país ratificó el 21 de septiembre de 1990, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 25 de enero de 1991. Dispone en su artículo 20 lo siguiente: "Los niños temporalmente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado".

3 A partir de la suscripción de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989 los Estados parte, comenzaron un proceso de adecuación a su legislaciones internas, a la luz de un paradigma de *protección integral*, el cual, considera al infante como sujeto pleno de derechos, dejando de lado la concepción anterior denominada *teoría tutelar* usualmente utilizada en la vía judicial o administrativa, donde el menor, era visto como un sujeto pasivo de las medidas de protección, misma que contemplaba una jurisdicción excluyente y altamente discriminante, sin respeto de las garantías del debido proceso, en donde el juez decidía arbitrariamente sobre el proceder en relación a la situación general de los niños; con lo cual se llevó a cabo la transición de un sistema tutelar represivo, a uno de responsabilidad y garantista con respecto del principio de legalidad. Al respecto Véase: "Condición Jurídica y Derechos Humanos del niño" en *Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-17/2002 de 28 de Agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, p. 7.

4 "Condición Jurídica y Derechos Humanos del niño" en *Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-17/2002 de 28 de Agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, p. 16.

A este respecto, puede advertirse siguiendo a Pérez Contreras existe la necesidad de una doble protección para el menor: la primera tiene por objeto brindarle *una protección integral*, desde su concepción hasta que alcanza su mayoría de edad. La segunda, es la que se proporciona al niño debido a su condición de inmadurez, ya que no ha alcanzado su pleno desarrollo biológico, psíquico y tampoco social, lo que jurídicamente lo coloca en un estado de incapacidad, haciéndose necesaria la existencia de normas dirigidas a ellos, lo que se vislumbra hacia una cultura de respeto de los derechos de los niños.<sup>5</sup>

La autora en comento, resalta algunos de los principios fundamentales que deben permear durante los procedimientos de adopción de los menores, desprendiéndose entre ellos: *el interés superior del niño, la conveniencia del menor, la opinión del infante, desarrollo integral del menor, el principio de no discriminación*, etc., los cuales serán útiles en la resolución de conflictos nacionales e internacionales de las relaciones familiares que se susciten como resultado de la adopción, debiendo ser considerados como guía para la evaluación de leyes, prácticas y políticas públicas referidas a la infancia.

Resulta de especial importancia, el estudio del principio fundamental del *interés superior del menor* que servirá de base para el establecimiento de un adecuado procedimiento de adopción nacional o internacional de niños, niñas o adolescentes en el sistema jurídico Mexicano.

Este principio regulador se coloca en la cúspide de la normativa de los derechos del niño y todo sistema de protección del menor, pues se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.<sup>6</sup>

5 PÉREZ CONTRERAS María de Montserrat, "La adopción de Menores conforme a las reformas de 2000 en materia de familia para el Distrito Federal" *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México: IJJ-UNAM, nueva serie, año XXXVII, núm. 110, mayo- agosto 2004, p.p. 664 y 665. El destacado es nuestro. Esto es, hacia una cultura de respeto de los derechos de los niños. La autora afirma al respecto: "De tal forma que *en virtud de dicho carácter protector y de la condición de desventaja del menor, la norma, su interpretación y aplicación deberán estar atentos a lo que sea más favorable o beneficioso para el niño. Estas serán las que regulen los procedimientos nacionales, internacionales y las relaciones familiares que, en este caso, se dan a partir de la adopción*". Véase también artículos 3º, 9º, 11, 12.1, 16,18, 19, 20, 21, 21, 25, 32, 33, 36, 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

6 A este respecto, el principio 2 de la *Declaración de los Derechos del Niño* (1959) establece: "El niño gozará de una *protección especial* y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será *el interés superior del niño*." El principio anterior se reitera y desarrolla en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades

No obstante, este concepto presenta una dificultad en su aplicación práctica, toda vez que la proyección actual de que la adopción se basa en el interés superior del menor, al ser un término subjetivo plantea la interrogante de: ¿quién determina ese interés del menor?, puesto que todo niño tiene necesidades diversas de acuerdo a la sociedad y cultura en la que se desenvuelva, por lo cual ese interés puede ser distinto en cada caso.<sup>7</sup>

Esto es, nos encontramos con un término ambiguo y subjetivo, es decir un concepto jurídico indeterminado, que debe irse aterrizando a cada caso concreto que se presente en la práctica. Por lo anterior, en aras de garantizar a los menores en proceso de adopción, la salvaguarda adecuada de sus intereses fundamentales, las acciones del Estado y de la sociedad han de ceñirse a los principios de protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos, considerando las circunstancias y peculiaridades de cada caso en particular.

Luego entonces, resalta la necesidad de adoptar medidas o cuidados, en virtud de la situación específica en la que se encuentran los niños y niñas, tomando en cuenta su *debilidad, inmadurez o inexperiencia, sus necesidades afectivas, educativas, sostenimiento económico, el proceso de formación de valores* y cualquier otra que conlleve a su *desarrollo integral*, puesto que aún no alcanzan su plenitud biológica, psicológica y emocional, siendo un sector vulnerable de la sociedad que requiere de especial protección por parte del Estado.

No obstante lo establecido en las convenciones en comento, al no tener eficacia directa será el legislador de cada país, quien concrete en qué se traduce dicho interés, lo que conlleva a pensar que a pesar de haber recibido consagración universal, este principio puede tornarse en connotaciones distintas a los diversos contextos culturales.<sup>8</sup>

---

administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será *el interés superior del niño*. El destacado es nuestro.

7 GONZÁLEZ MARTÍN Nuria, *Adopción Internacional. La práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (referencias hispano-mexicanas)* México: IIJ-UNAM, 2006, p. 45. La autora refiere al respecto: "El legislador no acierta y esa es también nuestra postura, con la defensa del interés del menor en la adopción internacional. Tal y como manifiesta el profesor Calvo Caravaca, muchas de las previsiones normativas sobre adopción internacional perjudican al menor en vez de favorecerle: se impide o dificulta hasta el extremo que en la constitución de la adopción internacional, se niegan efectos a adopciones regularmente constituidas en el extranjero, y así un largo etcétera."

8 Lo anterior como lo establece Nuria González: "En todas sus manifestaciones, el interés del menor parece que se encuentra localizado, según la mayoría de los autores, en el respeto de sus derechos fundamentales como los de todos los individuos y en el libre desarrollo de su personalidad..." GONZÁLEZ MARTÍN Nuria, *Adopción Internacional. La práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (referencias hispano-mexicanas)*, *op.cit.*, p. 47.

Ahora bien, es conveniente el análisis de las Convenciones e instrumentos internacionales que han sido firmados y ratificados por el Estado Mexicano relacionados con el proceso de adopción internacional y nacional.

## 2. Instrumentos Internacionales en materia de Adopción

Es preciso apuntar la idea de la distinción entre adopción nacional e internacional, puesto que en la primera, no existe ningún elemento de internacionalidad por lo que se considera competencia exclusiva de los Estados, en cambio cuando se vinculan dos regulaciones de distintos países para llevar a cabo un procedimiento de adopción de menores, es necesario consultar instrumentos internacionales que permitan la armonización de la regulación del proceso en estudio.<sup>9</sup>

El Estado Mexicano, ha suscrito a la fecha algunas Convenciones Internacionales en el tema de la adopción de menores, instrumentos que conviene analizar a continuación. Destaca el análisis de la *Convención Interamericana sobre conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores* celebrada en La Paz, Bolivia en mayo de 1984.<sup>10</sup>

Ésta tuvo su origen en una propuesta del Instituto Interamericano del Niño, que insistió en la necesidad de regular la adopción internacional ante el aumento de tráfico y migración de infantes. El texto adoptado, corresponde a un sistema mixto o bipartito de ley uniforme y conflictual, con el cual no se trata de uniformar las diversas leyes de los Estados parte, sino de ponerlas en armonía recurriendo básicamente a reglas formales de Derecho Internacional Privado, de ahí que se aluda en su denominación a los conflictos de leyes.<sup>11</sup>

Este instrumento consta de 29 artículos y en esencia contiene grandes innovaciones que aun cuando no ha podido resolver el problema de tráfico de menores, sí ha constituido un paso firme en la protección internacional del menor, y ha sido parte toral para el desarrollo posterior de Convenciones de ámbito

9 Al respecto, debe tomarse en cuenta que el criterio para determinar la internacionalización de la adopción no es la nacionalidad del adoptante o del adoptado sino el domicilio del primero y la residencia habitual del menor, como lo establece Brena Sesma: "Una adopción tiene el carácter de internacional cuando el domicilio del adoptante y la residencia habitual del menor se encuentran en Estados diversos. Actualmente las más autorizadas corrientes doctrinales se inclinan por la conexión con la residencia habitual, porque se refieren al centro real de la vida del individuo o familia y porque evita los problemas de calificación inherentes a la nacionalidad. Véase BRENA SESMA, Ingrid. *Las Adopciones en México y algo más*, México IIJ-UNAM, 2005, p. 76.

10 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 6 de Febrero de 1987.

11 GONZÁLEZ MARTÍN Nuria, "Luces y Sombras Convencionales y Autónomas en Materia de Adopción Internacional. Contexto y Proyección en México." en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, México: núm. 24, Junio de 2009, pp. 165 y 166.

universal y en concreto de la *Convención de La Haya sobre protección de menores y Cooperación en materia de adopción internacional*, del 29 de mayo de 1993.

Este último instrumento establece que en cuanto a la capacidad, consentimiento y requisitos para ser adoptado, regirá la ley de residencia habitual del menor, mientras que en cuanto a la capacidad para adoptar, requisitos, edad y estado civil del adoptante regirá la ley del domicilio de los adoptantes.<sup>12</sup>

Aunado a lo anterior, se establece la posibilidad de que, en las adopciones regidas por la Convención, las autoridades que las otorgaren, puedan exigir que el adoptante o adoptantes acrediten su aptitud física, moral, psicológica y económica, a través de instituciones públicas o privadas cuya finalidad específica se relacione con la protección del menor, instituciones que deberán estar expresamente autorizadas por el Estado o algún organismo internacional, y en el caso concreto de México, esta autoridad central autorizada es el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF).<sup>13</sup>

En cuanto al ámbito espacial de aplicación, cabe destacar que a pesar de las bondades incluidas en ella, no ha sido una convención ratificada de manera masiva, por ello desafortunadamente no ha tenido gran cobertura, pues ninguno de los países identificados como de destino, incluido los Estados Unidos de América y los países Europeos son ratificantes de la misma, lo cual impide una aplicabilidad efectiva de tal instrumento.

Por otra parte, cabe analizar la *Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional* suscrita en la ciudad de La Haya, Países Bajos, el 29 de mayo de 1933 y firmada por México, según decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de Julio del mismo año.<sup>14</sup>

La primordial finalidad de este instrumento internacional, fue establecer las pautas y normas procedimentales para la instauración de un sistema de cooperación entre los firmantes en materia de adopción internacional y ha sido considerado por la doctrina como el primer convenio especializado en la materia que ha generado un modelo de actuación facilitando una norma mínima como pauta de referencia sobre la que normalizar la mayoría de las actuaciones.<sup>15</sup>

---

12 Artículos 3 y 4 de la *Convención Interamericana Sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción*.

13 CONTRERAS ROMO, José de Jesús, *Régimen Legal de la Adopción en Aguascalientes*, México: Poder Judicial de Aguascalientes, 2006, p. 125.

14 Véase BRENA SESMA, Ingrid, *op. cit.*, p. 74.

15 Véase GONZÁLEZ MARTÍN Nuria, "Luces y Sombras Convencionales y Autónomas en Materia de Adopción Internacional. Contexto y Proyección en México." *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, *op. cit.*, p. 186.

En cuanto a los fundamentos sobre los cuales descansan las disposiciones del documento en estudio, se refieren en lo general, al respeto de los postulados que reconoce el derecho internacional y al *interés superior del menor* como estandarte filosófico, así como una serie de principios fundamentales que conforman un sistema de garantía en la sustanciación de los procedimientos de adopción en materia internacional.

Por lo tanto, el objeto del instrumento internacional se refiere a establecer garantías en las adopciones internacionales e instaurar un sistema de cooperación internacional para asegurar las adopciones internacionales; procurando evitar la sustracción ilícita, la venta y el tráfico de menores.

Esto significa que a través de la cooperación internacional, se pretende garantizar que en los procedimientos de adopción exista el adecuado respeto a los principios fundamentales de protección al menor, evitando el tráfico infantil, la sustracción ilícita y la venta de menores, al impedir el otorgamiento de adopciones irregulares.

### **3. Regulación jurídica y perspectiva actual de la adopción en México**

Con la ratificación de los instrumentos internacionales, México se compromete a contemplar el proceso de adopción como instrumento protector de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, con miras a garantizar su pleno desarrollo considerando el derecho de éstos, a contar con una familia. En este sentido, la adopción se constituye un medio para brindar cobijo al infante al incorporarlo a una familia que le brinde los cuidados y protección necesaria para un adecuado desarrollo integral.<sup>16</sup>

Luego entonces, se establece un régimen de derecho destinado a regular la adopción protegiendo los mencionados principios fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, los cuales han sido reconocidos en un contexto mundial, y al encontrarse en instrumentos internacionales firmados y ratificados por el Estado Mexicano, forman parte de la Ley Suprema de toda la Unión, los cuales están investidos con fuerza vinculante y obligatoria en todo el territorio nacional.

---

16 Al respecto el artículo 4 de la *Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social* (1969), proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2542 (XXIV) el 11 de diciembre de 1969, estableció: "La familia, como unidad básica de la sociedad y medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños y los jóvenes, debe ser ayudada y protegida para que pueda asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad..."

Asimismo ha de considerarse, la necesidad de que existan políticas públicas, medidas (legislativas, jurídicas administrativas y de cualquier otra índole) y programas adecuados, que al ser desarrollados por el Estado deberán encaminarse a la protección de los menores a la luz de la efectiva aplicación y respeto de los principios fundamentales que consagran los derechos de los niños, niñas y adolescentes en desamparo.

México es parte activa del nuevo contexto internacional en que se contempla la adopción y por ello, resulta pertinente, el análisis del proceso interno de adecuación de dichos principios a las normas interiores en nuestro país, sin dejar de considerar la doctrina y los acontecimientos internacionales.

Con el objeto de analizar la adopción en el contexto actual de la legislación mexicana a nivel Federal en el territorio nacional y local en el Distrito Federal, atenderemos a su significación. La palabra Adopción proviene del latín *adoptio* (*desear o prohijar*), y quiere decir recibir como hijo con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente.<sup>17</sup>

Por su parte Jorge Magallón considera que es aquella por virtud de la cual se establecen entre dos personas extrañas relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima.<sup>18</sup>

En este orden de ideas, al crearse un vínculo de filiación entre dos personas extrañas, la adopción ofrece como institución jurídica, el medio idóneo para hacer frente en lo posible a problemas inherentes a la niñez desamparada; luego entonces la adopción en el contexto actual debe ser entendida, como un cauce para la posible sociabilización de los niños abandonados o recogidos en orfanatos o establecimientos de beneficencia.

En esta dirección, en las legislaciones más modernas, la adopción ha servido para dotar a los menores el bienestar de una familia, donde se le coloque con los beneficios de un hijo legítimo, con la formación y educación integral derecho fundamental de todos los niños, niñas y adolescentes, cualquiera que sea su origen o condición social.

Por otra parte, el marco jurídico nacional al respecto de la adopción es muy variado, puesto que, cada entidad federativa ha legislado lo conveniente a su ámbito de aplicación común, por lo cual se cuenta con 33 legislaciones diversas

---

17 CHAVEZ ASENCO, Manuel, *La Adopción*, México: Porrúa, 1993, p. 3. Véase también del mismo autor, *La familia en el derecho*, México, 8<sup>a</sup>. Ed., Porrúa, 2007.

18 MAGALLÓN IBARRA, Jorge, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo III, México: Porrúa, 1998, p. 493.

respecto de una misma figura, dentro de las cuales se contemplan distintos requisitos y procedimientos relativos a la institución en estudio.

En este sentido, encontramos diferentes aspectos a considerar en cuanto a la adopción regulada por los códigos vigentes en los Estados que vale la pena destacar, de la siguiente manera:

Así algunas entidades federativas la definen como un acto jurídico (San Luís Potosí, Sonora, Guanajuato); Baja California Sur y Jalisco la denominan estado jurídico... En relación con los tipos de adopción, actualmente todas las entidades federativas contemplan la adopción plena... Por cuanto a la adopción internacional y por extranjeros, desde las reformas y adiciones al Código Civil en 1998, se incorporan ambas y sólo mediante reformas al mismo ordenamiento en 2004, se presentan algunas modificaciones. Derivado de lo anterior, el artículo 410 E define a la adopción internacional como la promovida por nacionales de otro país, con residencia habitual fuera del territorio nacional y tiene por objeto incorporar, en una familia, a un menor que no puede encontrar familia en su propio país de origen... Actualmente 14 entidades federativas regulan la adopción internacional... El Código Familiar de San Luís Potosí en su artículo 263 señala que los extranjeros que pretendan adoptar deberán ser personas de distinto sexo unidos en legítimo matrimonio y deberán cumplir con los requisitos administrativos que contiene la Convención Internacional de la Haya y los que fije el organismo rector de asistencia social en el Estado en su carácter de autoridad central en materia de adopciones internacionales.<sup>19</sup>

Luego de la revisión anterior, es notable la disparidad y divergencia que existe en los ordenamientos civiles, códigos familiares de los estados y leyes de adopción, por lo que, es de resaltarse la importancia de que exista una armonización legislativa, en cuanto a cómo realizar los procedimientos de adopción y obstar por la promoción del respeto de los derechos fundamentales de los menores reconocidos internacionalmente.

Otro de los temas actualmente debatidos en cuanto a la institución tema de esta investigación, está relacionado con la adopción homoparental, con el argumento de que su prohibición implica discriminación con motivo de preferencias sexuales, los homosexuales tienen actualmente la posibilidad de adopción al igual que las parejas heterosexuales, no obstante es necesario analizar si ésta nueva regulación resulta conveniente para el menor y obsta por proteger el interés superior del niño.

En países de tradición conservadora como el nuestro, se trata de un tema sumamente delicado, ya que para su abordaje existe cierta reticencia, puesto que

19 CÁRDENAS MIRANDA, Elva Leonor "La adopción en México. Situación actual y perspectivas" en Letras Jurídicas, México: Universidad Veracruzana, Núm. 21, Enero 2010, p. 6.

independientemente de las posturas a favor o en contra que podamos vislumbrar, en términos generales los acuerdos y tratados internacionales centran su atención en dar a los menores un modelo familiar que implique un desarrollo sano e integral, con las posibilidades de garantizar plena protección a los menores de sus derechos fundamentales.

A partir de las reformas del 29 diciembre de 2009, publicadas en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, que implican el reconocimiento de la unión de parejas del mismo sexo en el Distrito federal en matrimonio o concubinato, de forma única y categórica, se abre la posibilidad de que las parejas homosexuales puedan adoptar.

Al respecto, no debe perderse de vista que la adopción es una medida de protección del niño privado de una familia que se basa en el *interés superior del menor* y no en los deseos o anhelos de los adultos de tener hijos por su incapacidad natural, por lo que ante todo la adopción es una forma de dar una familia a un niño, no un niño a una familia. En este sentido se expresa Elena Orta como sigue:

En nuestro país todavía se enfrenta a la falta de conocimiento sobre la adopción y sus implicaciones, aun en tratándose de adopciones por heterosexuales. Por lo que, el rechazo social y la estigmatización que pueden sufrir los niños es previsible... Con respecto a las repercusiones que en la vida del niño tendrá la adopción por personas del mismo sexo, en realidad son todavía desconocidas, en el ámbito internacional existen pocos estudios al respecto y resultan observaciones parciales, debido a que son situaciones que se ha presentado recientemente en ciertos países y se desconoce como esos niños llegarán a ser en su edad adulta, no se cuentan con suficientes pruebas para forjarse una convicción.<sup>20</sup>

Luego entonces, se considera que el legislador actuó de manera apresurada y no tomó en consideración las repercusiones que tendrá en los niños la adopción por homosexuales, ya que independientemente de que no exista regulación expresa en la legislación civil o familiar al respecto de la posibilidad de adopción por parejas homosexuales, es una realidad que a partir del reconocimiento de la unión de convivencia o concubinato de homosexuales se deja abierta la puerta de esta posibilidad, lo que hace que urgente la necesidad de que se legisle al respecto de esta situación que coloca a los menores en riesgo de ser afectados en su sano desarrollo integral.

Otro de las problemáticas identificadas en los procedimientos de adopción en México, es que no existe celeridad en ellos, su proceso es tardado e implica

20 ORTA GARCÍA María Elena, *La adopción en México*, México: IIJ-UNAM 2013, p. 186.

un cuantioso gasto para los que pretenden adoptar, lo que a veces pone en riesgo el interés superior del menor.

Aunado a lo anterior, no sólo se requiere actualizar el marco jurídico aplicable a la adopción, también se debe trabajar con profesionales y especialistas, quienes son los encargados de la práctica de estudios médicos, socioeconómicos y psicológicos con fines de adopción, por lo que es necesario integrar un cuerpo multidisciplinario especializado que coadyuve la labor de los jueces para velar y proteger el interés superior del menor.

Por ello es necesario que el Estado y la sociedad coadyuven en las necesidades específicas de los menores en proceso de adopción, para agilizar aquéllos en los que se den las condiciones familiares de sano crecimiento y desarrollo integral al menor.

En este sentido, una necesidad es realizar los trabajos tendientes a impulsar la agilización de los procedimientos ante los tribunales familiares, sin embargo a la fecha no se tienen avances significativos.

Otra de las carencias de la regulación nacional de la adopción, es que no existen a la fecha programas y políticas públicas que promuevan la adopción de niños con alguna discapacidad y que por su propia condición, tienen pocas o nulas posibilidades de tener acceso a una familia que les provea del entorno ideal para alcanzar su desarrollo integral.

## Conclusiones

El marco jurídico actual de la adopción en México, ha venido perfeccionándose en las últimas décadas debido a que la comunidad internacional ha mostrado especial interés en pugnar por la protección de los menores, a través de instrumentos internacionalmente reconocidos. Estos documentos, han sido ratificados por nuestro país, lo que ha significado para nuestra legislación un cambio trascendente en este tema.

La adopción está formulada en forma específica para la protección de los menores, y en este tenor, existen numerosas reformas legislativas en el orden jurídico actual mexicano al respecto, las cuales, tienen especial relevancia y trascendencia social toda vez que afectan de manera directa a quien merece la mayor protección de los integrantes del proceso de adopción: *el menor de edad*.

*El interés superior del menor* es un principio fundamental que se traduce en el respeto a sus derechos fundamentales contemplados tanto en leyes nacionales federales o locales y en los tratados y acuerdos internacionales. Este principio,

de manera tácita condiciona la normativa nacional a crear las condiciones especiales de protección al menor y garantizar con ello el propio desarrollo y bienestar del menor.

Por lo anterior, además de pugnar por colocar al menor en como prioridad en el proceso de adopción, los juzgadores deben encontrarse capacitados en los temas inherentes al desarrollo integral del menor, que le permitan a éste último encontrar en su nueva familia, un ambiente sano, el sustento económico, la educación, el cariño y los cuidados que le brinden la oportunidad de transformarse en personas de bien para la sociedad.

En México contamos con 33 legislaciones divergentes sobre la materia, debido a que cada entidad federativa ha legislado en base a su autonomía legislativa, por lo que no existe uniformidad en la legislación jurídica de la adopción. Por lo tanto, se plantea la necesidad de que la legislación actual debe armonizarse adecuadamente para adaptarse al contexto de la normativa internacional de defensa de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes en situación de abandono o a cualquier infante que se coloque en situación de adherrirse a un nuevo núcleo familiar.

Aunado a lo anterior, la inexistencia de legislación permite a las parejas homoparentales adoptar menores; situación que los coloca en riesgo latente, lo que traerá como consecuencia someter al menor a un ámbito de conductas discriminatorias. Las implicaciones que plantea la filiación adoptiva por homosexuales, requiere de un mayor estudio que anteponga ante todo el interés superior del niño enraizando una cultura de adopción que elimine cualquier forma de discriminación para el menor.

## Bibliografía

- ANDRADE DE ALARCÓN, José Leonel, *Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción*.
- BRENA SESMA, Ingrid, "Las adopciones en México y algo más", México: UNAM-IIJ, Serie Estudios Jurídicos, Núm. 85, 2005.
- CÁRDENAS MIRANDA, Elva Leonor, "La adopción en México. Situación actual y perspectivas" en *Letras Jurídicas*, México: Universidad Veracruzana, Núm. 21, Enero 2010.
- CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, *La Adopción*, México: Porrúa, 1993.
- \_\_\_\_\_, Manuel, *La familia en el derecho*, México, 8<sup>a</sup> Ed., Porrúa, 2007.
- CONTRERAS ROMO, José de Jesús, *Régimen Legal de la Adopción en Aguascalientes*, México: Poder Judicial de Aguascalientes, 2006.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *Adopción Internacional. La práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (referencias hispano-mexicanas)* México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006.
- \_\_\_\_\_, Nuria, "Luces y Sombras Convencionales y Autónomas en Materia de Adopción Internacional: Contexto y Proyección en México." en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*. México: núm. 24, Junio de 2009.
- MEDINA GONZÁLEZ, Sergio, "El interés Superior del niño por medio de la adopción: una visión histórica" *Revista de Lenguas Modernas*, No. 11, México: 2009.
- ORTA GARCÍA, María Elena, "La adopción en México" en *Revista de Derecho Privado*, Cuarta Época, Número 3, Sección de Doctrina, 2013.
- PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, "La adopción de Menores conforme a las reformas de 2000 en materia de familia para el Distrito Federal" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México: IIJ-UNAM, nueva serie, año XXXVII, núm. 110, mayo-agosto 2004.
- VARIOS, *Compilación de legislación sobre menores*, México: SNDIF, 1996, p. 704.

## Legisgrafía internacional

*Convención sobre los derechos del niño*, Decreto promulgatorio, *Diario Oficial de la Federación* del 25 de enero de 1991.

Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social (1969), proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2542 (XXIV) el 11 de diciembre de 1969.

*Convención Interamericana sobre conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores* celebrada en La Paz, Bolivia en mayo de 1984. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 6 de Febrero de 1987.

*Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción.* en el *Diario Oficial de la Federación*, Viernes 21 de Agosto de 1987.

*Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional.*

*Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional.*

*Convención Interamericana sobre Conflictos de Ley en Materia de Adopción.*

*Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-17/2002 de 28 de Agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.*

### **Legisgrafía nacional**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.



# Legislación nacional en materia de mecanismos alternativos de solución de controversias. Avances en la reforma constitucional del Sistema de Justicia Penal \*

Ivonne Nohemí Díaz Madrigal \*\*

**RESUMEN:** En el año 2008 la Constitución Política del Estado mexicano reconoció a los mecanismos alternativos de resolución de controversias, en su artículo 17. Sin embargo, con anterioridad ya había entidades federativas que contaban con legislación en la materia, aunque, con algunas diferencias sustantivas. Para consolidar la propia reforma al sistema de justicia penal a nivel nacional y homogeneizar la práctica de los mecanismos alternativos, fue necesaria una nueva reforma constitucional a las facultades del Congreso Federal, y la expedición, en 2014, de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Resolución de Controversias.

**Palabras clave:** mecanismos alternativos, controversia penal, reforma, justicia, derecho penal.

**SUMARIO:** Introducción; 1. El conflicto, entre la solución contenciosa y la justicia restaurativa; 2. Mecanismos alternativos de solución de controversias; 3. Proceso legislativo de la Ley Nacional de MASC; 4. Contenido del dictamen de Ley Nacional; Conclusiones; Bibliografía.

**ABSTRACT:** In the year 2008 the Mexican Constitution recognized the alternative mechanisms to the controversies, in Article 17. However, before there were states that had legislation about it, with some substantial differences. To consolidate own reform the criminal justice system nationwide and standardize the practice of alternative mechanisms had to be a new constitutional reform and finally in 2014, the creation of the National Law Alternative Dispute.

**Keywords:** alternative mechanisms, criminal controversy, reform, justice, criminal law.

\* Artículo recibido el 27 de enero de 2015 y aceptado para su publicación el 17 de marzo de 2015.

\*\* Ivonne Nohemí Díaz Madrigal es licenciada en Derecho, con Mención Honorífica, por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); cuenta con Especialidad en Justicia Administrativa por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y estudios de Maestría por la UNAM. Ha sido parte del Sistema Nacional de Investigación (SNI-CONACyT) como asistente de investigación, becaria en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y parte del Sistema de Intercambio Alemán (DAAD) coordinado por la Universidad de Erfurt, investigadora visitante en la Universidad Pablo de Olavide en Sevilla, España. Actualmente es colaboradora en la Universidad Fluminense de Brasil y asesor jurídico en temas legislativos.

## Introducción

La reforma constitucional de seguridad y justicia del 18 junio de 2008, está orientada a otorgar una mayor certeza jurídica a las víctimas y a los presuntos responsables; establece que el proceso penal será oral<sup>1</sup> (buscando eficacia y expedites) y asigna un nuevo reparto de responsabilidades entre los actores del sistema; instituye nuevos mecanismos para combatir la delincuencia organizada, y crea los mecanismos alternativos de solución de controversias.

En este mismo año la Constitución Política reconoció en el derecho mexicano a los mecanismos alternativos de resolución de controversias (MARC's) o formas alternativas de justicia, en su artículo 17, mismo que se encuentra estrechamente relacionado con el artículo 18 del mismo ordenamiento.<sup>2</sup>

Sin embargo, con anterioridad ya había entidades federativas que contaban con legislación en la materia, con algunas diferencias entre ellas, no obstante la tendencia a contar con una ley al respecto en cada entidad, se incrementaba. Para consolidar la propia reforma al sistema de justicia penal a nivel nacional, afianzar y homogeneizar la práctica de los MARC's, fue necesaria una nueva reforma constitucional sobre las facultades del Congreso Federal, y finalmente, la expedición, en diciembre del año 2014, de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Resolución de Controversias Penales.

### 1. El conflicto, entre la solución contenciosa y la justicia restaurativa

Stephen Robbins define el conflicto, como "Un proceso que se inicia cuando una parte percibe que otra la ha afectado de manera negativa o que está a punto de afectar de manera negativa, alguno de sus intereses".<sup>3</sup>

El conflicto es inherente a la interacción social, de tal modo que se convierte en fenómeno que amerita ser abordado por el derecho (en su sentido polisémico de producto cultural y orden normativo) en aras de la búsqueda de convi-

1 En América Latina, son varios los países que han implementado los juicios orales y/o medios alternativos para la impartición de justicia, algunos ejemplos son: Argentina, Bolivia, Costa Rica, Colombia, Cuba, Chile, Ecuador y Honduras. Sobre la experiencia de éstos y otros países véase *Oralidad en el proceso y justicia penal alternativa. Jornadas Iberoamericanas*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, pp. 613 y ss., disponible en [www.inacipe.gob.mx](http://www.inacipe.gob.mx) [Consulta realizada en mayo de 2011].

2 DIAZ MADRIGAL, Ivonne N., *La mediación en el sistema de justicia penal: justicia restaurativa en México y España*, Serie Juicios Orales, no. 9, IIJ-UNAM, México, 2013, pp. 49 y 50.

3 ROBBINS, Stephen P., *Comportamiento Organizacional, Conceptos, Controversias y Aplicaciones*, Cap. XIII, p. 461. Edit. Prentice Hall, Sexta Edición, 1994.

vencia pacífica. La gestión del conflicto que haga el ordenamiento jurídico en una colectividad organizada, dependerá de la naturaleza del propio conflicto y la finalidad que se persiga. El éxito en los resultados depende, en gran medida, de: entender que el conflicto surgirá; así como, voluntad para resolverlo. Mantener claro el objetivo de la búsqueda de solución permite el diseño de una adecuada ruta para ello.

En la actualidad los mecanismos judiciales por naturaleza contenciosos en la solución de conflictos, son los predominantes. El hecho de que un tercero ajeno a la controversia (quien asegura imparcialidad), tome una decisión vinculatoria para las partes, en el marco de un proceso desarrollado conforme a reglas pre establecidas que proporcionan certeza, objetividad y garantías de cumplimiento, es una conquista para el estado de derecho.

Sin embargo, la dinámica judicial es “ganar-perder”, siempre hay una parte a la que se le cumplen sus demandas y otra que debe ceder en parte o por completo. Más delicado aún, en materia penal, cuando en ocasiones es difícil identificar quien se favorece con el castigo, cabe preguntar ¿quién gana?, ¿cómo resarcir el daño a la víctima?, ¿la víctima recupera su sentido de seguridad con la privación de la libertad de su agresor?, ¿el sistema penitenciario fomenta, en los sentenciados, responsabilidad por sus actos?, ¿pena de prisión genera resentimiento?, ¿qué se persigue con el castigo?, ¿en materia penal, quien es el vencedor?

El litigio se desarrolla en un contexto de confrontación; se obtiene una decisión por un tercero que es obligatoria a las partes, pero difícilmente puede considerarse como la solución última al conflicto, el formalismo y la rigidez limita en mucho la adecuada exposición de los verdaderos intereses, pero sobre todo, de las necesidades de los involucrados, por ello, es complicado lograr una decisión que los satisfaga y mucho menos se garantiza durante el proceso el respeto a la dignidad de las personas en conflicto.

El sentenciado pierde más que su libertad. La víctima no se beneficia en nada con la condena (incluso el sentido de incertidumbre y zozobra puede aumentar ante el temor a represalias), y en ocasiones es sometida a una doble victimización por el propio sistema. Por su parte, la sociedad más que privarse de un agente dañino para sus miembros, incrementa la carga a su sistema penitenciario y los costos que esto involucra.

Por tanto, cabe preguntar, ante el conflicto jurídico penal ¿la vía contenciosa dará la solución a las necesidades de las partes?, ¿con el castigo y la pena a alguien se beneficia?

En contraposición a la cultura contenciosa, los mecanismos alternativos de solución de controversias, forman parte de la cultura de la paz,<sup>4</sup> donde se privilegia el contenido (de los resultados) sobre la forma (procedimientos legales). El concepto de justicia restaurativa forma parte de este concepto y ofrece soluciones orientadas a la reparación, desjudicialización y el diálogo entre los directamente involucrados en un conflicto.

Al emplear mecanismos alternativos, en los delitos cuya naturaleza lo permite, se encuentran múltiples beneficios: son complementarios del sistema jurisdiccional; economizan procesos, recursos (humanos, económicos y de tiempo); se busca la reparación para la víctima (que en poco o en nada obtiene provecho de la pena impuesta a su agresor); y el menor daño al infractor del orden jurídico –quien por ser condenado no deja de ser persona, su castigo debe limitarse a la restricción de su libertad buscando la reinserción social<sup>5</sup> sin vulnerar el desarrollo de su personalidad–.

En México, la reforma del 18 de junio de 2008, incorporó al sistema de justicia penal la justicia restaurativa. En el artículo 18 constitucional se incorporaron los mecanismos alternativos de solución de controversias y con ello los acuerdos reparatorios. Esta adición al texto constitucional fue el antecedente de la vigente Ley Nacional en Materia de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, y cuyo análisis es el objeto de este trabajo de investigación.

## 2. Mecanismos alternativos de solución de controversias

Los procesos restaurativos se distinguen por las siguientes notas:<sup>6</sup>

4 La cultura de la paz consiste en una serie de valores, actitudes y comportamientos que rechazan la violencia y previenen los conflictos tratando de atacar sus causas para solucionar los problemas mediante el diálogo y la negociación entre las personas, los grupos y las naciones, teniendo en cuenta un punto muy importante que son los derechos humanos. Acta 53/243 de la ONU aprobada por la Asamblea General el 6 de octubre de 1999 en el Quincuagésimo tercer periodo de sesiones. Disponible en <http://es.scribd.com/doc/55848719/Acta-53-243> [Consulta realizada en diciembre 2014].

5 El artículo 18 de la Constitución Política mexicana fue uno de los modificados en la reforma al sistema de justicia penal del 18 de junio de 2010. Posterior a dichas modificaciones establecía que el sistema penal –penitenciario– se estructuraba sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente; con las reformas de junio del 2011 en materia de derechos humanos, el texto actual además de hablar del trabajo, la capacitación y la educación, agrega la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado. Así pasa de readaptación a reinserción.

6 MIRANDA PEREIRA, “Sanções e medidas de execução na comunidade. A importância dos relatórios sociais e a reforma do Código de Processo Penal. Política Criminal em vigor: metas e realidade e a necessidade de um conceito abrangente de prevenção”, en *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 8, fas. 3, Julho-Setembro 1998, p. 449.

- a) Deben utilizarse únicamente cuando haya pruebas suficientes para inculpar al responsable, y con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y del propio responsable;
- b) Existe libertad para retirar el consentimiento por los involucrados
- c) Los acuerdos quedan en manos de los involucrados, ellos son los encargados de su construcción, y su contenido debe ceñirse al marco de la ley, conteniendo compromisos razonables y proporcionales;
- d) La participación del responsable no se admitirá como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores
- e) No todos los conflictos de contenido penal son susceptibles de procedimientos restaurativos.

Los mecanismos alternativos promueven, a través del diálogo, el acercamiento entre los involucrados en un conflicto.<sup>7</sup> Como instrumentos de promoción y ejercicio de la cultura de paz no contraviene los procedimientos judiciales formales ni el marco de garantías que representan. Contribuyen a una justicia penal menos retributiva, que tenga más en cuenta a la víctima y al infractor y lo que para ellos representa el conflicto. Los MARC's en materia penal, buscan la reparación del daño y la resolución no violenta de conflictos.

El procedimiento restaurativo inicia cuando una persona reconoce su participación en un hecho dañoso, tipificado por la ley, y existe consentimiento libre y voluntario de víctima y responsable para gestionar el conflicto.

Para Martín Wright<sup>8</sup> el sistema penal tradicional estigmatiza a una de las partes en el conflicto como delincuente, le pone antecedentes penales, la pena se hace trascendental al tener consecuencias sociales para toda su vida y, en caso de existir, acaba con la relación entre los involucrados. Optar por un proceso restaurativo brinda un espacio para la reflexión sobre el conflicto constitutivo de delito, y se puede evitar someterlo al sistema de justicia penal.

En un conflicto los afectados no son siempre identificables, la justicia restaurativa reconoce que la víctima del delito no es la única afectada (el responsable

7 GALAIN PALERMO, Pablo, "Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces", en *Revista penal*, no 24, 2009, págs. 71-89.

8 WRIGHT, Martín "Derecho, Justicia y la idoneidad para su fin: hacia una respuesta restaurativa para la delincuencia" (Conclusiones del I Congreso internacional sobre Justicia restaurativa y Mediación Penal, Dimensiones teóricas y repercusiones prácticas", celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos (España) entre los días 04 y 05 de marzo de 2010).

y/o su familia pueden serlo también). Las conferencias restaurativas<sup>9</sup> pueden auxiliar ante esta situación.

En relación a la víctima, a nuestra consideración, los MARC's tienen tres grandes objetivos:

- 1) La reparación o resarcimiento del daño.
- 2) La recuperación del sentimiento de seguridad, como forma de reparación simbólica.
- 3) Evitar una segunda victimización.

Los objetivos tratándose de la persona responsable son:

- 1) Evitar múltiples penas. Las restricciones a la libertad del responsable al declararlo culpable por el sistema legal, muchas veces afectan más derechos que solo su libertad y poca atención se pone a su reinserción.
- 2) Evitar un resentimiento con el sistema y la sociedad que puede llevar a una reincidencia.
- 3) La evasión de la responsabilidad y poco o nada aprendizaje del deber de respeto a los bienes jurídicos protegidos.

A través de los MARC's se procura:

En torno a la víctima

- 1) Asegurar su papel en el proceso (jurisdiccional o no).
- 2) Recuperar la confianza y seguridad vital.
- 3) Dejar a un lado el miedo y la incertidumbre ante futuras represalias.
- 4) Reparación o compensación del daño sufrido.

En relación al responsable

- 1) Lograr se responsabilice por su conducta infractora y haga un esfuerzo por una reparación.
- 2) Desarrollo de actitudes de empatía.
- 3) Medidas alternativas que tiendan a dar solución a las causas que subyacen en la conducta infractora.<sup>10</sup>

En conclusión, los mecanismos alternativos tienen un elemento educativo, contribuyen a la prevención, descenso en la reincidencia, disminución del estig-

<sup>9</sup> El European Forum for Restorative Justice, organización con más de 300 miembros de toda Europa, tiene la tarea de coadyuvar al desarrollo de la Justicia Restaurativa en ese continente. Estas Conferencias son un modelo de Justicia Restaurativa que ha sido ampliamente desarrollado en otros lugares como Australia, Nueva Zelanda y USA, y además de incluir a víctima e infractor incluye a otros miembros de la comunidad. <http://www.euforumrj.org/Activities/conferences.htm> [Consulta realizada en enero, 2015].

<sup>10</sup> DÍAZ MADRIGAL, Ivonne N., Ob.cit. pp. 25, 26 36-43.

ma social y favorecimiento de la reinserción. Igualmente la sociedad civil se ve beneficiada porque se facilita el diálogo comunitario, reconstruye la paz social quebrantada por el delito y minimiza las consecuencias negativas, controla el aumento de la población reclusa e incrementa la confianza en la administración de justicia penal.<sup>11</sup>

### 3. Proceso legislativo de la Ley Nacional de MASC

En sesión de Pleno del día 6 de marzo de 2014, fue recibida en el Senado y turnada a comisiones unidas de Justicia y Estudios Legislativos, iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia penal, enviada por el titular del Ejecutivo Federal, a través de la Secretaría de Gobernación.

La iniciativa en su exposición de motivos expresa:

1. El delito es un conflicto humano y que como tal, puede ser resuelto por las mismas partes que lo han vivido, prescindiendo de la función punitiva del Estado y que tiene como consecuencia altos costos sociales.
2. El 29 de noviembre de 1985, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos”. Por lo anterior, los Estados parte están obligados a realizar los arreglos institucionales necesarios para otorgar a las víctimas el acceso a la justicia, garantizando el respeto a su dignidad y la reparación del daño.
3. El 7 de enero de 2002, el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas establece los “Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal”. Dicho documento define el marco en que, de manera alternativa al juzgamiento, es posible procesar ciertas incidencias consideradas como delitos.
4. La Declaración de Bangkok de 2005, establece la importancia de elaborar políticas, procedimientos y programas en materia de justicia restaurativa que incluyan alternativas del juzgamiento, a fin de evitar los posibles efectos adversos del encarcelamiento, ayudar a reducir el número de causas que se presentan ante tribunales penales y promover la incorporación de enfoques de justicia restaurativa en las prácticas de justicia penal.
5. En los procedimientos de mecanismos alternativos de solución de controversias, se logra un acercamiento de las partes del conflicto para resolverlo

---

<sup>11</sup> BELLOSO MARTÍN, Nuria, “El paradigma conflictivo de la penalidad la respuesta restaurativa para la delincuencia” en Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho, no. 20, 2010, pp. 1 a 20.

sin la aplicación punitiva del Estado, reconociendo las emociones y necesidades de las partes, logrando que se concentren en los aspectos sustanciales del conflicto.<sup>12</sup>

Conforme al documento, la iniciativa menciona que se busca:

1. Desarrollar los mecanismos alternativos de solución de controversias y privilegiar la participación ciudadana en sus distintos procesos a través del principio de autonomía de la voluntad de las partes.
2. Integrar la experiencia de numerosos programas y sistemas de justicia alternativa nacionales e internacionales, que han logrado resolver conflictos de naturaleza penal y mejorar las relaciones sociales.
3. Establecer los principios que regirán la procedencia y desarrollo de los mecanismos alternativos.
4. Determinar los derechos y obligaciones de quienes intervienen en los procedimientos alternativos
5. Regular atribuciones de ministerios públicos y facilitadores. Además, se establecen criterios mínimos para la certificación de facilitadores.
6. Instaurar que los facilitadores propongan y apliquen el procedimiento que sea acorde al caso concreto y con el que se pueda llegar a soluciones equilibradas, fundadas en el reconocimiento mutuo de las partes.
7. Regular tres procedimientos: la mediación, la conciliación, y el procedimiento restaurativo.
8. Definir las atribuciones con las que la Federación y las entidades federativas contarán, dentro de sus esferas competenciales, respecto de los órganos especializados en mecanismos alternativos de solución de controversias.<sup>13</sup>

Como parte de los trabajos de dictaminación, en el Senado de la República, Cámara de origen de la iniciativa, las comisiones de Justicia y Estudios Legislativos realizaron audiencias públicas a las que asistieron expertos, académicos y operadores del sistema penal, quienes enriquecieron el dictamen a través de las experiencias expuestas. El dictamen respectivo se aprobó en Comisiones del Senado el 16 de junio de 2014, y su aprobación en Pleno fue el día 3 de septiembre de 2014 con 90 votos a favor, 0 en contra y 0 abstenciones.

En Pleno de la Cámara de Diputados se aprobó con 387 votos a favor, 15 en contra y dos abstenciones y fue turnado al Ejecutivo para su promulgación. Fi-

---

<sup>12</sup> [http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/62/2/2014-03-06-1/assets/documentos/Ini\\_Ejecutivo\\_Federal\\_Controversias\\_Penales.pdf](http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/62/2/2014-03-06-1/assets/documentos/Ini_Ejecutivo_Federal_Controversias_Penales.pdf) [Consultado el 4 de enero, 2015].

<sup>13</sup> [http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Audiencias\\_Mat\\_Penal/Audiencias\\_MP\\_Dictamen.pdf](http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Audiencias_Mat_Penal/Audiencias_MP_Dictamen.pdf) [Consulta realizada el 4 de enero 2015]

nalmente, el 29 de diciembre del 2014 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto por el que se expide la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal y se reforman diversas disposiciones del Código Nacional de Procedimientos Penales.<sup>14</sup>

#### 4. Contenido del dictamen de la Ley Nacional de MASC

La Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal (**LNMASCmp**) consta de 52 artículos, organizados en cuatro títulos y seis artículos transitorios. Sus disposiciones son de orden público e interés social, con observancia general en el territorio nacional. Tiene como objetivo principal establecer los principios, bases, requisitos y condiciones de los mecanismos alternativos de solución de controversias en la materia que conduzcan a las Soluciones Alternas previstas en la legislación procedural penal aplicable.

Los MASC en materia penal tienen como finalidad propiciar, a través del diálogo, la solución de las controversias que surjan entre miembros de la sociedad con motivo de un hecho delictivo, y a través de procedimientos basados en la oralidad, la economía procesal y la confidencialidad.<sup>15</sup> Esto implica:

- a) Beneficios inmediatos como la agilidad y la flexibilidad en la resolución;
- b) Elementos voluntad, colaboración y diálogo como centrales en la solución;
- c) Procedimientos equitativos, honestos e imparciales.<sup>16</sup>

Se reconoce como mecanismos alternativos la mediación, la conciliación y la junta restaurativa. La mediación y la conciliación son mecanismos voluntarios mediante los cuales se construyen y proponen opciones de solución a la controversia, con la diferencia que en la negociación el facilitador además de propiciar la comunicación entre las partes, está facultado para proponer soluciones.<sup>17</sup> Destaca el procedimiento de las Juntas Restaurativas, cuya particularidad es la participación de la comunidad afectada por el hecho delictivo, en la construcción de la solución.

La solicitud de un MASC se hará verbal o escrita y pueden realizarlas personas físicas o morales, estas últimas a través de su representante o apoderado le-

---

14 [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5377563&fecha=29/12/2014](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5377563&fecha=29/12/2014)

15 Artículo 1. Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.

16 Cfr. artículo 4 Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.

17 Artículo 21 y 25. Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.

gal.<sup>18</sup> Será el Ministerio pública, una vez recibida la denuncia, o el Juez cuando el imputado esté vinculado a proceso, quienes informen a los involucrados sobre la posibilidad y beneficios en optar por un MASC. La institución especializada en MASC (Órgano) al recibir la solicitud examinará la controversia y determinará su admisibilidad. El artículo 12 de la LMASCmp menciona que ante una respuesta negativa se puede solicitar al Órgano que reconsideré su decisión. No obstante que es una ley nacional (habrá leyes para cada estado), esta disposición deja un amplio margen de interpretación, ¿quién puede solicitar la reconsideración, en cuanto tiempo se debe resolver, que recurso procede ante una segunda negativa? En todo caso entendemos que las interpretaciones y adecuaciones legislativas en el orden estatal deberán atender a los principios de voluntariedad, flexibilidad y simplicidad de los MASC<sup>19</sup> respetando que estos procedimientos buscan la agilidad y economía procesal.

En cuanto a la reparación daño se prevé el reconocimiento de responsabilidad y la formulación de una disculpa a la víctima u ofendido en un acto público o privado, y asume el compromiso de no repetición de la conducta. El acuerdo que se logré debe atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas, así como la reintegración de la víctima u ofendido y del imputado a la comunidad y la recomposición del tejido social.<sup>20</sup>

Sobre su procedencia, será en los supuestos que la legislación penal procedimental, local o federal –según competencia y jurisdicción de la autoridad respecto al delito. Se puede optar por un MASC desde el inicio del procedimiento penal y hasta antes de dictado el auto de apertura a juicio o antes de que se formulen las conclusiones; subordinándose también, a lo dispuesto por la legislación procedural penal aplicable.<sup>21</sup>

Existe la posibilidad de que una vez elegido el mecanismo alternativo, se opte por uno diferente, en caso de que no se hubiese logrado la solución de la controversia y las partes estén de acuerdo. El Facilitador podrá sugerirles que recurran a uno diverso.<sup>22</sup> Los derechos procesales que se pueden hacer valer por otras vías jurídicas quedan a salvo. Es así que cuando no se alcance acuerdo o este no resuelva todas las cuestiones del conflicto, los intervenientes

---

18 Artículo 9. Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.

19 Artículo 4. Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.

20 Artículo 27 y 29. Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.

21 Artículo 6. Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.

22 Artículo 30. Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.

conservarán sus derechos para resolver la controversia mediante las acciones legales que procedan.<sup>23</sup>

El acuerdo celebrado entre los intervenientes será válido y exigible en sus términos. Corresponde al Ministerio Público o al Juez aprobar el cumplimiento del acuerdo, en cuyo caso resolverá de inmediato sobre la extinción de la acción penal o el sobreseimiento del asunto, según corresponda. La resolución emitida por el Juez tendrá efectos de sentencia ejecutoriada. El incumplimiento del Acuerdo dará lugar a la continuación del procedimiento penal.<sup>24</sup>

Se dará por concluido anticipadamente el MASC cuando:

- 1) Algún interveniente así lo decida;
- 2) Exista inasistencia injustificada de algún interveniente, a más de una sesión;
- 3) El facilitador constate que los intervenientes mantienen posiciones irreductibles que impiden continuar con el mecanismo y se aprecie que no se arribará a un resultado que solucione la controversia;
- 4) Exista comportamiento irrespetuoso, agresivo o con intención notoriamente dilatoria del mecanismo alternativo;
- 5) Haya un incumplimiento del Acuerdo entre los Intervinientes, y,
- 6) Lo establezca la legislación sobre la materia.<sup>25</sup>

Destaca de la legislación en comento, dos aspectos fundamentales para dar practicidad y efectividad al trabajo realizado en los MASC. Se trata de la creación del área de seguimiento dentro de la institución especializada en los MASC (Órgano), y la creación de una base de datos nacional. El área de seguimiento tiene como función primordial monitorear e impulsar el cumplimiento de los Acuerdos alcanzados, está facultada para realizar apercibimientos; visitas de verificación; llamadas; entrega de pagos, bienes y documentos; realizar citaciones; enviar comunicaciones, todo con respecto a los intervenientes obligados en el acuerdo. Por otra parte, cada órgano deberá realizar una base de datos con la información de los asuntos a su cargo, esta información alimentará la base de datos nacional.<sup>26</sup>

Después del análisis de las disposiciones de esta nueva ley, concluimos que la expedición de un cuerpo normativo de esta naturaleza aporta en mucho para acelerar la implementación integral del nuevo sistema de justicia penal en el

---

23 Artículo 31. Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.

24 Artículos 33, 34 y 35. Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia Penal.

25 Artículo 32. Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.

26 Artículos 36 y 43. Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.

país (que debe estar completamente en operación a más tardar en junio del año 2016). Más allá del factor tiempo como apremiante, debe considerarse la celeridad en los procesos penales, certeza jurídica, transparencia, eficiencia y eficacia, como las necesidades que la ciudadanía clama y exige de este nuevo modelo acusatorio. Son precisamente estas necesidades las que hacen inaplazable la instauración completa de las reformas del año 2008.

Con una legislación de esta naturaleza, se destaca el cambio de paradigma, de una cultura contenciosa a una cultura de diálogo en la búsqueda de solución, sobre todo en estos momentos que México clama por una sociedad más pacífica y por instituciones y autoridades apegadas al estado de derecho.

La expedición de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal da un aliento renovador al sistema de justicia penal. Se trata de un cambio cultural para operadores jurídicos pero también para los ciudadanos a quienes se les reconoce como partícipes en la construcción de la solución a su conflicto. La legislación sobre MARC's permite al sistema jurídico penal ser incluyente con las personas de carne y hueso que sufrieron en su persona los efectos de ciertos delitos, y otorga la posibilidad al responsable de asumir las consecuencias y ser parte de la solución.

La expedición de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, representa la oportunidad de resolver casos en los que el sistema penal judicializado no ha reparado mucho en atender, porque no los considera de gran importancia para el sistema de justicia penal, no obstante, conforman parte de esos pequeños problemas que generan exponencialmente otros de mayor impacto. Se trata por ejemplo, de casos penales en los que están involucrados jóvenes, bullying, violencia entre vecinos, percances menores entre vehículos, entre otros.

Permitir la mediación, la conciliación y las juntas restaurativas en materia penal como mecanismos alternativos a los tradicionales procedimientos contenciosos, despresurizarán al sistema, contribuirán a erradicar los vicios del sistema inquisitorio, promoverán un cambio cultural al hacer responsables a quienes infrinjan la ley en determinados supuestos, reduciendo con ello la violencia y criminalidad que actualmente agobian a la sociedad mexicana.

Consideramos el actual texto de la ley afortunado, con algunas áreas de oportunidad, tales como el artículo 12 sobre la reconsideración, en caso de que la autoridad (Órgano) no estime procedente el conflicto penal a un MARC's, toda vez que no queda claridad de quien puede solicitarla. Cabe destacar también como un gran acierto y elemento de avanza, el incluir en la legislación a las

Juntas Restaurativas, no cabe duda que la comunidad resulta afectada en caso de una controversia penal y puede, por lo tanto, ser fundamental en la solución del problema. Quedará en las legislaciones estatales, la responsabilidad de normar a detalle la manera, quiénes y cómo habrán de participar en la construcción de la solución, en caso de proceder este mecanismo alternativo. En lo general, consideramos adecuada la forma en que esta ley de carácter nacional, regula su objeto.

Destacamos también, que acertadamente se pudo excluir ciertos aspectos que coactaban la agilidad de los MARC's, por ejemplo, en el primer proyecto de dictamen que surgió de las comisiones dictaminadoras en el Senado de la República, se mencionaba como requisito de procedencia que los involucrados no hubieran sido sujetos en otro procedimiento similar por los mismos hechos. En un principio se argumentó que los objetivos eran evitar el abuso de esta vía de la justicia, así como su uso como excusa para abstraerse de una sanción. Reiteramos que la rectificación de eliminar esta disposición fue oportuna, de haberse conservado se hubiera limitado la operatividad de la ley, contrariando las razones originales de su creación pues lo que se busca con un ordenamiento de este tipo es la justicia restaurativa, más allá de la sanción, fomentar la responsabilidad y no crear culpa, vergüenza y estigma social en el responsable.

## Conclusiones

1. Los mecanismos alternativos de solución de controversias, forman parte de la cultura de la paz, privilegia los resultados sobre los procedimientos legales. Junto con la justicia restaurativa forman parte de este concepto y ofrece soluciones orientadas a la reparación, desjudicialización y el diálogo entre los directamente involucrados en un conflicto.
2. En México, la reforma del 18 de junio de 2008, incorporó al sistema de justicia penal la justicia restaurativa. En el artículo 18 constitucional se incorporaron los mecanismos alternativos de solución de controversias y con ello los acuerdos reparatorios.
3. Con la expedición en 2014 de la Ley Nacional en Materia de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal se establece la conciliación, mediación y las juntas restaurativas, como mecanismos alternativos y auxiliares a los procesos contenciosos.
4. Son principios básicos de los mecanismos alternativos la voluntariedad, la información, la confidencialidad, la flexibilidad y la simplicidad, la imparcialidad, la equidad y la honestidad.

5. Los MASC serán procedentes en los casos previstos por la legislación aplicable y podrá ser usado desde el inicio del procedimiento penal y hasta antes de dictado el auto de apertura a juicio o antes de que se formulen las conclusiones.
6. La LNMASCmp busca contribuir a reducir costos, tiempos en los proceso penales, además, puede auxiliar en la despresuración del sistema penitenciario (sobre población), tendrá incluso, efectos educativos y preventivos.
7. Con la ley en comento, se otorga a las partes la posibilidad de participar de manera directa en la resolución de las consecuencias derivadas de la comisión del delito, buscando con ello la reparación del daño causado y la restitución a la víctima u ofendido.
8. Las legislaturas locales habrán de adecuar su legislación a la ley nacional, lo que logrará una verdadera homogeneización y consolidación de la práctica de los MASC como mecanismos de cultura para la paz.
9. En este trabajo se detectaron algunas áreas de oportunidad en la legislación aprobada recientemente en materia de MASC, no obstante, su expedición representa importantes beneficios y pasos firmes en la consolidación de manera integral de la importante reforma constitucional en materia de justicia penal del año 2008.
10. Con una legislación de esta naturaleza, se destaca el cambio de paradigma, de una cultura contenciosa a una cultura de diálogo en la búsqueda de solución, sobre todo en estos momentos que México clama por una sociedad más pacífica.

## Bibliografía

- BELLOSO MARTÍN, Nuria, "El paradigma conflictivo de la penalidad la respuesta restaurativa para la delincuencia" en Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho, no. 20, 2010.
- DIAZ MADRIGAL, Ivonne N., La mediación en el sistema de justicia penal: justicia restaurativa en México y España, Serie Juicios Orales, no. 9, IIJ-UNAM, Mexico, 2013.
- GALAIN PALERMO, Pablo, "Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces", en *Revista penal*, no 24, 2009.
- Instituto Nacional de Ciencias Penales, *Oralidad en el proceso y justicia penal alternativa. Jornadas Iberoamericanas*, México, INACIPE, 2003.
- MIRANDA PEREIRA, "Sanções e medidas de execução na comunidade. A importância dos relatórios socias e a reforma do Código de Processo Penal. Política Criminal em vigor: metas e realidade e a necessidade de um conceito abrangente de prevenção", en *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 8, fas. 3, Julho-Setembro 1998.
- ROBBINS, Stephen P., Comportamiento Organizacional, Conceptos, Controversias y Aplicaciones, Cap. XIII, Edit. Prentice Hall, Sexta Edición, 1994.
- WRIGHT, Martín "Derecho, Justicia y la idoneidad para su fin: hacia una respuesta restaurativa para la delincuencia" (Conclusiones del I Congreso internacional sobre Justicia restaurativa y Mediación Penal, Dimensiones teóricas y repercusiones prácticas", celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos (España) entre los días 04 y 05 de marzo de 2010).

## Bibliografía complementaria

- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Lima-Perú, Edit. Santa Rosa, 2000, p.70; y VILLA STEIN, Javier, *Derecho Penal. Parte General*. Edit. San Marcos. Lima-Perú, 1998.
- GALAIN PALERMO, Pablo, "Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces", en *Revista penal*, no 24, 2009.
- GONZÁLEZ, CANO, Isabel, "La mediación penal en España", en AA.VV., BARONA, Vilar (Dir.) *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- JOHNSTONE/VAN NESS, *The meaning of restorative justice*, JOHNSTONE/VAN NESS (eds.), *Handbook of Restorative Justice*, Willan Publishing, USA-Canadá, 2007.

MANZANARES, SAMANIEGO, J. L., *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Granada: Comares, 2007.

### Fuentes electrónicas

<http://es.scribd.com/doc/55848719/Acta-53-243>

<http://www.euforumrj.org/Activities/conferences.htm>

[http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/62/2/2014-03-06-1/assets/documentos/Ini\\_Ejecutivo\\_Federal\\_Controversias\\_Penales.pdf](http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/62/2/2014-03-06-1/assets/documentos/Ini_Ejecutivo_Federal_Controversias_Penales.pdf)

[http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Audiencias\\_Mat\\_Penal/Audiencias\\_MP\\_Dictamen.pdf](http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Audiencias_Mat_Penal/Audiencias_MP_Dictamen.pdf)

[http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5377563&fecha=29/12/2014](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5377563&fecha=29/12/2014)

[www.inacipe.gob.mx](http://www.inacipe.gob.mx)

# Prospección del enfoque *seguridad* en la política criminal en México\*

Alan Jair García Flores \*\*

**RESUMEN:** La seguridad es una tarea delicada para todos los estados modernos, sin embargo, la creación de políticas de seguridad pública es extremadamente delicada ya que su ámbito implica brindar protección a los gobernados o, en su caso, producir violaciones de los derechos humanos de los gobernados. Las autoridades estatales deben tener cuidado para estructurar con precisión el diseño de estas políticas criminales bajo un enfoque *ad hoc* para la solución de problemas públicos bajo una perspectiva de derechos humanos a la posición dentro de los parámetros de un Estado democrático de Derecho.

**Palabras clave:** Política pública, seguridad, derechos humanos, Estado.

**SUMARIO:** Introducción. 1. Prolegómeno de la seguridad. 2. Modalidades de la seguridad en México. 3. Aproximaciones al concepto de política pública. 4. Políticas públicas tradicionales VS Políticas públicas con perspectiva de derechos humanos. 5. Reflexión final. Fuentes de consulta.

## Introducción

La seguridad como aspiración esencial del ser humano se ha posicionado como una constante en desde épocas remotas, en cuya virtud han surgido infinidad de acuerdos para satisfacer tan delicada necesidad.

La exigencia de organización llevó al hombre a subordinarse ante una entidad denominada “Estado” que vigilara la efectiva protección que los gobernados exigían (versión contractualista del origen del Estado), sin embargo con el

**ABSTRACT:** Safety is a delicate task for every modern state, however the creation of public security policies is extremely delicate because its scope involve providing protection to the governed or, if applicable, produce violations of human rights of the governed. State authorities should be careful to structure precisely the design of these criminal policies under an *ad hoc* approach to solving public problems under a human rights perspective to the position within the parameters of a democratic state of Law.

**Keywords:** Public policy, security, human rights, state.

\* Artículo recibido el 27 de enero de 2015 y aceptado para su publicación el 25 de febrero de 2015.

\*\* Doctor en Derecho y Maestro en Derecho Penal. Asesor Jurídico de la Sección 56 del SNTE y Catedrático de la Escuela de Derecho de la Universidad de Xalapa.

paso del tiempo, las necesidades del hombre y la efectividad de las acciones estatales para brindar solución a los reclamos de sus habitantes fueron cuestionables, a tal grado que es el propio Estado quien en su afán de garantizar un ambiente de seguridad, recurre a políticas basadas en un fuerte contenido represivo que contempla medios legales e incluso ilegales que vulneran los derechos humanos, de quienes en teoría, deberían ser su principal elemento de protección.<sup>1</sup>

Así las cosas, conviene señalar que los Estados modernos han determinado el empleo de diversas políticas públicas para afrontar la criminalidad partiendo de un contenido represivo que provoca graves daños colaterales a los gobernados, sin embargo, se advierte que el marco contextual de un determinado problema influye de manera crucial en la generación de una política pública, en razón de que no todo tipo de política resulta pertinente para cualquier clase de problema sea su contexto basado en el ámbito político, cultural, económico o social. Es por esto que la elección de una política pública resulta delicada y debe ser cuidadosamente diseñada atendiendo a las circunstancias particulares que cada tiempo y lugar en el Estado específico ofrece, en virtud de que la acción misma será llevada a cabo a través del gobierno para y por sus gobernados.

Siguiendo esta misma línea argumentativa, Del Castillo y Méndez señalan que debido al carácter multi-metódico de las políticas públicas, éstas tienen como propósito recuperar y sistematizar información útil en la asimilación y comprensión de un problema y su debida solución. La interacción de métodos y perspectivas de ciencia, permiten comprender los alcances de cada problema y a su vez, valorar la información que poseen para generar soluciones racionales, factibles y enfocadas a resolver los conflictos públicos.

El enfoque de políticas públicas en la toma de decisiones gubernamentales tiene la labor de contribuir a la certidumbre y científicidad de la decisión adoptada, toda vez que incorpora técnicas y métodos de generación del conocimiento para elegir la opción idónea de resolver un problema público, mediante el diseño, implementación y evaluación de políticas, mismas que ostentan tres importantes características: están orientadas a la solución de problemas, se encuentran contextualizadas y tienen un carácter multi e interdisciplinario y multi-metódico.<sup>2</sup>

---

1 BECK, U., *Libertad o Capitalismo (Conversaciones con Johannes Willms)*, España, Paidós, 2002, 224 p.

2 EL CASTILLO ALEMÁN, G. y MÉNDEZ DE HOYOS, I., *Introducción a la teoría de las políticas públicas*, México, Flacso, 2010, p. 8.

No obstante lo anterior, el Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2013-2018, proclama un argumento en materia de seguridad que resulta delicado en sí mismo pues plantea una política pública con enfoque de seguridad nacional bajo los siguientes términos:

[...] El Estado mexicano, en su aspiración por tutelar e impulsar los intereses estratégicos nacionales, deberá atender todos aquellos factores que puedan vulnerar el elemento humano del Estado [...en razón de lo cual] al ampliar el concepto de Seguridad Nacional en el diseño de las políticas públicas de nuestro país, se podrán atender problemáticas de naturaleza diversa a las estrictamente relacionadas con actos violentos que vulneran los derechos fundamentales de la población mexicana. [...] De este modo, se debe transitar hacia un modelo de seguridad nacional más amplio [...] y de] carácter multidimensional [...] bajo la observancia de los principios de legalidad, objetividad, eficacia, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos.<sup>3</sup>

En este sentido, el PND 2013-2018, sostiene un trasfondo de seguridad pública en la actuación estatal, toda vez que los principios en referencia corresponden a esta modalidad de la seguridad, en virtud de lo establecido por el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra reza: “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”.

Amén de lo anterior, el PND 2013-2018 adopta como amenaza de seguridad nacional todo aquél factor que sin importar su procedencia humana o natural pueda causar un daño al gobernado en materia económica, política, jurídica, sanitaria, social, entre otras que propiamente, corresponde al ámbito de la seguridad humana y no a la nacional. En este sentido, el gobierno federal del Presidente Peña Nieto no distingue correctamente los alcances de estas modalidades de seguridad, optando por un esquema de seguridad nacional bajo los parámetros de seguridad humana pero con principios de seguridad pública.

Las repercusiones de un mal diseño de política pública son factor fundamental para su fracaso –aunque no es siempre el único– sin embargo, en el caso de la política criminal, las consecuencias de una mala estructuración del problema y del enfoque de la política criminal puede provocar severos daños colaterales tales como vulneración de los derechos humanos de los gobernados.

---

<sup>3</sup> Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, Pp. 29-31.

## 1. Prolegómeno de la seguridad

La seguridad proviene del vocablo latino *securitas* o *securitatis* que significa seguro o a salvo, así pues en palabras de Fernández la seguridad constituye un preciado anhelo del ser humano que se origina debido a su necesidad de estar protegido de todo daño, peligro o amenaza que provenga de cualquier tercero o de la naturaleza, asimismo, representa uno de los valores que constituyen la piedra angular que solventa el Estado de Derecho, situación que implica no sólo una imperiosa ambición sino también una real y efectiva cesión de derechos y libertades en pro de conseguir un disfrute pacífico de las prerrogativas que se reservan los propios gobernados.<sup>4</sup>

Con respecto a lo precisado con antelación, se advierte fácilmente la presencia del postulado de la *teoría del origen contractualista del Estado*, basada en la obra de Juan Jacobo Rousseau<sup>5</sup> la cual implica un verdadero pacto entre los individuos para crear una entidad jurídica que los protegiera a través de las facultades conferidas a ésta por la cesión de libertades de los propios hombres. La obra anterior encuadra dentro de la primera modernidad de la relación política de la sociedad señalada por Ulrich Beck<sup>6</sup> según la cual se evidencia la obligación del Estado de brindar seguridad a los ciudadanos y el derecho de éstos de exigirla.

La seguridad emerge como un indiscutible valor fundante del Estado democrático, pues comprende un deslinde de las potestades de los gobernantes emanados de la voluntad popular, así como las libertades de los propios gobernados que expresan sus decisiones a través de la ley, por lo que ésta configura un verdadero elemento de seguridad.<sup>7</sup>

En este orden de ideas, es importante determinar que el Estado de derecho se presenta si, y sólo si, las autoridades se someten indiscutiblemente al imperio de su derecho vigente, en virtud de lo cual se demuestra su apego y respeto a la norma, postulado que requiere hacerse efectivo en el escenario de seguridad y el respeto de los derechos humanos de los gobernados, más allá de su sola posi-

---

4 FERNÁNDEZ RUÍZ, J., "Reflexiones en torno a la seguridad" en CISNEROS FARÍAS, G.; FERNÁNDEZ RUÍZ, J. y LÓPEZ OLVERA, M. A. (Coord.), *Seguridad Pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, México, UNAM, 2007, p. 8.

5 ROUSSEAU, J. J., *El contrato social*, México, Santillana, 2012, 176 p.

6 BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, España, Paidós, 2006, 393 p.

7 GARCÍA RAMÍREZ, S., "En torno a la seguridad pública. Desarrollo penal y evolución del delito" en PEÑALOZA, P. J. y M. A. GARZA SALINAS, *Los desafíos de la seguridad pública en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, PGR, Universidad Iberoamericana, 2002, pp. 83-89.

tivización a través de la propia Constitución Federal, ordenamiento que en su numeral 1º, párrafo II aduce que:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley (Art. 1, parr. III de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

Partiendo de lo esgrimido con antelación, se avista la presencia de un ordenamiento *ad hoc* a un Estado democrático, institución que se forja en dos importantes sucesos de finales del siglo XVIII: la Revolución Americana y la Revolución Francesa, sin embargo, fue precisamente en la Declaración Francesa de 1789, que se estableció la seguridad como un derecho natural que el hombre posee por su simple esencia, mismo que no debe ser simplemente positivizado en el marco jurídico mexicano, sino además, llevado a la parte operativa. Punto de partida que requiere de la participación de la ciudadanía en el ciclo de vida de las políticas públicas de seguridad que son esgrimidas por y para ella, alejándose así de la visión de un Estado paternalista.

Así pues, se incorpora el concepto de Estado Democrático de Derecho, según el cual para concretar la existencia y el funcionamiento efectivo de la democracia, la protección de los derechos humanos y la supremacía constitucional, se requiere dotar al Estado de un marco constitucional que establezca y permita el control del poder de manera que los diversos poderes puedan limitarse mutuamente mediante su división y distribución.<sup>8</sup>

De tal guisa, en un Estado Democrático de Derecho convergen elementos trascendentales, verbigracia la presencia de una Constitución Federal como ordenamiento supremo aplicable a los gobernados; un régimen político democrático; el respeto de los derechos humanos de los gobernados no sólo por parte de las autoridades sino también de los particulares; y, el control del poder que impide el abuso del poder por las autoridades.

---

<sup>8</sup> BREWER CARÍAS, A. R. *Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del estado democrático de derecho: defensa de la constitución, control del poder y protección de los derechos humanos*. Encuentro de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales de Centroamérica y República Dominicana. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2007.1/pr/pr5.pdf>

## 2. Modalidades de la seguridad en México

La seguridad se concibe como un elemento nuclear de las relaciones humanas, razón por la que resulta indispensable abordar sus diversas aristas, tarea que constituye una pieza clave dentro la presente escrito.

La primera modalidad de la seguridad genérica es la seguridad jurídica, misma que prevé a la seguridad como piedra angular de la convivencia social y parte esencial del Estado moderno a través del Derecho, por lo que se puede afirmar que tanto el Derecho como el Estado comparten un supuesto inseparable: la seguridad jurídica. Al respecto, Delos, citado por Fur, la define como "la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos y si éstos llegasen a producirse, le serán aseguradas por la sociedad protección y reparación."<sup>9</sup>

La segunda modalidad de la seguridad genérica, se presenta a través de la seguridad individual, ésta ha constituido una antiquísima aspiración del ser humano, anhelo que estriba en la plena convicción de la protección del hombre siempre que éste respete los derechos de su prójimo pues se traduce en una obediencia irrestricta a la esfera jurídica individual de sus semejantes.<sup>10</sup>

La tercera modalidad de la seguridad genérica es la seguridad pública, contemplada primeramente como un derecho de los gobernados que se encuentran bajo el imperio de un Estado; sin embargo, se identifica como una obligación propia de aquél, a través de la cual, el derecho de los gobernados antes señalado podrá cristalizarse. Al respecto, Díez, citado por Fernández sostiene que la seguridad pública es presentada tanto como una función del Estado como un servicio público, situación que debe ser aclarada pues se atribuye al modo originario de manifestación de la soberanía de un Estado, desprendiéndose con ello los tres poderes de la Unión así como sus respectivas características y atribuciones<sup>11</sup>.

La cuarta modalidad de la seguridad genérica es la seguridad nacional, ésta comprende acciones encausadas por el Estado en función de la salvaguarda de sus órganos e instituciones, frente a los peligros y daños que constituyen las agresiones o movimientos subversivos de naturaleza interna, panorama que

9 FUR, L. L., *Los fines del Derecho*, 4<sup>a</sup> ed., Trad. D. Kuri Breña, México, UNAM, 1967, p. 47.

10 FERNÁNDEZ RUIZ, J., "Reflexiones en torno a la seguridad" *Op. Cit.*, p. 80.

11 *Ibidem*, p. 81-84.

implica la intervención de la totalidad de las fuerzas armadas permanentes, es decir, del ejército, marina y fuerza aérea.<sup>12</sup>

La quinta modalidad de la seguridad genérica reside en la seguridad ciudadana, misma que tiene como objetivo primordial que el Estado garantice el pleno goce de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en particular, de aquellos que permiten desarrollar y salvaguardar su integridad personal, sus derechos cívicos y el goce de sus bienes.”<sup>13</sup>

La sexta modalidad es la denominada seguridad humana, concebida como aquélla cuyo objetivo prioritario tiende a resguardar el pleno goce de los derechos humanos, observados como guía y límite para la intervención del Estado y en particular, de aquéllos principios que garantizan la participación ciudadana, la rendición de cuentas y la no discriminación, así como la salvaguarda de un Estado Constitucional de Derecho y de un estándar mínimo o razonable de bienestar en materia de salud, educación, vivienda, ingreso, etcétera.<sup>14</sup>

Bajo esta modalidad de seguridad conviene señalar que se busca la protección integral de la persona, es decir, resguardarla de toda amenaza sea de carácter jurídico, económico, social, entre otros, en razón de ello no debe asimilarse con la seguridad ciudadana, puesto que ésta es la especie y aquélla es el género. Así las cosas, un rubro importante de la seguridad humana es la protección contra la violencia a través de la seguridad ciudadana.

El estudio de cada una de las modalidades de la seguridad genérica permite distinguir sus elementos esenciales para arribar a la adopción de un enfoque claro y concreto en la política criminal del Estado mexicano en aras de brindar certeza jurídica a sus gobernados.

---

12 BRITO CHECCHI, M. R., “Del régimen jurídico de la seguridad jurídica o, antes bien, de la inseguridad del régimen jurídico de la seguridad pública ¿Cuestión de compromiso?” en CISNEROS FARIAS, G.; FERNANDEZ RUÍZ, J. y LÓPEZ OLVERA, M. A. (Coord.), *Seguridad Pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, México, UNAM, 2007.; JIMÉNEZ BENÍTEZ, W. G., “El enfoque de los derechos humanos y las políticas públicas”, *Revista electrónica de difusión científica*, Colombia, año 7, num. 12. 2007, Pp. 68-71; LÓPEZ CHAVARRÍA, J. L., “Desarrollo evolutivo de la Ley de Seguridad Nacional” en CISNEROS FARIAS, G.; FERNÁNDEZ RUÍZ, J. y LÓPEZ OLVERA, M. A. (Coord.), *Seguridad Pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, México, UNAM, 2007, Pp. 169-191.

13 Lineamientos de Política Nacional de Prevención Social de la violencia, delincuencia y Participación Ciudadana, 2011, p. 12.

14 OLVERA RIVERA, A.; ZAVALET BETANCOURT, A. y V. ANDRADE GUEVARA, *Veracruz en crisis. La sociedad civil realmente existente: corporativismo sindical y campesino, movimientos indígenas y actores civiles*, Vol. IV, México, Universidad Veracruzana, Editora del Gobierno del Estado de Veracruz, CONACyT, FOMIX, 2010, 207 p.; CARRANZA, E., “Situación del delito y de la seguridad de los habitantes en los países de América Latina” en CARRANZA, E., (Coord.), *Delito y seguridad de los habitantes*, 2<sup>a</sup> ed., México, Siglo XXI Editores, 2005.

### 3. Aproximaciones al concepto de políticas públicas

La sociedad enfrenta una serie de problemas en el devenir de su vida cotidiana que atentan contra la armonía al interior de un Estado, sin embargo éste debe buscar estrategias para sortearlos en pos de continuar con la tranquilidad de los gobernados, es entonces que surge la idea de las políticas públicas, término que se introdujo con el texto de Harold D. Laswell, intitulado *La orientación hacia las políticas públicas*, y que fuera publicado en 1951.

El marco contextual de la obra resulta de cardinal importancia para avistar el trasfondo de tan importante investigación, toda vez que habiendo culminado la Segunda Guerra Mundial, ante la consolidación del bloque socialista en la mitad de Europa y bajo los albores del primer conflicto bélico que originó la Guerra Fría, es decir, la Guerra de Corea; se propicia una discusión acerca de los retos del capitalismo democrático estadounidense sobre la conveniencia de mantener un modelo estatal centralizado que rige la producción y la distribución de los bienes a la población.<sup>15</sup>

De tal guisa, Laswell ofreció un planteamiento sobre la manera en que se debía afrontar la difícil situación por la que atravesaba Estados Unidos, circunstancia que se advierte a través de lo que éste señaló como “las ciencias políticas de la democracia”, a saber:

La tradición norteamericana dominante defiende la dignidad del hombre, no la superioridad de una clase sobre otra. Es por ello que puede vislumbrarse que todo el énfasis se pondrá en el desarrollo del conocimiento que permita la realización más completa de la dignidad humana. Llamémosle a esto, por conveniencia, el desarrollo de las ciencias políticas de la democracia (Policy sciences of democracy).<sup>16</sup>

La postura de Laswell, se encaminó bajo una directriz política, ideológica y cultural al referir la preocupación sobre la permanencia de un régimen de gobierno que se ocupara de afrontar los problemas que existían en ese entonces, así pues se formuló una pregunta que marcó el inicio de la discusión acerca de las políticas públicas, es decir, ¿Cuál es el mejor y más eficiente régimen gubernamental? Fue necesario estructurar un enfoque de políticas públicas sustentado en el desarrollo científico-causal y, la creación de novedosas y eficientes versiones de éstas que permitieran pugnar por la legitimidad de las políticas demo-

15 OACNUDH. (2010). *Políticas públicas y presupuestos con perspectiva de derechos humanos. Manual operativo para servidoras y servidores públicos*, México, Autor, 60 p.; VÁZQUEZ, D. y DELAPLACE, D., *Políticas públicas con perspectiva de derechos humanos*, México, Flacso, 2011, Pp. 35-37.

16 LASSWELL, H., “La concepción emergente de las ciencias de políticas” en AGUILAR VILLANUEVA, L. F., *Estudio de las políticas públicas*, México, Porrúa, 1992, p. 93.

cráticas capitalistas sobre las socialistas; bajo la salvedad que advierte la experiencia acerca del riesgo que ofrece el instaurar una política pública poco acertada.<sup>17</sup>

No obstante la interesante discusión ideológica que significó el origen de las políticas públicas, la atención se focalizó en el objetivo ulterior que contemplan las mismas, es decir, el por qué y para qué se desarrollan. Ante ello sólo se puede argumentar: brindar racionalidad a las acciones gubernamentales. Toda vez que la consecución del bienestar público simboliza el eje rector de la actividad estatal, ya que al ser una labor realizada con recursos públicos, los objetivos de aquélla deben versar sobre la obtención del mayor bienestar posible de la forma más eficiente, a través de los diversos objetivos, mecanismos y procedimientos que para tal efecto se generen.<sup>18</sup>

Existen dos importantes elementos que no se deben de perder de vista dentro de las políticas públicas: primeramente, se abocan a revisar los procesos de toma de decisiones por parte de las autoridades estatales y en segundo lugar, tienden a analizar, valorar y perfeccionar la racionalidad con la que gestan dichos procesos.

Así pues, si por racionalidad en la toma de decisiones gubernamentales se considera una serie de características esperadas, tales como eficiencia, eficacia, economía, productividad y oportunidad, entonces cabe sentenciar que una política pública racional debe ser aquélla que contemple los anteriores atributos.<sup>19</sup>

La racionalidad de las decisiones gubernamentales debe a su vez, contar con tres importantes elementos para su estructuración, a saber:

- La pertinencia de la investigación en función de la toma de decisiones.
- La conveniencia de la formación de recursos humanos en la investigación para la correcta toma de decisiones.
- La profesionalización de las personas que laboran en el sector gubernamental.<sup>20</sup>

17 OACNUDH. (2010). *Políticas públicas y presupuestos con perspectiva de derechos humanos. Manual operativo para servidoras y servidores públicos*, México, Autor, p. 13; VÁZQUEZ, D. y DELAPLACE, D., *Políticas públicas con perspectiva de derechos humanos*, México, Flacso, 2011, Pp. 37-43.

18 PÉREZ GÓMEZ, E., *El diseño y la implementación de las políticas públicas asociadas al enfoque de derechos humanos: una asignatura pendiente en la agenda gubernamental mexicana. El caso de los Programas Nacionales de DDHH*, Tesina de Maestría en DDHH y Democracia, México, Flacso, 2008, 112 p.

19 VÁZQUEZ, D. y DELAPLACE, D., *Políticas públicas con perspectiva de derechos humanos*, Op. Cit., Pp. 43-48.

20 DEL CASTILLO ALEMÁN, G. y MÉNDEZ DE HOYOS, I., *Introducción a la teoría de las políticas públicas*, México, Flacso, 2010, p. 10.

A los precitados elementos de políticas públicas –el proceso de toma de decisiones y la racionalidad– se debe añadir que éstas tienen por objeto resolver un problema que se considera público, es decir un conflicto para toda la comunidad. En tal virtud, la política pública tiene por objeto afrontar y resolver un problema público de forma racional a través de un proceso de acciones gubernamentales.

Las políticas públicas para Laswell, se refirieron al estudio que se ocupa de explicar “los procesos de elaboración y ejecución de las políticas públicas y de la recopilación de datos y de la producción de interpretaciones relevantes en los problemas de políticas”<sup>21</sup> bajo este enfoque Laswell, se interesó en el proceso de toma de decisiones gubernamentales basadas en la perspectiva en que se erigía.

En su caso, el Estado mexicano inició el fomento de las políticas públicas a finales de los años 80’s y principios de los 90’s, con la creación de la Maestría en Políticas Públicas del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) en 1998.<sup>22</sup>

Los años ochenta, significaron una grave crisis política en México debido al desplome del arreglo político y el modelo económico instaurado cuatro décadas atrás, bajo los mandatos de los ex Presidentes Cárdenas y Alemán. Ante esta delicada etapa, surgió una propuesta democratizadora del régimen, su reclamo se centró en la inconformidad intelectual y política del país a causa de la crisis, así pues su nota distintiva radicaba en el limitado entendimiento del proceso democratizador inspirado en las tesis convencionales de la transición democrática que se tradujo en la idealización de que un proceso democratizador, una transición y una alternancia representaban sinónimos, así pues la atención se centró en un proceso electoral, dejando de lado la construcción del orden constitucional ad hoc a un régimen democrático, labor que fue denominada reforma política del Estado.<sup>23</sup>

En México, el objetivo del surgimiento de las políticas públicas se advirtió en el estudio del proceso que seguía el gobierno en la toma de decisiones, la manera en que las formulaba e implementaba con el fin de elevar la calidad –racionalidad– de la decisión gubernamental, evitando el retroceso hacia la crisis y la sustentación a una democracia eficiente que acreditara capacidad de gobierno. Así las cosas, el fin ulterior, radicó en intentar entender las razones por las cuales

21 LASSWELL, H., “La concepción emergente de las ciencias de políticas” *Op. Cit.*, p. 110.

22 AGUILAR VILLANUEVA, L. F. “Recepción y desarrollo de la disciplina de política pública en México. Un estudio introductorio”, *Revista Sociología*, México, año 19, num. 54, 2004, p. 30.

23 *Ibidem*, p. 16.

les los gobernantes habían tomado tal o cual decisión con resultados catastróficos para el país y dar pie a esgrimir estrategias para corregir el proceso de decisión con lo que evitarían las recaídas en crisis, así como la dotación al país de un gobierno más informado y analítico sobre la formulación de sus problemas, la valoración de sus estrategias de solución y la asignación de recursos.<sup>24</sup>

En palabras de Aguilar, posterior a la crisis fiscal de 1982 y la fallida restauración presidencial del gobierno de Miguel de la Madrid, la decisión gubernamental ocupó el centro del interés intelectual y político, puesto que existía la premisa de que un sistema político presidencial era propenso a cometer errores, no reconocerlos, remediarlos o aprender de ellos. Ante esto, se vislumbraba la posibilidad de adoptar un gobierno democrático que implicaba controles entre los poderes públicos y los ciudadanos, la competencia política y las sanciones electorales periódicas que permitiesen considerarlo como una forma con capacidad superior de gobierno al presidencialismo.

El programa disciplinario y profesional de las políticas públicas en México, puso en el centro la decisión gubernamental, al evidenciar su ineficiencia económica y tergiversación de su naturaleza pública, esto “aspiró a contribuir con la elevación de la calidad de la decisión del gobierno, reconstruir su calidad pública (institucional y ciudadana), y reconstruir su calidad financiera y directiva.”<sup>25</sup>

La consideración bajo la cual surgió en México el concepto de política pública resulta interesante, sin embargo existe gran confusión con los alcances temporales que una política pública posee, ello en atención a las pretensiones vertidas al interior de las mismas.

Ahora bien, por cuanto hace al importante término de políticas públicas, resulta necesario apuntalar la diferencia entre la política de Estado y la política de gobierno, en virtud de que aquélla se concibe como todo lo que un gobierno desea implementar de manera permanente, prolongándose en el tiempo sin que su continuidad se vea amenazada por diversos cambios que contemple la administración pública. Asimismo, posee como elemento primordial a la participación ciudadana y con ello, el interés fundamental en el modelo de gobernanza es obedecido por la política de Estado, ante esto aquél debe conservarse de forma permanente; mientras que la política de gobierno, posee una duración esti-

---

24 *Ibidem*, pp. 19-20.

25 *Ibidem*, p. 23.

mada en relación directa con la vigencia del gobierno en turno que la vio nacer, pues se origina en la agenda del propio gobierno.<sup>26</sup>

Cabe destacar que las políticas públicas y las políticas gubernamentales no son equivalentes, “puesto que en México, la política gubernamental designa estrategias de acción del gobernante en turno y/o sus empleados frente a determinados problemas de gobierno.”<sup>27</sup>

La confusión de los alcances de las políticas de Estado y las políticas de gobierno provocan severos problemas para la continuidad de las acciones emprendidas por la autoridad en aras de resolver el problema público, circunstancia que conlleva a vulnerar principios jurídicos como lo es el de legalidad, mismo que acredita cuando el Presidente Enrique Peña Nieto desatiende lo dispuesto por ordenamientos jurídicos, tal es el caso de los Lineamientos de Política Nacional de Prevención Social de Violencia, Delincuencia y Participación Ciudadana generados en 2011.

#### **4. Políticas públicas tradicionales vs Políticas públicas con perspectiva de derechos humanos**

Las políticas públicas han observado una evolución desde su origen que las llevaron de un enfoque tradicional hacia un enfoque con perspectiva de derechos humanos, así pues, conviene enunciar las particularidades de las políticas públicas tradicionales para conocer los parámetros que regían su estructura así como el lugar en que ubicaban al gobernado frente al Estado.

- Las políticas públicas tradicionales se orientan hacia el mejoramiento de los niveles de bienestar de las personas al considerarlas como beneficiarias de los programas sociales, con lo cual se advierten intereses corporativos anclados a instituciones de beneficencia y asistencia social, circunstancia que provocó que los partidos políticos forjaran en el rubro de asistencia social sus fundamentaciones ideológicas, frenando así el reenfoque el Estado hacia el cumplimiento de derechos humanos.
- De carácter patrimonialista, aducen el ideal de la moral sustentada en la religión como estandarte de su actuar, asimismo promueven la noción de jerar-

<sup>26</sup> FONDEVILA, G.; GARGARELLA, R.; GUTIÉRREZ, R.; Mejía, A.; MIJANGOS, J.; SERRANO, S. y VÁZQUEZ, D. (Coord.), *Guía de Estudio de la Materia: Seminario sobre Derechos Civiles. Maestría en Derechos Humanos y Democracia 2010-2012*, México, Flacso, 2010, 39 p.

<sup>27</sup> BAZÚA, F. y VALENTI, G., “Políticas públicas y desarrollo” en MASSÉ, C. E. y SANDOVAL, E. A. (Coord.), *Políticas públicas y desarrollo municipal: Problemas teórico-prácticos de la gestión pública y municipal*, México, Colegio Mexiquense y UAM, 1995, p. 53.

quía social del Estado que conlleva a evitar traspasar las fronteras de las reformas para lograr una dinámica estática que frena todo intento de desarrollo.

- Se extiende la actividad estatal como suplemento del mercado que asocia la participación a una coordinación funcional con la sociedad.
- Las políticas públicas tradicionales se encuentran diseñadas para focalizarse en aspectos específicos.
- Carecen de legitimidad real ante los ciudadanos, al basarse en el empleo excesivo de las racionalidades técnicas que se aplican en el espacio público.
- Se caracterizan por la existencia de poca claridad acerca de las obligaciones de los prestadores y la alta dependencia de su discrecionalidad.<sup>28</sup>

Así las cosas, las políticas públicas tradicionales reflejan un completo secretismo por parte de las autoridades gubernamentales, en virtud de que el Estado se erige como protagonista del ciclo de vida de la política pública y por ende, los gobernados son relegados a un simple plano pasivo dónde reciben los beneficios de los programas asistenciales que fungen como estandarte de la ideología política de los partidos políticos, evitando que se reenfoque el objeto de protección estatal hacia los derechos humanos y se obstaculice el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por México a través de la firma y ratificación de diferentes tratados.

La concepción tradicional de las políticas públicas respecto a su utilidad para conocer las causas por las que un gobierno elige determinadas decisiones en su afán de solucionar un problema a través del empleo de medidas, instrumentos o normas jurídicas, ha comenzado a difuminarse ante la presencia de las políticas públicas con perspectiva de derechos humanos.

Si bien el enfoque de políticas con perspectiva de derechos humanos nació formalmente a través de la Declaración de Viena sobre Derechos Humanos de 1993, la gestación de tan importante perspectiva ha sido un proceso largo que data de la última mitad del siglo XX, idealizado como resultado de transes polí-

---

28 GUENDEL, L., "Políticas públicas y Derechos Humanos". *Revista de Ciencias Sociales*. Costa Rica, num. 097, 2002, Pp. 105-125; MONTECINOS, E. E., "Límites del enfoque de las políticas públicas para definir un problema público", *Revista Cuadernos de Administración*, Colombia, año 20, num. 33, 2007, Pp. 323-335; CUNILL GRAU, N., "Las políticas públicas con enfoque de derechos y su incidencia en la institución pública". *Revista del CLAD. Reforma y Democracia*, Caracas, num. 46, 2010, 20 p.

ticos y sociales de índole global y regional que manifiestan una verdadera lucha por el derecho.<sup>29</sup>

Durante la última mitad del siglo XX se presentó un fenómeno de transformación en la figura del Estado y del Derecho, toda vez que con el establecimiento del Estado Social de Derecho provocado por dos Guerras Mundiales, se originó la conformación de un Estado de Bienestar, donde el principal actor fuera precisamente, el Estado bajo una visión patriarcal, racional y formal.

En ese orden de ideas, el Derecho se configuraba como un sistema racional-positivo, diferenciado e independiente de las necesidades económicas y sociales que sustentan su razón de ser, es decir, creado y aplicado al margen de mandamientos éticos, reglas de conveniencia y postulados políticos. Así las cosas, el Estado se mantenía en un plano neutral y la actividad jurídica y jurisdiccional se perpetuaba bajo el imperio de la ley. Asimismo, esta visión primaria se desvanece ante la necesidad de transformación del derecho para considerarlo como un medio orientado a la consecución de fines que estuviese implicado en rubros de naturaleza diversa como política, económica, cultural, social, entre otros. Así las cosas, el Derecho se concibió como un verdadero Derecho útil o regulativo.<sup>30</sup>

Lo anterior significó la apertura hacia la protección de derechos humanos, aun cuando no se manejó abiertamente bajo ese ideal, sin embargo este punto forja un verdadero avance hacia el establecimiento del enfoque con perspectiva de derechos humanos.

Los procesos de generación de un enfoque con perspectiva de derechos humanos, son catalogados por Guendel de la siguiente forma:

- Existencia de fortalecimiento de movimientos comunales en pos del acceso a servicios básicos, generar oportunidades de mercado y diseño de políticas públicas sociales, basados en la redemocratización de los países suramericanos y acuerdos de la paz en Nicaragua, El Salvador y Guatemala.
- El resurgimiento de corrientes neoliberales (económicamente) y neoconservadoras (políticamente) fomentó la discusión sobre derechos humanos respecto a la preocupación del mercado como principio de la organización social y el respeto de libertades negativas.

29 IHERRING, V. R., *La lucha por el derecho*, Bogotá, Fica, 2004, 49 p.

30 JIMÉNEZ BENÍTEZ, W. G., "El enfoque de los derechos humanos y las políticas públicas", *Revista electrónica de difusión científica*, Op. Cit., p. 33-34.

- Surge una grave preocupación neoinstitucionalista relacionada con la gobernabilidad basada en el imperativo de redemocratización y el ajuste macroeconómico.
- Existencia de problemas sociales vinculados con disfuncionalidad institucional clave para el proceso de integridad social, asociadas a la cultura patriarcal, adultocentrista y racista.
- El reconocimiento ético y normativo de los derechos de las mujeres, niñez, adolescencia, juventud, población indígena y tercera edad, favoreció la operacionalización de derechos humanos en las políticas públicas y la institucionalización de los movimientos sociales.
- Finalmente, con la llegada de la Declaración de Viena en 1993, se logró la síntesis conceptual del enfoque de derechos humanos, toda vez que se estableció que aquéllos son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados; su tratamiento debe ser en un plano de igualdad sin jerarquización; por lo tanto, se requiere atender las particularidades nacionales y regionales; así como reconocer que el Estado se encuentra obligado a promover, proteger y respetar los derechos y libertades fundamentales.<sup>31</sup>

Al tenor del último punto señalado por Guendel, las políticas públicas con perspectiva de derechos humanos enaltecen el compromiso asumido por los Estados en la Declaración de Viena sobre Derechos Humanos para realizar diagnósticos y planes de acción con intervención social para concretar la protección de los derechos a través de la identificación de las medidas que mejorarán su ejercicio.

De tal suerte, las políticas públicas con perspectiva de derechos humanos se abocan a la protección y formas de realización de tales prerrogativas como punto central de su estructura, razón por la que el precitado enfoque proclama que su objetivo reside en la realización de los derechos fundamentales, “implicando un compromiso teórico-práctico con el diseño, implementación y evaluación de políticas públicas que cumplan con los estándares internacionales de derechos humanos que se traduzcan en la realización efectiva de los derechos y el empoderamiento de las personas.”<sup>32</sup>

Al tenor de lo anterior, se aprecia que la definición de seguridad nacional plasmada en el PND 2013-2018, se ubica dentro del parámetro de una política pública tradicional, pues no existe claridad en el enfoque de seguridad que se

31 GUENDEL, L., “Políticas públicas y Derechos Humanos”, *Op. Cit.*, Pp. 106-108.

32 VÁZQUEZ, D. y DELAPLACE, D., *Políticas públicas con perspectiva de derechos humanos*, *Op. Cit.*, p. 18.

va a atender, contemplando diversas modalidades de la seguridad genérica en un diseño ambiguo que a la postre podría significar el motivo de su fracaso.

### **Reflexión final**

En la importante tarea de estructurar políticas públicas no hay certeza de éxito, sin embargo la situación actual de los Estados modernos encamina a los gobernantes a adoptar un esquema tendiente a la perspectiva de derechos humanos frente al modelo tradicional.

La protección de los derechos fundamentales de los gobernados requiere posicionarse como prioridad en la política criminal mexicana, de lo contrario pueden suceder casos lamentables como el empleo de medidas ilegales para “solucionar” los problemas públicos repercutiendo en la violación de los derechos de los gobernados, sin embargo, es posible detectar la presencia de un diseño inconsistente y ambiguo de una política criminal si desde el enfoque de la misma se advierte una confusión en modalidades de la seguridad, tal es el caso del Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018 que ostenta una política criminal basada en seguridad nacional, con contenido de seguridad humana y regida por principios de seguridad pública, circunstancia que enaltece una falta de certeza en los alcances de las medidas empleadas para solucionar el problema público repercutiendo drásticamente en la esfera jurídica de los gobernados.

## Fuentes de consulta

- AGUILAR VILLANUEVA, L. F. "Recepción y desarrollo de la disciplina de política pública en México. Un estudio introductorio", *Revista Sociología*, México, año 19, num. 54, 2004.
- BAZÚA, F. y VALENTI, G., "Políticas públicas y desarrollo" en MASSÉ, C. E. y SANDOVAL, E. A. (Coord.), *Políticas públicas y desarrollo municipal: Problemas teórico-prácticos de la gestión pública y municipal*, México, Colegio Mexiquense y UAM, 1995.
- BECK, U., *Libertad o Capitalismo (Conversaciones con Johannes Willms)*, España, Paidós, 2002.
- BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, España, Paidós, 2006.
- BREWER CARÍAS, A. R. *Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del estado democrático de derecho: defensa de la constitución, control del poder y protección de los derechos humanos. Encuentro de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales de Centroamérica y República Dominicana*. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2007.1/pr/p15.pdf>.
- BRITO CHECCHI, M. R., "Del régimen jurídico de la seguridad jurídica o, antes bien, de la inseguridad del régimen jurídico de la seguridad pública ¿Cuestión de compromiso?" en CISNEROS FARÍAS, G.; FERNÁNDEZ RUÍZ, J. y LÓPEZ OLVERA, M. A. (Coord.), *Seguridad Pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, México, UNAM, 2007.
- CARRANZA, E., "Situación del delito y de la seguridad de los habitantes en los países de América Latina" en CARRANZA, E., (Coord.), *Delito y seguridad de los habitantes*, 2<sup>a</sup> ed., México, Siglo XXI Editores, 2005.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- CUNILL GRAU, N., "Las políticas públicas con enfoque de derechos y su incidencia en la institución pública". *Revista del CLAD. Reforma y Democracia*, Caracas, num. 46, 2010.
- Declaración de Viena.
- DEL CASTILLO ALEMÁN, G. y MÉNDEZ DE HOYOS, I., *Introducción a la teoría de las políticas públicas*, México, Flacso, 2010.
- FERNÁNDEZ RUÍZ, J., "Reflexiones en torno a la seguridad" en CISNEROS FARÍAS, G.; FERNÁNDEZ RUÍZ, J. y LÓPEZ OLVERA, M. A. (Coord.), *Seguridad Pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, México, UNAM, 2007.
- FONDEVILA, G.; GARGARELLA, R.; GUTIÉRREZ, R.; Mejía, A.; MIJANGOS, J.; SERRANO, S. y VÁZQUEZ, D. (Coord.), *Guía de Estudio de la Materia: Seminario sobre Derechos Civiles. Maestría en Derechos Humanos y Democracia 2010-2012*, México, Flacso, 2010.

- FUR, L. L., *Los fines del Derecho*, 4<sup>a</sup> ed., Trad. D. Kuri Breña, México, UNAM, 1967.
- GARCÍA RAMÍREZ, S., "En torno a la seguridad pública. Desarrollo penal y evolución del delito" en PEÑALOZA, P. J. y M. A. GARZA SALINAS, *Los desafíos de la seguridad pública en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, PGR, Universidad Iberoamericana, 2002.
- GUENDEL, L., "Políticas públicas y Derechos Humanos". *Revista de Ciencias Sociales*. Costa Rica, num. 097, 2002.
- IHERING, V. R., *La lucha por el derecho*, Bogotá, Fica, 2004.
- JIMÉNEZ BENÍTEZ, W. G., "El enfoque de los derechos humanos y las políticas públicas", *Revista electrónica de difusión científica*, Colombia, año 7, num. 12. 2007.
- LASSWELL, H., "La concepción emergente de las ciencias de políticas" en AGUILAR VILLANUEVA, L. F., *Estudio de las políticas públicas*, México, Porrúa, 1992.
- Lineamientos de la Política Nacional de Prevención Social de la Violencia, la Delincuencia y la Participación Ciudadana.
- LÓPEZ CHAVARRÍA, J. L., "Desarrollo evolutivo de la Ley de Seguridad Nacional" en CISNEROS FARÍAS, G.; FERNÁNDEZ RUÍZ, J. y LÓPEZ OLVERA, M. A. (Coord.), *Seguridad Pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, México, UNAM, 2007.
- MONTECINOS, E. E., "Límites del enfoque de las políticas públicas para definir un problema público", *Revista Cuadernos de Administración*, Colombia, año 20, num. 33, 2007.
- OACNUDH. (2010). *Políticas públicas y presupuestos con perspectiva de derechos humanos. Manual operativo para servidores y servidores públicos*, México, Autor.
- OLVERA RIVERA, A.; ZAVAleta BETANCOURT, A. y V. ANDRADE GUEVARA, *Veracruz en crisis. La sociedad civil realmente existente: corporativismo sindical y campesino, movimientos indígenas y actores civiles*, Vol. IV, México, Universidad Veracruzana, Editora del Gobierno del Estado de Veracruz, CONACyT, FOMIX, 2010.
- PÉREZ GÓMEZ, E., *El diseño y la implementación de las políticas públicas asociadas al enfoque de derechos humanos: una asignatura pendiente en la agenda gubernamental mexicana. El caso de los Programas Nacionales de DDHH*, Tesina de Maestría en DDHH y Democracia, México, Flacso, 2008.
- Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018.
- ROUSSEAU, J. J., *El contrato social*, México, Santillana, 2012.
- VÁZQUEZ, D. y DELAPLACE, D., *Políticas públicas con perspectiva de derechos humanos*, México, Flacso, 2011.

# La protección al derecho a la vida e integridad física del niño, niña y adolescente como respeto a la dignidad humana\*

Idarmis Knight Soto \*\*

**RESUMEN:** La protección del derecho a la vida e integridad física del niño, niña y adolescente desde una perspectiva interdisciplinaria como derechos personalísimos, y humanos razonados de buena fe y en el respeto a los propios actos configura una relación jurídica en el Derecho de Familia en la formación de su personalidad. La proporcionalidad entre sus necesidades y condiciones de vida intervienen en la construcción jurídica del interés superior del niño, niña y adolescente, como herramienta voluntiva reguladora de las disyuntivas legales de las cuales es sujeto. La trata de persona como delito internacional se manifiesta también en la extracción de órgano del niño, niña y adolescente, sus características nos permitieron analizar el conflicto de intereses que se presenta al quebrantarse desde su arista ontológica la dignidad humana y correlativamente el principio de la autonomía de la voluntad en la relación bioética médico-paciente.

**Palabras claves:** Dignidad humana, derecho a la vida, interés superior del niño

**ABSTRACT:** Protecting the right to life and physical integrity of children and adolescents from an interdisciplinary perspective and personal rights, and human reasoned in good faith and respect for one's actions set a legal relationship in family law in training of his personality. The proportionality between their needs and living conditions involved in the legal construction of the interests of children and adolescents, as a regulatory tool volitional legal dilemmas of which is subject. Trafficking in person as an international crime is also manifested in the extraction of organ child or adolescent, their characteristics allowed us to analyze the conflict of interest presented to be broken from its ontological edge of human dignity and correspondingly the principle of autonomy of the will in the doctor-patient relationship Bioethics.

**Keywords:** human dignity, right to life, interests of the child

**SUMARIO:** Introducción. 1. Los derechos humanos como principio general tuitivo del Derecho. 1.1. Estado y Familia. Apreciaciones desde el ordenamiento cubano. 2. El interés superior del niño y la autonomía de la voluntad. ¿Una relación jurídica de prevalencia ante los poderes públicos? 2.1. Los derechos personalísimos. El principio de proporcionalidad como un beneficio jurídico de protección al niño, niña y adolescente. 3. La trata de personas un delito contra la dignidad humana vs sueños y esperanzas de

\* Artículo recibido el 11 de diciembre de 2014 y aceptado para su publicación el 9 de marzo de 2015.

\*\* Profesora Titular. Universidad Ciego de Ávila. Cuba. Premio Academia de Ciencias. Resolución 50 de fecha 31 de diciembre 2013 dictada por el Delegado CITMA Ciego de Ávila.

los niños, niñas y adolescentes 3.1. La extracción de órgano del niño, niña y adolescente víctima de la trata de personas. Conflicto de intereses para la protección a la vida e integridad física del niño, niña y adolescente. Epílogo. Bibliografía

## Introducción

La protección a la dignidad constituye un paradigma en la sociedad moderna ante las diversas manifestaciones delictivas de carácter internacional como la Trata de personas para la extracción de órganos del niño, niña y adolescente. El respeto a la vida y a su integridad física<sup>1</sup> resultan derechos indisponibles, irrenunciables, conservables e intransferibles, y se instituyen no solamente como un bien para el niño, niña y adolescente sino para la familia y la sociedad.

El objetivo de este artículo se orienta hacia un estudio somero de la protección de los derechos del niño, niña y adolescente desde una perspectiva interdisciplinaria con un análisis sistemático concatenando al Derecho Familiar, como manifestación del conjunto de medidas que el Estado debe adoptar para otorgarle seguridad jurídica y alcanzar un desarrollo pleno de su personalidad.

La reducción de la materialización de riesgos que afecten al niño, niña y adolescente debe de estar directamente relacionada con la proporcionalidad para evitar amenaza a su integridad física o afectiva. El derecho basado en el interés superior del niño, se relaciona con el alcance del bien protegido, este principio aunque carece de una definición exacta, no se aísla del contenido jurídico de la norma, se ciñe a pautar la prevalencia que cada niño y cada conflicto merece una solución determinada.

### 1. Los derechos humanos como principio general tuitivo del Derecho

El cambio social que produce el siglo XX, repercute en el desarrollo progresivo del reconocimiento por los Estados de los derechos humanos como un bien in-

1. Estos derechos son bienes defendibles y con posición garante en la indemnidad del ser humano, susceptible de protección jurídica y se encuentran relacionados con la prohibición absoluta de la tortura, penas, o tratos inhumanos, crueles o degradantes, y desde la perspectiva del Derecho Internacional la Convención de Naciones Unidas respecto a esta prohibición enmarca en su artículo 1 su principal manifestación, así como también el Estatuto de la Corte Penal Internacional en su artículo 7.1 k). Sin embargo el derecho a la vida es el supremo de todos los derechos humanos sobre cuya base alcanzan sentidos todos los demás, es atinente en este sentido la opinión de Zaffaroni al apuntar “(...) el remanido argumento de la eficacia disuasiva de la llamada “ pena de muerte” está demostrado, por todos los estudios criminológicos realizados, que es absolutamente falso (...). No hay país del mundo donde la cominación de la muerte haya tenido eficacia alguna sobre el desarrollo de su criminalidad, salvo que se haya prodigado de tal forma que repugne a la más elemental consideración de la dignidad humana. *Cfr.* Zaffaroni, E.R, *Tratado de Derecho Penal*, T. I, Edición Comercial, Industrial y Financiera Tucumán, Buenos Aires, nota 29, p.120.

ternacional a proteger, estos figuran entre los propósitos de la Carta de Naciones Unidas, pero no aparecen regulados en el texto los términos de protección y salvaguardia. Coincidimos con Lauterpacht,<sup>2</sup> al reconocer que las normas de la Carta en materia de derechos humanos no pueden ser ignoradas y cualquier interpretación que se realice por los Estados para desconocer o violar los derechos y las libertades fundamentales, es destructora tanto de la autoridad jurídica como de la autoridad moral de la Carta como un todo.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos como instrumento internacional recogió de forma explícita los derechos inherentes a la dignidad humana, “como ideal común por el que todos los pueblos deben esforzarse”,<sup>3</sup> señala que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y del Estado.<sup>4</sup> Igualmente sentó las bases para todo el ulterior desarrollo de la actividad de las Naciones Unidas relativas a esta materia a través de un catálogo de derechos mínimos, como expresión de la conciencia jurídica de la Comunidad Internacional.

El reconocimiento de los derechos humanos en los diferentes instrumentos internacionales, descansa en normas del Derecho Internacional reconocidas como tales por todos los pueblos y, consiguientemente constituyen principios generales de Derecho Internacional.<sup>5</sup> En este mismo orden de ideas, podemos agregar que estos derechos no se encuentran jerarquizados, son intangibles e irrevocables independientes de determinadas circunstancias individuales, como la pertenencia a una determinada etnia, creencia, cultura o nacionalidad. Su protección deviene en normas imperativas que se deben respetar exentamente a la manifestación de la voluntad de los Estados.

La Convención de los Derechos del Niño,<sup>6</sup> deslinda con carácter vinculante el bien protegido disperso anteriormente en otros instrumentos internacionales, exhibiendo un derrotero que instituye el “núcleo duro” de derechos, lo cual

2 OPPENHEIM, L, *Tratado de Derecho Internacional Público*, Ed. Tecnos, Madrid, 1961, p. 147.

3 Con antelación en la IX Conferencia Internacional de Estados Americanos, celebrada en Bogotá en abril de 1948, aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y el 18 de julio de 1978 entró en vigor la Convención americana de sobre protección de los derechos del hombre la cual además protege a la familia y los Derechos del Niño (art 19) Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de niño, niña y adolescente requieren por parte de su familia, de la sociedad y el Estado.

4 Víd. Artículo 16 Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de Diciembre de 1948. Disponible en: <http://www.espaciosjuridicos.com.ar>, consultado 14 de enero de 2014.

5 Cf. VERDROSS, A, *Ius dispositivum and Ius Cogens in International Law*, *American Journal of International Law*, vol. 60, núm. 1, New York, 1966, pp. 55-63.

6 Víd. FERNÁNDEZ CASADEVANTE, ROMAI, C, *Derecho Internacional de los Derecho Humanos*, 3<sup>a</sup> edición Dilex S-L, Madrid, 2007, pp. 609-623. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, Cuba firmó este instrumento el 26 enero de 1990.

constituye un claro límite a la actividad estatal impidiendo su actuación discrecional. Este núcleo al decir FREEDMAN comprendería el derecho a la vida, a la integridad personal, a la nacionalidad, a la identidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar las actividades propias de su edad (recreativas, culturales, etc.) y las garantías propias del Derecho Penal y del Procesal Penal".<sup>7</sup>

Sin embargo, estos derechos con excusas teleológicas o de habilitación legal a través de una reserva de ley no deben ser restringidos, toda vez que se orientan a un principio general del derecho legítimo, que exige seguridad jurídica a los efectos de su apreciable concepción social. En el contexto regional tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños, niñas y adolescentes que debe servir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana,<sup>8</sup> pero además los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos (...) y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.<sup>9</sup>

En este sentido no basta afirmar de forma llana que el niño, niña y adolescente son sujetos de derecho, importa que lo sepan, inclusive para el desarrollo de su responsabilidad,<sup>10</sup> por la capacidad que poseen de ser titular de derechos con tutela imperativa frente a otros sujetos, reconocida en instrumentos internacionales con enfoque añadido a los ordenamientos jurídicos internos que imponen fronteras a la actuación de los Estados desde una percepción de protección integral.

No es posible, en efecto, ignorar la significación de los principios generales integrado por instituciones cardinales que informan al Derecho, que tienden a promover valores morales, bajo el principio de solidaridad, y que amparan intereses generales de la Comunidad Internacional considerados como un bien común que todos debemos respetar y conduce a la búsqueda de mecanismos

7 Cfr. FREEDMAN, D, "Funciones normativas del interés superior del niño", en *Jura Gentium, Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global*, en <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freedman>, consultado 14 de enero de 2012.

8 Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrafo 194.

9 Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 54.

10 Víd. CANCADO TRINDADE, A, *Opinión consultiva OC-17/2002*, de 28 de agosto de 2002. Corte Interamericana de Justicia Voto Concurrente, parr.52.

eficaces con la intervención activa del niño, niña y adolescente afectado, para constatar y resolver las violaciones a que puedan ser sometido.

### **1.1. Familia y Estado. La interpretación de una cláusula general de protección al niño, niña y adolescente**

En el período decimonónico no existían normas estatales que protegieran al niño, niña y adolescente, llegando a ocupar posición defraudadora similar a la de los esclavos, sin embargo a partir de la institucionalización de la sociedad internacional se introdujeron algunas normas que tuvieron tratamientos atemperados a las concepciones culturales de los Estados.

Precisamente la Declaración de Ginebra de 1924 adoptada en fecha 26 de diciembre por los Estados parte de la Sociedad de Naciones, a pesar de no tener carácter vinculante, a nuestro juicio resultó enjundiosa como texto histórico al enunciar en cinco artículos las necesidades fundamentales de los niños y las niñas y la responsabilidad de los Estados de protegerlos, luego de los desastres acaecidos en la Primera Guerra Mundial, reconociendo su derecho al desarrollo, asistencia, socorro y a la protección.

Diversos instrumentos internacionales aportaron a la consolidación de los Derechos del niño en un solo cuerpo jurídico, así podríamos mencionar con la creación de Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Fondo de las Naciones Unidas de Ayuda a la Infancia (UNICEF), la Declaración de los Derechos del Niño, los Pactos Internacionales de los Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hasta la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño.

Toda esta diversidad legislativa fue consolidando la responsabilidad de los Estados<sup>11</sup> en proteger los derechos de los niños, niñas y adolescente vigorizando un Derecho de Familia que le permite ser vigilante como pauta para ser formador de su personalidad.

La interpretación de una cláusula general sobre protección del niño, niña y adolescente precisa la orientación y la búsqueda del íter de la norma, dándole sentido y alcance a sus intereses sin prescindir de las circunstancias y la aplicación equitativa de los principios generales del Derecho, en correspondencia con las normas adoptadas por cada Estado.

---

11 Víd artículos 35 y 37 de la Constitución de la República de Cuba de fecha 24 de febrero de 1976 (actualizada) Publicada en la *Gaceta Oficial* de la República de Cuba extraordinaria, número 3, de fecha 31 de enero del 2003.

## 2. El interés superior del niño y la autonomía de la voluntad. ¿Una relación jurídica de prevalencia ante los poderes públicos?

La construcción jurídica del interés superior del niño<sup>12</sup> como principio general del Derecho instituye una herramienta reguladora para resolver conflictos de propensión jurídicos, no debe entenderse como un espacio distante entre la diversidad cultural de los pueblos y los derechos que consagra la Convención de los Derechos del niño, pues de su lectura se colige un esquema bidimensional que interrelaciona al Estado y a la familia en un evidente límite de actuación para la debida protección de sus derechos fundamentales.<sup>13</sup>

Desde una perspectiva filosófica el niño, la niña y el adolescente como bien expresamos con anterioridad, son sujetos activos del Derecho y poseen libertad para expresarse de conformidad con su raciocinio psico emocional y consiguientemente la exigibilidad estará en correspondencia con la toma de decisiones las cuales no constituyen precedentes judiciales en la medida que difieren en la variedad de asuntos e intereses que se pretendan proteger de conformidad con la legislación atinente.

Atendiendo a la plena realización de sus derechos de forma genérica los niños pueden acceder a su interés superior,<sup>14</sup> formándose un juicio propio, iluminando soluciones que satisfagan con garantías el contenido de esos derechos internacionalmente reconocidos, desprovistos de decisiones potestativas basadas en doctrinas tutelares. En este sentido el niño adquiere autonomía para la solución de sus conflictos, al integrarse el ordenamiento internacional e interno, teniendo como efecto el acto jurídico emanado de la voluntad humana, desentrañando lo razonable de lo inicuo.

Resulta atinente a estos efectos, no alejarnos del concepto de niño ofrecido por la Convención (...), como todo ser humano niño, niña y adolescente de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad,<sup>15</sup> este abordaje jurídico no se aleja de las percepciones biológicas, psicológicas, socio históricas, así como las relacionadas con la vida cotidiana y la política que incide en la progresividad de su autonomía.

12 En el Derecho Anglosajón recibe el nombre de "*best interests of the child*" o "*the welfare of the child*".

13 Puede apreciarse este particular además en otros instrumentos internacionales específicamente en los artículos 5 párrafo segundo y el 16-d) de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en vigor el 3 de setiembre de 1981. Disponible en <http://www.protegiendoles.org>, consultado el 20 de abril 2014. Así en la Declaración y Programa de Acción de Viena de fecha 25 de junio1993, aprobada Conferencia Mundial de los Derechos Humanos, en doc. A/CONF.157/23 12 de julio de 1993, par. 45.

14 *Vid.* Artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño.

15 *Ídem* Artículo 1.

El principio de autonomía de la voluntad resulta un tema del Derecho ineludible, el análisis de las diversas corrientes doctrinales nos han permitido apreciar su evolución desde los pronunciamientos de Hugo Grotius, hasta la modernidad. No existe una nueva concepción en su manifestación, pues sus limitaciones la hacen inmanente al Derecho.

Este principio como relación social se demuestra a través de los actos que se fundamentan en la ética, y va evolucionando en los niños, niñas y adolescentes según el grado de madurez que van adquiriendo, convalidados por una regla o norma de validez y efectos que el ordenamiento jurídico reconoce, impregnada de garantías y ajena a cualquier tipo de discriminación contra la madre o el padre.

En tal sentido estamos obligados a referenciar el concepto de relación jurídica que construye SAVIGNY acordado por una relación de persona a persona, determinada por una regla jurídica, la cual asigna a cada uno un dominio en el que su voluntad reina independientemente a una voluntad extraña.<sup>16</sup>

Las apreciaciones esclarecedora también de DIEZ PICAZO Y ANTONIO GUILLON son referentes para concatenar a ambas figuras, al entender como relación jurídica “una situación en la que se encuentran dos o más personas, que aparece regulada como una unidad por el ordenamiento jurídico, organizándola con arreglo a determinados principios, y que la considera, además, como cauce idóneo para la realización de una función merecedora de la tutela jurídica.<sup>17</sup>

Este principio le concede a los niños, niñas y adolescente el poder de elección de los derechos que pueden ser aplicados en las relaciones jurídicas que pretende constituir, es decir, la voluntad no antecede a la ley se manifiesta generalmente cuando hay un conflicto, funciona como formadora de una relación jurídica con su consiguiente reglamentación que se conecta con el ordenamiento jurídico. La voluntad es el instrumento de que se sirve el legislador para situar la relación jurídica,<sup>18</sup> así aparecen manifestaciones relativos a la libertad de expresión; la libertad de pensamiento, de conciencia y religión; el derecho de libre asociación y el derecho a la intimidad.<sup>19</sup>

Por ese camino desde una perspectiva más amplia con precisiones sustanciales y como corolario lógico podemos agregar que la autonomía progresiva del

16 Cfr. SAVIGNY F, C, *Sistema de Derecho Romano*, trad. Esp. J. Mesia y M. Poley, Tomo, VI, 2<sup>a</sup> edición, Madrid S.A, 1928, p. 238.

17 Cfr. DIEZ PICAZO, Y ANTONIO GUILLON, *Sistema de Derecho Civil*, vol 1, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, p. 216.

18 Cfr. TABORDA FERREIRA, V, “La conception du Droit international privé d’après la doctrine et la pratique au Portugal”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 89 (1956-1), p. 672.

19 Víd artículos 13, 14,15 y 16 Convención de los Derechos del Niño.

niño constituye un reconocimiento al ser humano y al respeto de su dignidad, por lo que su naturaleza aparece vinculada a soluciones de voluntad tácita y jurisprudencial, que otorgan seguridad jurídica y protege intereses de los terceros.

Las diversas disquisiciones doctrinales y las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño sobre el tema, nos conlleva a reafirmar desde su virtualidad práctica que la complementariedad de este principio le otorga a los niños, niñas y adolescentes como sujeto de derecho facultades para conformar las relaciones jurídicas que le afecten. Entiéndase que se trata de preservar derechos de valor primario que conducen a la organicidad de la relación jurídica de que se trate en cuestión.

### **2.1. Los derechos personalísimos. El principio de proporcionalidad como un beneficio jurídico de protección**

Los derechos personalísimos o derechos inherentes a la personalidad evolucionan en la modernidad<sup>20</sup> y se inscriben en la dogmática jurídica como categoría que defienden intereses humanos, los cuales se constituyen a fin de ser atribuible a la persona en una situación jurídica de poder y de deber como condición intrínseca a su dignidad dentro de una relación jurídica.

Estos derechos suelen clasificarse en físicos o corporal, que incluye el derecho a la vida, el derecho a la integridad corporal y el derecho a la libertad; y moral, que comprenden el derecho al nombre, el derecho al honor, el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen y se inscriben como derechos subjetivos, extrapatrimoniales, oponibles, y de reconocimiento interno e internacional a través de los distintos instrumentos puestos en vigor a partir de la ratificación de los Estados y están relacionados con su dignidad.

A nuestro juicio los derechos inherentes a la personalidad se inscriben como principios generales, derechos fundamentales siempre que estén en consonancia con los derechos físicos y corporales esenciales para el niño, niña y adolescente (...) para lograr la armonía entre todos los elementos que lo conforman “hay que valerse de lo que no está escrito, pero sí implícito, es decir lograr el equilibrio entre la letra y el espíritu de la Constitución, pues todos estos elementos han de confluir en pro de un objetivo básico: la preservación de la dignidad de la persona humana, concepto que se convierte en la piedra angular para la construcción de todo el sistema axiológico constitucional, o lo que es lo mismo

---

20 En el Derecho Romano la *actio injuriarum*, constituyó una protección indirecta a la personalidad.

decir que los fines, los valores, los principios, los derechos y los bienes jurídicos existen sólo en función del enaltecimiento de la dignidad humana".<sup>21</sup>

El derecho a la vida se inscribe como un derecho inherente a la personalidad esencial, la vida es un bien básico de la persona, fundamento y asiento de todos los demás", pero en modo alguno se podría afirmar que es un bien o valor sólo individual porque es también familiar y social.<sup>22</sup>

Los Derechos de Familia también se reconocen como derechos subjetivos y se articulan con el titular al establecerse una relación jurídica interpersonal de interés general sobre los derechos y libertades integrados en el principio de proporcionalidad.

Este principio si bien tiene sus orígenes en el Derecho Penal, se percibe constitucionalmente además, como un parámetro de control a la actividad administrativa que vincula a todos los poderes públicos en defensa de los derechos del niño, niña y adolescente, con naturaleza sustantiva respecto a su posición en la sociedad y las funciones de protección que a estos le han sido atribuidos.

La proporcionalidad *strictu sensu*, guarda un sensato equilibrio de cara a ponderar los intereses del niño, niña y adolescente en conflicto, con una posición jurídicamente dirigida a la satisfacción de los derechos constitucionalmente protegidos. En este sentido la discrecionalidad de los poderes públicos no constituyen un baladí para el análisis del principio, toda vez que este presume por sí mismo los límites en que se debe actuar en beneficio de la tutela de los derechos del niño.

La teoría de los tres escalones constituye uno de los ejemplos clásicos del principio de proporcionalidad en este ámbito, resuelve establecer una suerte de escala o graduación de las posibles intervenciones legislativas sobre la libertad en cuestión y las correspondientes técnicas de revisión judicial que en cada caso cabe aplicar. Sólo es lícito subir el siguiente escalón si el anterior resulta insuficiente para atender las exigencias dimanantes del interés general.<sup>23</sup>

---

21 ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, A. M., "Los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen como límites a las libertades de información y de expresión", *Tesis presentada en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas*, bajo la dirección de las Doctoras Caridad del C. VALDEZ DÍAZ y MARÍTHA PRIETO VÁLDEZ, Universidad de la Habana, 2008.

22 DÍEZ-PICAZO, L. y A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, Ob. cit., pp. 343-344.

23 Cfr. BARNES, J, Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario, *Crónica Administrativa*, número 135, Sevilla, Setiembre-Diciembre 1994.

Diversos derechos se reconocen en las Constituciones,<sup>24</sup> estos derechos se caracterizan por ser generales, absolutos, imprescriptibles, esenciales, indisponibles y extrapatrimoniales con una debida protección hacia la persona ya sea dentro de la familia o la sociedad.

La naturaleza de las obligaciones *self executing* de los textos internacionales constituyen normas integradoras encaminadas a la unidad del Derecho para evitar graves perjuicios a los que no consiguen la tutela que merecen. De tal suerte la interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la tutela de los derechos fundamentales por cada Estado constituyen cánones interpretativos proporcionales para proteger adecuadamente a los niños niñas y adolescente respecto a prácticas contemporáneas, como el delito de trata de personas.

### **3. La trata de niño, niña y adolescentes un delito contra la dignidad humana vs sueños y esperanzas de los niños, niñas y adolescentes**

La trata de personas en la última década del siglo XX y la primera del siglo XXI se imbrica a las migraciones sujetas a engaño, como oportunidad para encontrar mayor bienandanza y prosperidad fusionado con el “desarraigo” para aislar a la víctima de cualquier forma de protección.

La trata de personas niño, niña y adolescentes de edad ocurre cuando bajo el engaño se capta, transporta, traslada, acoge o recibe a un niño, niña o adolescente, con fines de explotación sexual comercial, laboral, venta y adopción ilegal, extracción de órganos, esclavitud, matrimonios serviles.

Este delito es demoledor de esperanza, y oprime el corazón de las personas que escuchamos o leemos testimonios de las víctimas de la trata, el documental “Ojalá fuera ficción” es una fiel revelación de lo antes expresado: Así, entre otros, una víctima describe cómo conoció a una señora que le prometió viajar con ella para conseguir trabajo y dinero en dos meses y otros beneficios. El engaño es el móvil principal de los tratantes, debido a la vulnerabilidad de las personas que se desarrollan en un entorno familiar de pobreza<sup>25</sup> donde las políticas públicas le resultan inaccesibles, por ello la necesidad de una concepción progresiva de protección que pueda contribuir al cumplimiento del Objetivo 1 del Plan del Milenio.

<sup>24</sup> Así no nos resulta ocioso mencionar que en Cuba el derecho a la vida, al nombre, a la imagen, a la integridad física, la intimidad, entre otros se encuentran debidamente expuestos en el plexo normativo.

<sup>25</sup> BEST PRACTICE, *Report on the Expert Group on Strategies for Combating Trafficking of Women and Children*, Commonwealth Secretariat, 2003, p. 5.

Resulta procedente acotar que esta figura difiere del tráfico ilícito de migrantes, y se define como la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa e indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.<sup>26</sup>

En resumen podemos esquematizar estas dos figuras desde aristas diferentes para su estudio académico, teniendo en cuenta los conceptos ofrecidos en los instrumentos jurídicos internacionales, adoptados por las Naciones Unidas, constituyendo la antinomia entre uno u otro delito el engaño,<sup>27</sup> mediante el aprovechamiento de la situación vulnerable de la víctima por parte del agente perpetrador y el control que éste ejerce sobre aquella a través del secuestro de documentos, la deuda o enganche, aprovechamiento de adicciones, seducción, manipulación de información, la violencia, la amenaza o la intimidación.

Los Estados están obligado a prestar la cooperación necesaria para impedir el secuestro, la venta, la trata del niño, niña y adolescente, así como adoptar las medidas para la recuperación de las víctimas.<sup>28</sup> La cooperación está basada en las relaciones que establecen los Estados mediante tratados bajo las premisas de amistad, solidaridad y respeto. Entre los criterios doctrinales que ilustran esta posición hay que atender al de Franz Von Liszt,<sup>29</sup> (...) la cooperación penal internacional, es una inteligencia de los Estados en la lucha contra el delito".

La cooperación se materializa en la lucha contra la impunidad, como una concurrencia con valores de subordinación y coherencia respecto a los instrumentos internacionales. Es necesaria además en este contexto, para la prestación de asistencia judicial a través de los exhortos, comisiones rogatorias, la transmisión de procesos penales, denuncias para la instrucción de un proceso; contribuye a que se respete el principio de territorialidad.

El reconocimiento de la Comunidad Internacional, como el conjunto de actores que participan activamente en las relaciones internacionales, ha propiciado

26 Artículo 3o, del Protocolo contra el Tráfico ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada trasnacional del 15 de Noviembre del 2000, *Cfr. SAÉNZ de SANTA MARÍA, P.A y RODRIGUE ÁIVAREZ, I, Legislación Básica de Derecho Internacional Público*, 8va edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2008, p. 1008.

27 Que se manifiesta en las promesas de trabajo falso, agencias matrimoniales, el padrino, y el secuestro. *Víd. Capital Humano y Social Alternativo. La trata de personas en el Perú. Manual para conocer el problema*. Lima, 2010. p. 23 y *Organización Internacional del Trabajo. Cómo prevenir la discriminación, la explotación y el abuso de las trabajadoras migrantes. Guía informativa. Manual 6. Trata de mujeres y niñas*. Lima, OIT, Proyecto MIGRANDINA, 2010. p. 32.

28 *Víd. Artículos 35 y 39 de la Convención de los Derechos del Niño*.

29 *Cfr. VON LISZT, F.: Tratado de Derecho Penal*, editorial Temis, Bogotá, 1954, p. 120.

la internacionalización de la vida y el movimiento constante de personas, que trascienden las fronteras de los Estados, en relaciones intersubjetivas por encima de los intereses nacionales, ello permite reconocer desde una configuración ontológica a la dignidad como el valor rector en que se sustenta la actitud de consideración y respeto hacia el ser humano, su dignidad,<sup>30</sup> con derechos fundados en la intangibilidad e inviolabilidad, cuya protección representa una de las principales obligaciones para los Estados.

La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos emitida por la UNESCO en el 2005, insta al respeto de la dignidad humana,<sup>31</sup> como espacio racional mínimo que marca un límite de respeto debido a toda persona por encima de cualquier circunstancia, como dimensión que presenta un sumun de dimensiones morales y culturales.<sup>32</sup>

Diversos criterios se han enunciado acerca de la dignidad, sin embargo lo cierto es que la vida, la integridad física y la dignidad es un todo y se contextualiza en la obligación de preservar los derechos que le son inherentes al niño para su desarrollo integral, en un ambiente saludable con juicio de igualdad, evitando criterios discriminatorios que puedan constituirse en víctimas de alguna modalidad de la trata de personas.

### **3.1. La extracción de órgano del niño, niña y adolescente víctima de la trata de personas. Conflicto de intereses para la protección a la vida y la integridad física del niño, niña y adolescente**

La extracción de órganos con ánimo de lucro ya consta como conducta delictiva en la trata de personas, y constituye el elemento de conflicto de intereses con el niño, niña y adolescente, a *contrario sensus* del acto de donación mediante el cual se extrae el órgano limitándose las posibilidades de extracción en personas incapaces o en caso de riesgo sustancial de salud, protección muy bien concebida por la esencia misma de la conciencia que ha tomado los poderes público en sus legislaciones como vía de protección a la vida, aun y cuando ambas vías tengan fines terapéuticos.

La relación médico paciente se complementa en una concordancia prescriptiva-terapéutica que generan obligaciones para ambas partes, de ahí que "todo

<sup>30</sup> Cfr. GONZÁLEZ VALENZUELA, J., "Dignidad humana", en *Diccionario latinoamericano de Bioética*. Juan Carlos Tealdi (Director), UNESCO/ Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética/Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2008, p. 277.

<sup>31</sup> Víd. Artículo 2 inciso c) del 10 de octubre del 2005.

<sup>32</sup> VILLABELLA ARMENGOL, C.M, "La axiología jurídica y el plexo de valores en la Constitución cubana", en *Temas de Derecho Constitucional Cubano*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2006 , p. 294.

ser humano tiene frente a cualquier otro derecho a ser respetado por él como persona, a no ser perjudicado en su existencia (la vida, el cuerpo, la salud) y en un ámbito propio del mismo, cada individuo está obligado frente a cualquier otro de modo análogo".<sup>33</sup>

La intervención del juez y el médico forense se rematan en la donación de órgano en caso de fallecimiento, la actuación familiar debe coincidir con los principios éticos pues se ha de respetar el criterio que ofreció en vida el fallecido, y para ello se debe tener en cuenta de hecho el criterio del galeno, requisito indispensable para justificar científicamente a la autoridad legal la procedencia de tal acto.

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) afirma que unos 2,5 millones de personas son, en todo el mundo en un momento dado, captadas, atrapadas, transportadas y explotadas en el proceso denominado trata de seres humanos (...). La trata de seres humanos con fines de extracción de órganos, tejidos y miembros ha resultado bastante difícil cuantificarlo, pero es una tendencia en aumento, con un mercado propenso, que debe ilustrarse adecuadamente para poder acomodar la respuesta a tal hecho.

La tolerancia cero ante el delito de la trata es ineludible para los Estados, pues los efectos psicológicos y clínicos del niño, niña y adolescente se derivan de un menoscabo a sus derechos, la afectación como víctima tiene diversas manifestaciones como alteraciones de sueños, inseguridad para relatar los hechos, se convierten en presa fácil del pánico, independientemente de las disfunciones orgánicas, que atentan contra el equilibrio biológico, psicológico y social que hace al hombre mantenerse como un productor activo.

El derecho a la vida se encuentra complementado con el derecho a la integridad física el cual se incluye también como un derecho inherente a la personalidad y conmutativamente se relacionan por el funcionamiento y organización de órganos en el ser humano como bienestar para la salud, su ejercicio se encuentra relacionado con la desarrollo progresivo del niño, niña y adolescente para su representación que es directamente proporcional con el interés superior del niño.<sup>34</sup>

---

33 LARENZ, K., *Derecho civil. Parte General* (traducción española), Madrid, 1978, cit. por VALDÉS DÍAZ, C. del C., "La relación jurídica civil", *Ob.cit.*, p. 80.

34 Víd, artículos 43, 49, 50 Constitución de la República de Cuba. La Constitución cubana refrenda la responsabilidad del Estado con la protección de la salud de todos los ciudadanos, con un sistema único de atención primaria que vincula a la Comunidad estrechamente con el sistema de salud diseñado, es gratuito basado en la buena fe y el consentimiento del paciente que informan la luminosidad de la bioética en la relación médico paciente, relacionado con la sinceridad, honestidad, (...) el principio de la buena fe es un eslabón más en el apuntalamiento de la seguridad jurídica como cimiento del ordenamiento jurídico (...). Cfr. PRIETO

Así los actos propios como categoría autónoma estudiada adyacente al principio de buena fe, se encuentra ceñida a la palabra dada, que obliga al médico a proteger la confianza depositada por el paciente al margen de cualquier otra intencionalidad que pueda afectar el derecho a la vida o a la integridad física del niño, niña y adolescente.

Educar al niño, niña y adolescente e informarle sobre las cuestiones relacionadas con su salud es una vía para palear actitudes delictivas dentro la sociedad con incidencia para la Comunidad Internacional, y para ello es necesaria la adopción de políticas públicas que protejan al niño, niña y adolescente de todos aquellos riesgos que pueden ser vulnerables.

## Epílogo

La protección a la vida y a la integridad física del niño, niña y adolescente se inscribe como derechos humanos y personalísimos y aparecen protegidos en instrumentos internacionales, así como en los ordenamientos de los Estados. Estos derechos constituyen normas *ius cogens* con obligaciones *erga omnes* para los Estados, los cuales deben concebir políticas públicas encaminadas a erradicar riesgos de vulnerabilidad como la pobreza, la insalubridad, el analfabetismo, entre otros, para evitar la trata de persona cuya manifestación en la extracción de órgano con contornos lucrativo se incrementa a escala internacional, impiidiendo la manifestación de voluntad del niño, niña y adolescente y los criterios médico paciente.

El interés superior del niño aunque aparece como un concepto indeterminado y cláusula general debe ser interpretado en cada supuesto sin constituir precedente jurisprudencial apreciando conceptos sicológicos y jurídicos para resolver conflictos y buscar soluciones beneficiosas para el niño, niña y adolescente.

---

VALDÉS, M., MATILLA CORREA, A., PÉREZ GALLARDO, L B. y VALDÉS DÍAZ, C. C, "Aproximación al estudio de algunos principios generales del Derecho y de su reconocimiento legal y jurisprudencial", en *Revista Jurídica*, Año 8, núm. 13, Publicación semestral auspiciada por el Ministerio de Justicia (MINJUS), La Habana, Enero-Diciembre 2006, p. 73.

## Bibliografía

- ÁLVAREZ -TABÍO ALBO, A. M, "Los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen como límites a las libertades de información y de expresión", *Tesis presentada en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas*, bajo la dirección de las Doctoras Caridad del C. VALDEZ DÍAZ y MARTHA PRIETO VALDEZ, Universidad de la Habana, 2008.
- BARNES, J, Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario, *Crónica Administrativa*, número 135, Sevilla, Setiembre-Diciembre 1994.
- FREEDMAN, D, "Funciones normativas del interés superior del niño", en *Jura Gentium, Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global*, en <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freedman>.
- CANCADO TRINDADE, A, *Opinión consultiva OC-17/2002*, de 28 de agosto de 2002. Corte Interamericana de Justicia Voto Concurrente, parr.52.
- DIEZ PICAZO, L Y ANTONIO GUILLO, *Sistema de Derecho Civil*, vol 1, Ed. Tecnos, Madrid, 1993
- FERNÁNDEZ CASADEVANTE, ROMANI, C, *Derecho Internacional de los Derecho Humanos*, 3<sup>a</sup> edición Dilex S-L, Madrid, 2007.
- GONZÁLEZ VALENZUELA, J, "Dignidad humana", en *Diccionario latinoamericano de Bioética*. Juan Carlos Tealdi (Director), UNESCO/ Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética/Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2008.
- MÁRQUEZ, M, El desarrollo humano desde la perspectiva integral y su proyección mundial, en *Desarrollo Humano local*. Cátedra UNESCO de Desarrollo Humano Sostenible. Universidad de la Habana, 2004.
- MARTÍNEZ GÓMEZ, A.J, El ámbito de autonomía del Derecho a la vida en el contexto de la relación médico-paciente en Cuba, Tesis en Opción al título de Doctor en Ciencias Jurídicas, La Habana, 2013.
- OPPENHEIM L, *Tratado de Derecho Internacional Público*, Ed.Tecnos, Madrid, 1961.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, L Y PRIETO VALDÉS, M., "Los derechos humanos fundamentales. Algunas consideraciones doctrinales necesarias para su análisis", en *Temas de Derecho Constitucional Cubano*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2006.
- PRIETO VALDÉS, M., MATILLA CORREA, A., PÉREZ GALLARDO, L B. Y VALDÉS DÍAZ, C. C, "Aproximación al estudio de algunos principios generales del Derecho y de su reconocimiento legal y jurisprudencial", en *Revista Jurídica*, Año 8, núm. 13, Publicación semestral auspiciada por el Ministerio de Justicia (MINJUS), La Habana, Enero-Diciembre 2006.

- TABORDA FERREIRA, V, "La conception du Droit international privé d'apres In doctrine et la pratique au Portugal", *Recueil des Cours de l'Académie, de Droit International de La Haye*, Vol. 89 (1956-1984).
- SAVIGNY F, C, *Sistema de Derecho Romano*, trad. esp. J. Mesia y M. Poley, Tomo, VI, 2<sup>a</sup> edición, Madrid S.A, 1928.
- VERDROSS, A, *Ius dispositivum and Ius Cogens in International Law*, *American Journal of International Law*, vol. 60, núm. 1, New York, 1966.
- VILLABELLA ARMENGOL, C.M, "La axiología jurídica y el plexo de valores en la Constitución cubana", en *Temas de Derecho Constitucional Cubano*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2006.
- VON LISZT, F, *Tratado de Derecho Penal*, editorial Temis, Bogotá, 1954.
- ZAFFARONI, E.R, *Tratado de Derecho Penal*, T. I, Edición Comercial, Industrial y Financiera Tucumán, Buenos Aires

### **Legislación Nacional Cubana**

Constitución de la República de Cuba de fecha 24 de febrero de 1976, (actualizada), publicada en la *Gaceta Oficial de La República de Cuba*, extraordinaria , número 3, de fecha 31 de enero de 2003.

Código Civil, Ley 49 de fecha 16 de Julio de 1989, Divulgación MINJUS, la Habana, 1999.

Código de La Niñez y La Juventud, Ley No. 16 de fecha 28 de junio de 1978, Editora política, La Habana, 1985.

Código de Familia de La República de Cuba, Ley 1289 de 1975, Divulgación MINJUS, 1999.

Ley de Salud Pública, Ley 41 de fecha 13 de Julio de 1983, Decreto 139/88

# Significación del bloque de constitucionalidad en la temática de derechos humanos en el ordenamiento jurídico mexicano\*

Irvin Uriel López Bonilla \*\*

**RESUMEN:** La idea del bloque de constitucionalidad que surge luego de la reforma en materia de Derechos Humanos vivida en México, a mediados del 2011, merece ser ilustrada en concatenación con el bloque de convencionalidad. En este sentido, la resolución que los operadores jurídicos dicten cuando se someta a su consideración la constitucionalidad de una norma, deberá estar fundamentada en diversos elementos que constituyan el bloque de constitucionalidad, mismo que se integra, fundamentalmente, por la interpretación de los preceptos 1 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

**Palabras clave:** Bloque de constitucionalidad, Bloque de convencionalidad, Derechos humanos, Estado, Justicia constitucional, Tribunal Constitucional.

**SUMARIO:** Introducción. 1. Noción conceptual del bloque de constitucionalidad y convencionalidad.- 2. Origen y evolución en el derecho comparado del bloque de constitucionalidad. 2.1. Francia. 2.2. España. 2.3. Colombia. 3. Situación en el Estado Mexicano. 3.1. La Reforma constitucional de derechos humanos de junio de 2011: artículo 1º. 3.2. Integración del bloque de constitucionalidad en la protección de derechos humanos.

## Introducción

Los derechos humanos, han cobrado auge en los albores del siglo XXI; la ciencia del derecho consciente de la vitalidad de éstos y con el afán de brindar su pro-

\* Artículo recibido el 15 de enero de 2015 y aceptado para su publicación el 17 de marzo de 2015.

\*\* Licenciado en Derecho por la Universidad Veracruzana. Estudiante de la Maestría en Derechos Humanos y Justicia Constitucional en la misma Casa de Estudios.

tección absoluta a través de las normas jurídicas, busca en la Justicia Constitucional, la posibilidad de remediar los conflictos que llegaran a situarse dentro de normas que encierran el contenido y alcance de los derechos humanos y sobre todo en la aplicabilidad de las mismas. Dicho tipo de justicia encara como principal obstáculo “[...] justificar la posibilidad misma de un procedimiento judicial contra las leyes.”<sup>1</sup> velando por el criterio supremo de la norma constitucional.

En este sentido, son los operadores jurídicos quienes tienen delegada la tarea, de encuadrar sus resoluciones a la constitucionalidad de la norma aplicable y decidirla no solo con parámetro en la Carta Magna, sino en todo un conjunto de normas que integran el marco jurídico suministrable, denominado *bloque de constitucionalidad*, que constituye una primera base hacia el *bloque de convencionalidad*.

Ahora bien, tratamos de examinar el bloque de constitucionalidad, en correlación con la Reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) en materia de Derechos Humanos del 10 de junio de 2011 y discerniendo del denominado bloque de convencionalidad, persiguiendo con dicha tarea analizar la integración del bloque de constitucionalidad en la temática de derechos humanos en el Estado Mexicano, a fin de determinar la manera en que se constituye y las implicaciones que trae consigo, luego que el juzgador deba asumir el papel de “guardián de los derechos humanos”, puesto que recurre al bloque de constitucionalidad para determinar la congruencia de una norma con el cuerpo normativo constitucional o la inaplicabilidad de la misma por estimarla contraria a éste.

En criterios epistemológicos jurídicos, aplicamos los métodos exegético, dogmático, histórico, real y de derecho comparado; distribuimos nuestro estudio en tres apartados, el primero de ellos lo destinamos a la determinación del concepto del bloque de constitucionalidad y su diferenciación con la idea de bloque de convencionalidad, el segundo a la perspectiva del bloque de constitucionalidad en el derecho comparado con Francia, España y Colombia; en el tercero, finalmente, aterrizamos el surgimiento del bloque de constitucionalidad en el sistema jurídico mexicano, respaldándonos en la reforma a la Constitución mexicana en materia de derechos humanos de junio de 2011, específicamente la relativa al artículo primero y, desde luego, hablamos de la

---

<sup>1</sup> ARAGÓN REYES, Manuel & AGUADO RENEDO, César, *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Civitas, Madrid, 2011.

manera de integración del bloque, luego de la reforma citada y sus implicaciones en la interpretación jurídica.

Si bien, entender la figura del bloque de constitucionalidad engloba la necesidad de estudiar su concepto, origen y manera de conformarlo, aspectos que trataremos en el cuerpo de nuestro trabajo, podemos adelantar que la reforma al artículo primero constitucional, revolucionó la manera de reconocimiento a los derechos humanos y originó la necesidad del tratamiento del concepto de bloque de constitucionalidad, además atrajo consigo el imperativo del Estado de velar por el amplio catálogo de derechos fundamentales, no solo aquellos reconocidos en el texto legal constitucional, sino también los que se ilustran en los instrumentos internacionales, incluyendo dentro del citado bloque la idea de la convencionalidad que debe recurrirse en la protección por los derechos humanos.

## 1. Noción conceptual del bloque de constitucionalidad y convencionalidad

No podemos comenzar el estudio de una figura del derecho, sin ofrecer una definición; para esta tarea, nos perfilamos en la idea de los juristas Rodríguez Manzo, Arjona Estévez y Fajardo quienes entienden que tratar de bloque de constitucionalidad, no denota un significado conciso sino lo describen como un concepto con gran elasticidad semántica, no obstante, se refieren a él como “[...] una categoría jurídica del derecho constitucional comparado que se refiere al conjunto de normas que tienen supremacía constitucional en el ordenamiento jurídico de cada país [...]”<sup>2</sup>, en este orden de ideas, el bloque de constitucionalidad, como de su nombre se deduce, no se refiere a una única norma, sino a un conjunto de ellas, que denotan el encuadre jurídico en la normatividad de un Estado, entonces, dicho bloque implica la identificación de aquellas normas que pese a no estar expresamente establecidas en la Constitución escrita, son materialmente constitucionales<sup>3</sup> y, precisamente tiene verificativo cuando se incluyen los derechos humanos dentro del catálogo de derechos fundamentales constitucionales.

Sin embargo, a esta actividad de la constitucionalidad de la norma, se apareja el control de convencionalidad, que no viene a ser más que la adaptabilidad o armonización de una norma jurídica interna a la norma convencional es decir,

2 RODRÍGUEZ MANZO, Graciela, ARJONA ESTÉVEZ, Juan Carlos & FAJARDO MORALES, Zamir, *Bloque de constitucionalidad en México*. Libro 2. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2013, pág. 17.

3 *Ibídem*, pág. 18.

la que deriva de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), sus protocolos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH); misma de la que trataremos posteriormente, pero de la cual conviene puntualizar que la incluimos dentro del bloque de constitucionalidad, puesto que es aplicable a cualquier control constitucional existente, sin que se dirija exclusivamente a jueces constitucionales,<sup>4</sup> por lo que denota la idea de un control difuso de convencionalidad que se dirige a cualquier operador jurídico y que se encamina no solo a la inaplicabilidad de la norma, sino a la armonización, persiguiendo la protección más amplia del derecho humano.

La categorización del bloque de constitucionalidad y su esencia misma, que especifica que la norma constitucional remite a otras disposiciones (entre ellas las derivadas del bloque de convencionalidad), otorga a éstas –normas integradoras del bloque– el alcance y valor constitucional, generando de esta manera una conformación sistemática de las normas específicas de la Constitución con aquellas a las que propio texto constitucional enfoca, aunque se debe aclarar que dicho rango constitucional se deriva de la cláusula de remisión que la misma Constitución entraña.<sup>5</sup>

## **2. Origen y evolución en el derecho comparado del bloque de constitucionalidad**

En el concepto aludido acerca de bloque de constitucionalidad, en el apartado anterior, nos damos cuenta que se describe como un concepto de derecho constitucional comparado, siempre en la idea de un parámetro de consideración de la constitucionalidad de la norma jurídica y, asumiendo que es precisamente, en otros países, donde se comienza a hablar de esta figura del derecho como un *corpus iuris* que encuadran el andamiaje del control constitucional; por tanto, creemos conveniente abordar el origen y evolución del mismo, a partir de tres entidades estadales, a saber, Francia, España y Colombia, mismas que han adoptado un bloque de constitucionalidad estricto con la finalidad de garantizar la plena protección de las prerrogativas de sus connacionales.

---

<sup>4</sup> FERRER MC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en: *La reforma constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011, pág. 343.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pág. 20.

## 2.1 Francia

Es en este país donde surge a finales de los años sesenta e inicios de los setenta, la idea del bloque de constitucionalidad, ya que una decisión del Consejo Constitucional francés referida respecto al Reglamento de la Asamblea Nacional fue interpretada no solo a la luz de la Constitución Francesa,<sup>6</sup> sino también en referencia a una Ordenanza No. 58-1100 del 17 de noviembre de 1958, misma que denota el funcionamiento de las asambleas parlamentarias, si bien es cierto que los doctrinarios determinan la paternidad de bloque de constitucionalidad a Louis Favoreu y que fue éste quien llevó esta idea a España, fueron las palabras de Maurice Hauriou, en 1927, que inspiraron la labor en ese sentido, refiriendo “Las libertades públicas no constan en la Constitución escrita pero forman parte de la superlegalidad constitucional que está por encima de la misma constitución escrita”.<sup>7</sup> Sin embargo, pese a estos antecedentes vagos, coincidimos que lo que se requería para encontrar el elemento fundador del bloque de constitucionalidad era que se asignara a otros textos la misma jerarquía que la constitución, situación que se experimenta hasta 1971, en una decisión relativa a la libertad de asociación, en la que se aplica el preámbulo de la constitución de 1946 y las leyes de la república que hacen referencia en el preámbulo de la misma y, posteriormente en 1973, en una decisión relativa a la ley del presupuesto para 1974, en la que se remite a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Por cuanto hace al contenido del bloque de constitucional, queda determinado por la propia constitución de 1958, que en su preámbulo delimita que la interpretación de la constitucionalidad de las normas, se compone, amén de la Constitución vigente, por la Declaración de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946, misma que consagra que además se considerarán a las leyes de la República y, finalmente la Carta del Medio Ambiente de 2003, ostentándoles a este cuerpo de leyes una misma jerarquía normativa.

## 2.2 España

La situación en España, respecto al bloque de constitucional, se encuentra dotada de gran amplitud y generalidad, empero carente de uniformidad en su utili-

---

<sup>6</sup> MANILI, Pablo Luis, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional en los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 284.

<sup>7</sup> *Ibídem*, 285.

zación;<sup>8</sup> otra cuestión es la terminología usada, en virtud que el Tribunal Constitucional hace referencia, de manera indistinta, al bloque de constitucionalidad, bloque constitucional o bloque normativo.<sup>9</sup>

Sin embargo, cuando de dar un contenido al bloque de constitucionalidad se trata, hemos de remitirnos al artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que enmarca que cuando se persigue como finalidad establecer la conformidad o disconformidad de una ley con la constitución, se estará además de los preceptos constitucionales, a las leyes que se hubieren dictado para delimitar las competencias o para armonizar éstas, del Estado y de las diversas Comunidades Autónomas; así el bloque de constitucionalidad estará integrado por las normas constitucionales, específicamente, las contenidas en el título VII, denominado “De la Organización Territorial del Estado”, en sus tres capítulos: De los Principios Generales, De la Administración Local y De las Ciudades Autónomas. Aunado a lo anterior, también integran el bloque algunas normas contenidas en los estatutos de Autonomía y las normas de rango subconstitucional.<sup>10</sup>

### 2.3 Colombia

En este país, la incorporación del bloque de constitucionalidad por la Corte Suprema es relativamente reciente, puesto que tuvo sus primeras manifestaciones en la sentencia C-574/92, bajo el expediente A-TI-06, del rubro “PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA. DE AGOSTO 12/49 RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS. EXEQUIBLE”, con Ciro Angarita Barón, como ponente, en la que se verificaban a los valores y principios consignados en el texto constitucional, cumpliendo la función de asegurar la permanencia y la obligatoriedad del contenido material de la Constitución. Sin embargo, no es sino hasta 1995, cuando se utiliza de manera formal el término.<sup>11</sup>

El bloque de constitucionalidad colombiano tiene su fundamento, en diversos artículos de la constitución de esa nación, por ejemplo, los numerales 4, 93,

8 REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, *Bloque de constitucionalidad y bloque de la constitucionalidad*, Universidad de Oviedo, España, 1997, pág. 29.

9 Para el efecto consultese las resoluciones del Tribunal Constitucional Español: STC 122/2014, STC 121/2014, STC 120/2014, STC 110/2014, STC 107/2014 donde hace alusión al bloque de constitucionalidad y, en la resolución STC 111/2014 hace alusión de forma indistinta a bloque constitucional o bloque normativo.

10 MANILI, Pablo Luis, *Ob. Cit.*

11 ARANGO OLAYO, Mónica, *Precedente. Anuario Jurídico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi*, “El Bloque de Constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, 2004, [en línea], recuperado el 20 de diciembre 2014, disponible en <http://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2004/3ARANGOOLAYA.pdf>, pág. 79.

94, 164 y 214, que atendiendo a Monroy Cabra, señalan: 1. La adopción de la concepción monista de derechos humanos y, de esta forma incluye en la categoría de derechos protegidos los derechos en los tratados vigentes para Colombia en esa materia. 2. La obligación de interpretar los derechos humanos consagrados en la constitución conforme a los tratados internacionales. 3. La no vaguedad de los derechos humanos reconocidos constitucionalmente. 4. La obligación del Estado de sancionar las disposiciones de orden interno, respecto a los efectos de hacer operativos y efectivos los derechos establecidos en los tratados. 5. La necesidad de interpretar los derechos humanos en visto de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>12</sup>

Como bien afirma Uprimny, el bloque de constitucionalidad hace referencia “[...] a normas constitucionales que no se encuentran en la constitución política”,<sup>13</sup> es la propia constitución la que se extiende hacia otros instrumentos, incorporándolos al margen del sistema jurídico colombiano, es bien, como afirma Fajardo Arturo una ampliación material de la Carta Fundamental.

### 3. Situación en el Estado Mexicano

Estamos conscientes que más que crear o reconocer una nueva institución jurídica, el bloque de la constitucionalidad se encuentra previsto de forma tácita dentro de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). La Suprema Corte de Justicia de la Nación -Tribunal Constitucional en México- incorpora el término en mayo de 2007, en resolución en materia electoral, en la que se determina que:

Los artículos 122, apartado A, fracción II y apartado C, base primera, fracción V, inciso f) y 116, fracción IV, incisos b) al i), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y las normas que en particular establezca el legislador federal en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, integran un bloque de constitucionalidad en materia electoral para esta entidad [...].<sup>14</sup>

Así que el bloque de constitucionalidad aun cuando es una categoría jurídica no detallada en la CPEUM, es existente en las resoluciones judiciales, como bien

12 MANILI, Pablo Luis, *Ob. Cit.*, pág. 325-326.

13 FAJARDO ARTURO, Luis Andrés, *Civilizar*, “Contenido y alcance jurisprudencial del bloque de constitucionalidad en Colombia”, 2007, [en línea], recuperado el 11 de enero de 2015, disponible en <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista13/Contenido%20y%20alcance%20jurisprudencial.pdf>, pág. 18.

14 “Estatuto de Gobierno del Distrito Federal. Junto con la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos integra bloque de constitucionalidad en materia electoral”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XIXV, pleno, novena época, mayo 2007, tesis P.J. 18/2007, pág. 1641, jurisprudencia electoral.

pudimos tomar cuenta en la tesis planteada, sin embargo, el contenido de tal bloque varía de acuerdo a la materia que ostente como objeto de protección, esto es, si perseguimos el examen del bloque de constitucionalidad en la protección de los derechos humanos, entonces, es vital analizar, por lo menos de manera genérica, la reforma de la CPEUM en dicha materia, suscitada a mediados del año 2011, en el que se retoman los derechos del hombre –que ya habían figurado en la Carta Magna de 1857– y que entraña una manera diversa de constituir el bloque de la constitucionalidad, respecto a las cuestiones electorales.

### **3.1 La Reforma constitucional de derechos humanos de junio de 2011: artículo 1º**

Por principio sostenemos que las reformas constitucionales constituyen una de las fuentes de los derechos fundamentales, debido a que las adiciones al texto de la Constitución Federal acrecientan el universo de los derechos, puesto que éste no debe considerarse como cerrado. Bajo la aseveración anterior, con fecha 10 de junio del 2011, se publica en el Diario Oficial de la Federación, la reforma a la Constitución en materia de derechos humanos, después de un proceso legislativo que data de 2009, transformando la concepción de los derechos humanos en México y cambiando significativamente el *modus operandi* del Estado mexicano en pro de la salvaguarda y pleno ejercicio de aquéllos. Si bien, fueron varios preceptos los que se replantearon con la referida reforma, únicamente nos enfocaremos a la redacción del artículo primero.

En dicho artículo se modifica la denominación del Capítulo I, del Título Primero, ahora “De los derechos humanos y sus garantías”, de esta manera se eleva a rango constitucional los derechos humanos reconocidos tanto en la Carta Magna, como en los tratados internacionales de los que el estado mexicano es parte, retomando la concepción multidimensional de los derechos humanos revestidos en la Constitución del '57, además se sustituye el término “individuo” por el de “persona”, incluyendo dentro en la protección de derechos humanos a las personas jurídicas, según interpretación de la SCJN.

Por otra parte, se establece la interpretación armónica Constitución-tratados internacionales en materia de derechos humanos atendiendo al principio *pro-persona*, determinando llamada “interpretación conforme” que viene a generar que, en materia de derechos humanos, los tratados internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad, entre ellos, desde luego, la CADH –que enmarca el bloque de convencionalidad–, cumpliendo de cierto modo con las exigencias del desarrollo del derecho internacional en esta materia, que desde la aprobación de la Declaración Universal de 1948 se ha fortalecido en el sis-

tema universal de las Naciones Unidas y en los sistemas regionales de protección.<sup>15</sup>

El párrafo tercero del artículo constitucional en examen, señala que las autoridades estarán en la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, esto es, deben impulsar, fomentar, originar, propiciar el conocimiento de los éstos, basados en los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, siempre guiadas por la observancia y aplicación en estricto sentido de las leyes, de esta forma protegiendo y garantizando el goce de los derechos humanos, que conlleva el imperativo del Estado de prevenir, investigar, sancionar y reparar por las violaciones cometidas.

El párrafo cuarto, no sufre alteración alguna, puesto que se establece el mismo contenido antes de la reforma de 2011 y, por último el quinto, solo se aclara que cuando se refiere a preferencias está encaminada a las sexuales.

### **3.2 Integración del bloque de constitucionalidad en la protección de derechos humanos**

El jurista Fix Zamudio señala que una vez que los tratados internacionales que cumplen los requisitos formales y materiales, constituyen “derechos humanos nacionales de fuente internacional” implican su obligatoriedad y aplicabilidad en el derecho doméstico,<sup>16</sup> traduciendo lo anterior en la imposibilidad de los poderes constituidos de restringirlos o suspenderlos, salvos en casos que determine la Constitución Federal y, en este sentido armonizar la normas de derecho interno a los convenios que ha ratificado el Estado mexicano.

Ahora bien, los tratados internacionales en materia de derechos humanos no deben ser equiparados a los instrumentos internacionales que al igual sean suscritos por el Estado mexicano, pero que se declaren a normar otras materias,<sup>17</sup> ya que la naturaleza de los tratados de derechos fundamentales están orientados a proteger derechos fundamentales de las personas, en tanto sujetos de derecho interno, es decir, la relación del Estado frente a sus gobernados y no de los gobernados frente al derecho internacional, esto es así, en virtud de que los or-

15 MARTÍNEZ GARZA, Minerva, *Comisión Estatal de Derechos Humanos de Nuevo León*, “La reforma constitucional en materia de Derechos Humanos”, s.f., [en línea], recuperado el día 07 de enero del 2015, disponible en [http://derechoshumanosnl.org/18mayo2011\\_reforma\\_constitucional.pdf](http://derechoshumanosnl.org/18mayo2011_reforma_constitucional.pdf)

16 OROZCO HENRÍQUEZ José de Jesús, *IUS. Revista del Instituto de investigaciones Jurídicas de Puebla*, “Los derechos humanos y el nuevo artículo 1º constitucional”, 2011, julio-diciembre, año V, núm. 28, pág. 88.

17 COSSIÓ DÍAZ José Ramón, “Los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales y el principio *pro homine*”, s.f., en línea, recuperado el 20 de diciembre de 2014. Disponible en <http://juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/247/anc/anc19.pdf>, pág. 378.

denamientos en materia de derechos humanos por encima de buscar el equilibrio de intereses entre entidades estatales, persiguen “garantizar derechos y libertades del ser humano”.

Conviene retomar de manera breve la redacción del artículo 133 para contraponerlo a la composición del 1º, ambos constitucionales. En aquél, se refiere que son parte de la Ley Suprema de la Nación la Constitución y los tratados internacionales que se celebren de acuerdo con la misma y, en el primero se reconocen los derechos humanos que reconoce la Carta Magna y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, sin embargo, en este último artículo no distingue como lo hace el 133, al señalar que los tratados deberán “estar de acuerdo con la misma” o sea, con la Constitución, por tanto, las reglas de derecho internacional, ratificadas por México que tengan por objeto derechos humanos, se convierten en una prolongación del catálogo de derechos fundamentales, como norma especial y como agente integrante del bloque de la constitucionalidad,<sup>18</sup> no obstante, los tratados en otra materia, que no sea derechos humanos, deberán sujetarse a la Constitución federal, convirtiéndose en una norma general, cuya interpretación es inferior –jerárquicamente– a ésta.

Otro de los elementos de carácter volitivo en el bloque de la constitucionalidad son las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH),<sup>19</sup> en estricto fundamento en el artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos del Hombre, que muestra el compromiso de las entidades estatales suscritas a dicha Convención, de cumplir la decisión de la Corte en el caso en que sean partes;<sup>20</sup> sin embargo, en nuestro país, hasta antes de la contradicción de tesis 293/2011 las resoluciones de la CoIDH en los asuntos en que México no figuraba como parte tenían carácter únicamente orientador, sin em-

18 Vid. “Contradicción de Tesis 293/2011”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo I, libro V, pleno, décima época, abril 2014, pág. 96.

19 Tómese como fundamento el numeral 103, fracción I, de la CPEUM, que indica que los Tribunales Federales resolverán controversias suscitadas entre normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución y los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano.

20 Vid. “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Todas las autoridades del Estado Mexicano, incluyendo en Poder Judicial de la Federación, deben acatar lo ordenado en aquellas”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo I, libro 5, primera sala, décima época, abril 2014, tesis 1ª. CXLIV./2014, pág. 823, materia constitucional, tesis aislada; “Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en asuntos el Estado Mexicano fue parte. Para que sus criterios tengan carácter vinculante no requieren ser reiterados.”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo I, libro VIII, pleno, décima época, marzo 2013, tesis P.III/2013, materia constitucional, tesis aislada; “Sentencia emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Son vinculantes en sus términos cuando el Estado fue parte del litigio”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo I, libro III, pleno, décima época, diciembre 2011, tesis P.LXV/2011 (9na.), pág. 556, materia constitucional, tesis aislada.

bargo, posterior a dicha contradicción la SCJN ha determinado que el carácter vinculatorio de las resoluciones del Tribunal Internacional, no dependen únicamente de la participación activa del Estado Mexicano como parte de la Litis. Así mismo, la SCJN, establece que pese a las facultades que ésta tiene como Tribunal Constitucional, carece de imperio para “[...] analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso”,<sup>21</sup> sin que llegue a pensarse que la jurisprudencia de la CoIDH pretenda sustituir la jurisprudencia nacional, ya que en el caso de haber discrepancias, ambas deben armonizarse y en el supuesto de ser imposible aplicar la que brinde la protección más amplia.<sup>22</sup>

De lo que, podemos inferir que el bloque de constitucionalidad, en materia de derechos humanos, se encuentra socorrido por la misma CPEUM, que desborda su reconocimiento a los derechos fundamentales establecidos en los tratados internacionales que ha suscrito México y, que independiente de la fuente de donde provengan, no existen orden jerárquico entre los documentos que los contienen, puesto que dichos instrumentos gozan de la supremacía constitucional, al ser la propia Carta Magna quien amplia el catálogo de derechos fundamentales al reconocer aquellos que se consagren en las normas de derecho supranacional, amén de la jurisprudencia tanto de la SCJN como de la CoIDH y, en el caso de ésta, no importando si el Estado mexicano ha sido o no parte del asunto que resuelva.

## Conclusiones

Cuando se pretende hablar del bloque de Constitucionalidad en México, debemos atender a criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los que se ha ventilado acerca de su existencia, puesto que no es una categoría jurídica que se encuentre enunciada de manera “tal” dentro de nuestra CPEUM y que lleva aparejado el bloque de convencionalidad que no puede permanecer ajeno a la constitucionalidad de la norma, puesto que la misma Carta Magna constituye

---

21 “Sentencia emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Son vinculantes en sus términos cuando el Estado fue parte del litigio”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo I, libro III, pleno, décima época, diciembre 2011, tesis P.LXV/2011 (9na.), pág. 556, materia constitucional, tesis aislada.

22 “Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable para la persona”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo I, libro 5, pleno, décima época, tesis P./J. 21/2014. Primera, pág. 204, jurisprudencia común.

cionaliza los derechos humanos del plano internacional en su catálogo de derechos fundamentales.

La integración del bloque no vulnera el principio de supremacía constitucional, puesto que los tratados internacionales -instrumentos integrantes del mismo- en materia de derechos humanos, se visualizan como una prolongación de la protección que brinda el texto constitucional, ya que, posterior a la reforma constitucional de junio de 2011 (art. 1) la materia de derechos humanos deberá interpretarse a la luz de los documentos internacionales que en esa temática haya ratificado México; no obstante, el ordenamiento máximo de nuestra federación es la CPEUM y que ésta misma reconoce, sin perder su carácter de suprema, los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales que se hayan suscrito por el Estado mexicano, siguiendo el procedimiento que para el efecto, la propia Constitución determine.

Cuando de velar por los derechos humanos se trata, el Estado, en búsqueda de lograr el bien público, como teleología y persecución ontológica, se allegará los medios necesarios para lograr su cometido. En este sentido, el bloque de constitucionalidad además de las normas del texto constitucional y los tratados internacionales en materia de derechos humanos contiene un tercer integrante, los Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tienen un carácter vinculatorio, sin embargo, cuando se haya la idea de disociación entre la jurisprudencia nacional y la internacional, entonces, el juez deberá optar por aquella que proteja de manera más amplia los intereses y, cuando se trate de limitaciones, entonces por aquella que denote el menor perjuicio o la menor limitación.

## Bibliografía

- ARAGÓN REYES, Manuel & AGUADO RENEDO, César, *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Civitas, Madrid, 2011.
- FERRER MC-GREGOR, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en: La reforma constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011, pág. 343.
- RODRÍGUEZ MANZO, Graciela, ARJONA ESTÉVEZ, Juan Carlos & FAJARDO MORALES, Zamir, *Bloque de constitucionalidad en México. Libro 2. Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, 2013.
- MANILI, Pablo Luis, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional en los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, La Ley, Buenos Aires, 2003.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, *Bloque de constitucionalidad y bloque de la constitucionalidad*, Universidad de Oviedo, España, 1997.
- ARANGO OLAYO, Mónica, *Precedente. Anuario Jurídico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi*, "El Bloque de Constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional", 2004, [en línea], recuperado el 20 de diciembre 2014, disponible en <http://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2004/3ARANGOOLAYA.pdf>
- FAJARDO ARTURO, Luis Andrés, *Civilizar*, "Contenido y alcance jurisprudencial del bloque de constitucionalidad en Colombia", 2007, [en línea], recuperado el 11 de enero de 2015, disponible en <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista13/Contenido%20y%20alcance%20jurisprudencial.pdf>
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, "Los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales y el principio *pro homine*", s.f., en línea, recuperado el 20 de diciembre de 2014. Disponible en <http://juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/247/anc/anc19.pdf>
- MARTÍNEZ GARZA, Minerva, *Comisión Estatal de Derechos Humanos de Nuevo León*, "La reforma constitucional en materia de Derechos Humanos", s.f., [en línea], recuperado el día 07 de enero del 2015, disponible en [http://derechoshumanosnl.org/18mayo2011\\_reforma constitucional.pdf](http://derechoshumanosnl.org/18mayo2011_reforma constitucional.pdf)
- OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús, *IUS. Revista del Instituto de investigaciones Jurídicas de Puebla*, "Los derechos humanos y el nuevo artículo 1º constitucional", 2011, julio-diciembre, año V, núm. 28, págs. 85-98.

## Jurisprudencia

- “Contradicción de Tesis 293/2011”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo I, libro V, pleno, décima época, abril 2014, pág. 96.
- “Estatuto de Gobierno del Distrito Federal. Junto con la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos integra bloque de constitucionalidad en materia electoral”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XIXV, pleno, novena época, mayo 2007, tesis P./J. 18/2007, pág. 1641, jurisprudencia electoral.
- “Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable para la persona”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo I, libro 5, pleno, décima época, tesis P./J. 21/2014. Primera, pág. 204, jurisprudencia común.
- “Sentencia emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Son vinculantes en sus términos cuando el Estado fue parte del litigio”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo I, libro III, pleno, décima época, diciembre 2011, tesis P.LXV/2011 (9na.), pág. 556, materia constitucional, tesis aislada.
- “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Todas las autoridades del Estado Mexicano, incluyendo en Poder Judicial de la Federación, deben acatar lo ordenado en aquellas”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo I, libro 5, primera sala, décima época, abril 2014, tesis 1<sup>a</sup>. CXLIV./2014, pág. 823, materia constitucional, tesis aislada.
- “Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en asuntos el Estado Mexicano fue parte. Para que sus criterios tengan carácter vinculante no requieren ser reiterados.”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo I, libro VIII, pleno, décima época, marzo 2013, tesis P.III/2013, materia constitucional, tesis aislada.

# La tortura en la investigación penal. Avances jurídicos y viejas prácticas \*

María del Rosario Molina González \*\*

Lidia del Rocío Reyes Ramírez \*\*\*

María Teresa Gaxiola Sánchez \*\*\*\*

**RESUMEN:** *La democratización y legitimación de cualquier Estado Nación, de sus instituciones, depende no del reconocimiento discursivo o la amplitud de catálogo de derechos humanos; sino del respeto y la eficacia de los mismos, de su oponibilidad frente a terceros, de la expectativa de no vulneración; o en su caso, en la seguridad de su reparación en el caso de su violación. En la justicia penal, no obstante las reformas estructurales, la inversión presupuestal, la implementación de protocolos de actuación, los esfuerzos de capacitación y profesionalización del operador de la investigación penal, los indicadores de violaciones por actos de tortura y maltrato continúan en la práctica, así documentada en lo nacional e internacional, exponiendo al detenido a una victimización institucional. El objetivo del presente es determinar el estado de avance normativo y jurisprudencial en materia de tortura en México, sus posibles implicaciones para la investigación penal y la responsabilidad institucional.*

**Palabras clave:** Tortura, Investigación Penal, Derechos Humanos, Control de la Convencionalidad.

**ABSTRACT:** *Democratization and legitimacy of any nation and its institutions, depends not of discursive recognition or catalog amplitude of human rights; but of respect and effectiveness of them, their enforceability against third parties, for infringement no expectation; or, where appropriate, in the safety of repair in the event of their violation. In criminal justice, in spite of the structural reforms, investment budget, implementing protocols, efforts to train and professionalize the operator of the criminal investigation, indicators of violations by acts of torture and abuse continue in practice, well documented in the national and international levels, exposing the detainee to institutional victimization. The purpose of this is paper to determine the status of legal and jurisprudential progress on torture in Mexico, its possible implications for the criminal investigation and institutional responsibility.*

**Keywords:** Torture, Criminal Investigation, Human Rights, Control Conventionality.

\* Artículo recibido el 13 de enero de 2015 y aceptado para su publicación el 26 de febrero de 2015.

\*\* Doctora en Derecho, Docente e Investigadora de la Universidad de Sonora, Unidad Regional Sur, Departamento de Ciencias Sociales; Líder del CAEF "Dogmática Jurídica y Proceso Educativo. Tendencias Actuales". (UNISON-CA-165). Dirigir comunicaciones a: rmolina@navojoa.uson.mx

\*\*\* Doctora en Derecho, Catedrática de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, Líder del grupo Disciplinario "Género y Feminismo".

\*\*\*\* Doctora en Derecho, Docente e Investigadora de la Universidad de Sonora, Unidad Regional Sur, Departamento de Ciencias Sociales; Coordinadora Divisional de Prácticas Profesionales.

**SUMARIO:** 1. Contextualización conceptual; 2. Avances en la normativa constitucional y convencional; 3. Criterios jurisprudenciales relevantes; Algunas líneas de conclusión, Bibliografía

## 1. Contextualización conceptual

El problema de la tortura revela un proceso inacabado que prevalece en México para erradicarla de la prácticas detentivas y de investigación; no obstante de los avances discursivos, normativos y operativos, de la relevancia para la seguridad jurídica personal y colectiva de los derechos fundamentales y bienes jurídicos protegidos con su prohibición como la libertad, las garantías personales y jurídicas, incluso la vida. El acto de tortura es consecuente, en el mayor de los casos, de una detención arbitraria o ilegal, situación que de por sí expone al detenido, a incomunicación, a tácticas violentas para la obtención de información y confesiones, incluso de desapariciones forzadas, pues escudados en la guerra contra el narcotráfico, el informe de la Human Right Watch precisa, en el informe de 2014 para el capítulo México, que hay más de veintiséis mil desaparecidos o extraviados de 2007 a 2013, calificándolo como un problema de “grave crisis humanitaria” (HRW, 2014). Una herida abierta para el país, una deuda a los derechos humanos, y donde el discurso de eficacia persecutora, no puede encontrar justificante en desmedro de los derechos fundamentales.

El análisis pretende explorar las condiciones que prevalecen, y cómo, la materialización de los esfuerzos normativos se soportan, precisamente en la disminución de las brechas de tensión entre el discurso de la ley y la práctica de los operadores, de justicia, en la prevalencia de los derechos fundamentales, la desarticulación de investigaciones penales, en neutralizar probanzas obtenidas como consecuencia de estos actos de tortura, bajo el concepto de prueba ilegal o producto del árbol envenenado, de calificarla como detención ilegal, de un efectivo control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Finalmente, de ocurrir, vincular desde ese momento investigaciones penales a los autores de tales actos, y materialice el control penal de los derechos humanos, anunciados desde el marco constitucional.

El artículo 1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, (Organización de las Naciones Unidas, 1987), define a la tortura como:

Todo acto por el cual se inflaja intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se

sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

El acto de tortura, es producto siempre de una actuación intencional o dolosa, y al generarse sufrimientos graves, físicos o psicológicos, implica por sí mismo un ataque a la dignidad, libertad, incluso la vida de la persona, deriva generalmente en una condición de sumisión del detenido con respecto a la persona que ejerce la detención y que la ubica en una situación de riesgo, potencializando su vulnerabilidad; por este presupuesto diversos instrumentos la han proscrito, a guisa de ejemplo el precepto de que: *Nadie será sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*, según establece el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, misma que enmarca los compromisos internacionales en México, en relación con la tortura e incomunicación de las personas detenidas o en proceso de investigación.

## 2. Avances en la normativa constitucional y convencional

A propósito del bloque de convencionalidad<sup>1</sup> entre los documentos rectores que imponen a México obligaciones relacionadas a la erradicación, prevención y sanción de los actos de tortura, se cuenta la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, en 1985, en la cual los Estados miembros reconocen en su parte proemial que:

1 Entre los documentos que se cuentan en la comunidad internacional con motivo del tema de la tortura pueden mencionarse: Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Declaración sobre la Protección contra la Tortura), el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, los Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Principios de ética médica), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes (Convención contra la Tortura), el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (Conjunto de Principios sobre la Detención) y los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos. Y entre los órganos encargados de intervenir son: Comité contra la Tortura, el Comité de Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos, el Relator Especial sobre la Tortura, el Relator Especial sobre Violencia contra las Mujeres y los Relatores Especiales de los países nombrados por la Comisión de Derechos Humanos. Organización de las Naciones Unidas; Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos; *Protocolo de Estambul, Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Nueva York y Ginebra, 2001; fuente electrónica, [consultada en mayo de 2011], disponible en: <http://www.pjdf.gob.mx/temas/4-6-1/fuentes/11-A-7.pdf>

...la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes constituyen una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en la Carta de las Naciones Unidas y son violatorios de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.<sup>2</sup>

La convención señala como sujetos activos del delito de tortura, a los empleados o funcionarios públicos que la practiquen, utilizando como verbos rectores el instigar, inducir, cometer, o pudiendo impedir no lo hagan, sea por sí mismo, o a través de tercero; expresando que no puede justificarse para su práctica ni la peligrosidad del detenido, ni la seguridad del establecimiento carcelario.

Premisa fundamental que promueve la convencionalidad es que las declaraciones que se hayan obtenido con motivo de los actos de tortura no podrán ser admitidas en el proceso, solo como medio de convicción de que se utilizó sobre la persona del detenido.<sup>3</sup>

Como compromiso internacional específico se puede mencionarse el Protocolo de Estambul de 1999, concebido como el instrumento que integra las,

directrices internacionales para examinar a las personas que aleguen haber sufrido tortura y malos tratos, para investigar los casos de presunta tortura y para comunicar los resultados obtenidos a los órganos judiciales y otros órganos investigadores.<sup>4</sup>

Así se establece en la Guía Operacional para las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, de la Organización de las Naciones Unidas, que sostiene,

que cualquier situación en la que una persona sea privada de su libertad y en la que exista un desequilibrio de poder, siendo una persona totalmente dependiente de otra, constituye una situación de riesgo.<sup>5</sup>

La Organización Internacional describe igualmente en la guía referida que el riesgo de que ocurran tortura o tratos crueles es más elevado en ciertos momen-

2 Organización de Estados Americanos, Departamento de Derecho Internacional; *Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura*; 1985, fuente electrónica, [consultado septiembre 2011], disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html>

3 Para mayor amplitud del tema relacionado a contenido normativo de los tratados y convenciones, así como jurisprudencia, protocolo, manuales, confróntese la página oficial del Consejo de la Judicatura, Dirección General de Derechos Humanos, Equidad de Género y Asuntos Internacionales, *Textos Internacionales y Extranjeros en materia de tortura*, disponible en: <http://www.cjf.gob.mx/documentos/2011/HTML/DGDHEGyAI/Tortura/Textos%20internacionales/INDICE%20TORTURA.htm>

4 Organización de las Naciones Unidas; Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos; Protocolo de Estambul, ob cit, p. 2.

5 Organización de las Naciones Unidas, Alto Comisionado de los Derechos Humanos; *Prevención de la tortura; Guía Operacional para las Instituciones para Nacionales de derechos humanos*, ACNUDH, APT y Foro Asia-Pacífico, mayo de 2010; p. 4.

tos durante el período de detención de una persona, por ejemplo en los momentos iniciales de detención y custodia policial, así como durante el traslado de un centro de detención a otro. Las situaciones en que las personas privadas de su libertad están aisladas de los demás también pueden hacer que aumente el riesgo de tortura o tratos crueles, en particular en caso de detención en régimen de incomunicación o aislamiento.

Los riesgos de tortura, incomunicación, tratos crueles que afecten la dignidad de la persona, se potencializan en instalaciones cerradas, incluyendo por tanto no solo a las prisiones, los espacios de las comisarías policiacas preventivas, los centros psiquiátricos, los centros de detención de menores y migrantes, entre otras.

Los tratados y convenios imponen una serie de obligaciones para los estados miembros, no solo el legislar, sino en forma holística una serie de acciones para prevenir su práctica, desde la investigación, la tipificación, la sanción, la indemnización a las víctimas; así corroborado por la posición del precedente de Noveña Época, la cual precisa en su cuerpo argumentativo que:

Con fundamento en el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el Estado Mexicano tiene las siguientes obligaciones para prevenir la práctica de la tortura: establecer dentro de su ordenamiento jurídico interno la condena a la tortura como un delito, sea consumada o tentativa; sancionar tanto al que la comete como al que colabora o participa en ella; detener oportunamente al torturador a fin de procesarlo internamente o extraditarlo, previa investigación preliminar; sancionar con las penas adecuadas este delito; indemnizar a las víctimas; prestar todo el auxilio posible a todo proceso penal relativo a los delitos de tortura, incluyendo el suministro de toda prueba que posean; y *prohibir que toda declaración o confesión que ha sido obtenida bajo tortura sea considerada válida para los efectos de configurar prueba en procedimiento alguno, salvo contra el torturador*. Además, la integridad personal es el bien jurídico cuya protección constituye el fin y objetivo principal para prohibir la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes, lo cual también se encuentra previsto en los artículos 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esto es, el derecho a no ser objeto de tortura, *penas crueles o tratos inhumanos o degradantes es un derecho cuyo respeto no admite excepciones, sino que es absoluto y, por ende, su vigencia no puede alterarse ni siquiera durante una emergencia que amenace la vida de la nación*.<sup>6</sup> (Cursivas propias)

---

<sup>6</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Rubro. *Tortura. Obligaciones del estado Mexicano para prevenir su práctica*, [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Noviembre de 2009; p. 416.

En el ámbito nacional, el marco rector se obtiene del artículo 20, inciso b, fracción II, que al establecer los derechos de la persona imputada, determina que. *Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura*, adminiculado al contenido del artículo 22 Constitucional se ordena que,

quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.<sup>7</sup>

Esta tipificación de la tortura se aprobó en la legislación especial federal para prevenirla. Promulgada en 1991 durante el sexenio salinista. Determina como elementos del delito al servidor público que lo comete,

con motivo de sus atribuciones, inflaja a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos con el fin de obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada.<sup>8</sup>

Como bienes jurídicos personales tutelados se integran a: la dignidad humana, la integridad personal y la indemnidad de la conciencia y de la integridad física-psíquica de las personas; y en materia de justicia penal el Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en asuntos que involucren hechos constitutivos de tortura y malos tratos, establece a:

a) El derecho al debido proceso respecto de un juicio justo: no autoincriminarse, legalidad en la procuración e impartición de justicia y defensa adecuada, entre otros. b) El debido proceso respecto a la ejecución penal: el derecho a la ejecución plena (sin exceso ni defecto) de las resoluciones judiciales (privativas de la libertad). c) Evitar las penas extrajudiciales y su trascendencia a personas distintas de la persona imputable.<sup>9</sup>

El artículo 4 de la ley en mención prevé en cuanto a la penalidad contempla a la pena de prisión oscilando de tres a doce años, de doscientos a quinientos días multa e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos hasta por dos tantos del lapso de privación de libertad impuesta. Además que sanciona al funcionario que realice actos para instigar, compelir o autorizar a un tercero a realizar actos de tortura; extendiéndose la condición de

7 México. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2014, artículo 22.

8 Congreso de la Unión, *Ley Federal para prevenir y erradicar la tortura*, México, 1994; fuente electrónica, [consultada en mayo de 2014], disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/129.pdf>

9 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en asuntos que involucren hechos constitutivos de tortura y malos tratos*, México, 2014, p. 61.

punibilidad para el funcionario que teniendo conocimiento de que se practican actos de tortura no los denuncie de inmediato.

El artículo 181 de la ley punitiva de Sonora establece que lo comete:

El servidor público que directamente o valiéndose de terceros y en ejercicio de sus funciones, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero su confesión, una información, un comportamiento determinado o con el propósito de castigarla por un hecho cierto o supuesto.<sup>10</sup>

El mismo código local prevé como sanción la pena privativa de la libertad de tres a diez años, por lo que no alcanza fianza. La pena pecuniaria podrá ascender de veinte a trescientos días de multa y además, dada la cualidad personal del activo, adicionalmente podrán aplicarse las sanciones de destitución e inhabilitación hasta por diez años. Califica como agravantes la reincidencia, además de que estipula la inhabilitación definitiva. Tratándose del delito de tortura no cabe el calificativo de culposo, además de que el activo no puede hacer valer la excluyente de la actuación por necesidad o de riesgo procesal que, en la fracción VIII del artículo 13 establece que:

VIII. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, grave e inminente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial y el contraventor no haya provocado dolosamente o por culpa grave el estado de necesidad, ni se tratare de aquel que por su empleo o cargo tenga el deber legal de afrontar el peligro.<sup>11</sup>

Si bien, el avance normativo ha sido significativo, la situación de violación a la libertad, por actos notoriamente ilegales y arbitrarios, que culminan con desapariciones forzadas y actos de tortura, malos tratos, tratos degradantes, y violaciones a la seguridad jurídica, al debido proceso, ha sido ampliamente documentada en la práctica de la investigación y la justicia penal en México, por organismos internacionales como: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Amnistía Internacional en su informe *Culpables conocidos y víctimas ignoradas. Tortura y malos tratos en México de 2012*;<sup>12</sup> la Organización Mun-

---

10 Sonora, Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Sonora, 2014, artículo 182.

11 Ibídem.

12 Amnistía Internacional; *Informe Culpables conocidos y víctimas ignoradas. Tortura y malos tratos en México*” 2012; Madrid, España; fuente electrónica, [consultada en diciembre de 2012], disponible en: [http://amnistia.org.mx/publico/tortura/24106312.ext%20\(Tortura%20y%20maltrato%20en%20Mexico-INFORME\)%20\(1\).pdf](http://amnistia.org.mx/publico/tortura/24106312.ext%20(Tortura%20y%20maltrato%20en%20Mexico-INFORME)%20(1).pdf)

dial contra la tortura (OMCT), el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas.<sup>13</sup>

El informe de Amnistía Internacional determina que la situación cuantitativa de la impunidad de la tortura en el país es abrumadora.

Según la PGR, entre 2008 y 2011 se abrieron 58 investigaciones preliminares por tortura, que dieron lugar a 4 actas de acusación formal. Según la Judicatura federal, durante el mismo periodo hubo 12 procesamientos por tortura, que dieron lugar a 5 sentencias condenatorias. El Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) recoge y publica datos nacionales. De acuerdo con él, entre 2006 y 2010, en la jurisdicción o fuero federal hubo un procesamiento y ninguna sentencia condenatoria por tortura. En el mismo periodo, en el fuero común (las jurisdicciones de los 31 estados y el Distrito Federal) hubo 37 procesamientos y 18 sentencias condenatorias por tortura. Sin embargo, es imposible correlacionar estas diversas fuentes de datos para obtener un registro interanual exacto.<sup>14</sup>

En un ejercicio exploratorio, en la legislación punitiva de Oaxaca no se contempla a la tortura como tipo penal, pues en su capítulo relacionado con el abuso de autoridad y otros delitos oficiales,<sup>15</sup> no se integra ningún supuesto que describa los elementos normativos de la tortura. Debe hacerse la aclaración que para tal efecto, se remite a la Ley estatal para prevenir y sancionar la tortura,<sup>16</sup> cuerpo normativo que data de 1993, que se integra por siete artículos y de los cuales el numeral primero estipula los elementos normativos del acto de tortura.

En Sonora, el delito de tortura se integra dentro del Título VII de delitos cometidos por servidores públicos, y en el Capítulo II, reglamentado junto con el incumplimiento de un deber legal y el abuso de autoridad, y en relación con las estadísticas verificables en el portal oficial del Poder Judicial del Estado de Sonora,<sup>17</sup> los anuarios de las estadísticas delictivas de 2007 a 2013, si bien arrojan datos numéricos respecto de las causas penales instrumentadas por estas conductas de-

13 Organización de las Naciones Unidas, Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas; *Informe sobre las situaciones de la tortura en México; Consideración del 5º y 6º Informe Consolidado* (México), 49º periodo de sesiones; México-Ginebra, 12 de octubre de 2012; fuente electrónica [consultado en diciembre de 2012] disponible en: [http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/ngos/OMCT\\_Mexico\\_CAT49\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/ngos/OMCT_Mexico_CAT49_sp.pdf)

14 Amnistía Internacional, 2012, ob cit., p. 5.

15 Poder Legislativo, Congreso del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, *Código Penal para el Estado libre y soberano de Oaxaca*, 2013, artículo 208, p. 43 y ss. Fuente electrónica, (consultada en enero de 2015), disponible en: [www.congresooaxaca.gob.mx](http://www.congresooaxaca.gob.mx)

16 Poder Legislativo, Congreso del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, *Ley Estatal para prevenir y sancionar la tortura*, 1993, artículos 1-4, páginas 1 y 2; fuente electrónica, (consultada en enero de 2015), disponible en: [www.sintortura.mx/wp-content/uploads/2014/04/OAXACA](http://www.sintortura.mx/wp-content/uploads/2014/04/OAXACA)

17 Poder Judicial del Estado de Sonora, *Anuario Estadísticos 2007 a 2011*, disponibles en el portal oficial accesible en: [http://www.stjsonora.gob.mx/acceso\\_informacion/Estadistica%20Mensual.htm](http://www.stjsonora.gob.mx/acceso_informacion/Estadistica%20Mensual.htm)

lictivas, en ninguno de los años se instrumentó algún juicio por el delito de tortura cometido por servidor público. En relación a las quejas instrumentadas ante la Comisión de Derechos Humanos de Sonora, de acuerdo a sus informes estadísticos las recomendaciones en el período de 2010 a 2014 ascienden a 117, de las cuales el 61.53% el acto violatorio fue el abuso de autoridad, de este dato, el 33.33% acumulaba abuso de autoridad y detención arbitraria y/o retención ilegal. Sin embargo, no existe referencia documentada de actos de tortura ante el ombudsman local.<sup>18</sup>

El incremento de las quejas del ciudadano por los actos de exceso y actuación arbitraria de la autoridad, no corresponde a los indicadores de procesos y sanción de la autoridad responsable, lo que revela un alto grado de impunidad y la ineficacia de los sistemas legales de protección, como consecuencia del contubernio y so-lape inter-institucional: investigadora, persecutora y administradora de la justicia penal, de todos los niveles. Situación acentuada por la política criminal, impulsada durante el sexenio presidencial de 2006-2012, que llevó a la militarización de las funciones de seguridad pública, contrariando la misma Constitución.

El mismo organismo internacional corrobora lo anterior al sostener que: La falta de actas de acusación, juicios y sentencias condenatorias por tortura y otros malos tratos es reflejo de la incapacidad o falta de voluntad de las autoridades para garantizar la investigación y el enjuiciamiento efectivos e imparciales de los casos. Por ejemplo, el creciente número de denuncias presentadas ante la CNDH no da dado lugar a un aumento de las actas de acusación ni de las sentencias condenatorias.<sup>19</sup>

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha impuesto a México sendas sentencias con motivo de la violación reiterada y grave a los derechos humanos, en temas de género, desaparición forzada, violencia estructural, tortura y malos tratos, detención arbitraria. Las condenas han oscilado desde la reparación simbólica, económica, transitando hacia el concepto de la reparación integral por violación a los derechos humanos, condenándose a México a hacer los cambios jurídicos y operativos que tiendan a eficientar el control por violación a los derechos humanos, y no se deje impune al responsable. Muchos de ellos han tenido un cumplimiento parcial; evidentemente en la incapacidad sancionadora a la autoridad responsable.<sup>20</sup>

18 Comisión Estatal de los Derechos Humanos en Sonora, *Recomendaciones: Histórico de Recomendaciones y Recomendaciones 2014*, Portal Oficial, fuente electrónica, consultada en enero de 2015, disponible en [www.cedhsonora.org.mx](http://www.cedhsonora.org.mx)

19 Ibid. p. 6.

20 Solo por referir algunos de los más recientes casos que condenan a México son el Caso Rosendo Radilla, Valentina Rosendo e Inés Fernández resuelto en 2010; Caso Teodoro Cabrera y Rodolfo Montiel con sentencia de 2010; Tortura a Manifestantes en Guadalajara; Oaxaca, Baja California.

Por su parte, el informe de México-Ginebra sobre Derechos Humanos también de 2012, revela que la práctica de la tortura como mecanismo de investigación en el país, es sistemática, no obstante el histórico recuento de las recomendaciones, lo mismo de organismos nacionales e internacionales, por erradicar esta práctica y castigar al responsable, como referentes mínimos de protección a los derechos humanos, lejos de ello el espectro de autoridades que violan la libertad y los derechos concatenadas a ella se ha ampliado.

Esta práctica continúa siendo sistemática en el país e incluso ha aumentado considerablemente en el contexto de la lucha estatal contra el crimen organizado. Así, en la actualidad, quienes recurren a la tortura como práctica sistemática no son solamente agentes policiales, como había sido señalado por el Comité en su informe tras la visita a México, sino también elementos de las fuerzas armadas y particulares quienes en ocasiones actúan con anuencia del Estado.<sup>21</sup>

Los referentes estadísticos son cada vez mayores, así como mayores los implicados como responsables, es fácilmente deducible que la persona es expuesta a condiciones extremas de vulneración a sus derechos, y *“por lo general transcurren varias horas o incluso días a partir de la detención, durante los cuales los detenidos no tienen contacto con sus familiares, ni con un abogado defensor, ni son presentados ante la autoridad judicial”*.<sup>22</sup>

Por otra parte, encontrar referenciales cuantitativos son escalos, a guisa de ejemplo, de acuerdo al informe de la Human Right Watch de 2014, en el capítulo de México, determinó que en el tema de tortura;

La Procuraduría General de la República, aplicó el protocolo en 302 casos entre 2003 y agosto de 2012, y encontró signos de tortura en 128. Sin embargo, durante ese período inició solamente investigaciones de tortura, y ninguna de estas terminó en procesos en los cuales se impusieran condenas. Entre enero y septiembre de 2013, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos recibió más de 860 denuncias de tortura y trato cruel, inhumano o degradante por parte de funcionarios federales.

Los datos estadísticos que se han analizado generados por organismos internacionales, los informes oficiales a nivel nacional y local, de éste análisis son coincidentes en los resultados, referenciados en la ausencia de sanción a la práctica de la tortura, por lo que prevalece en su expresión en espacios oscuros, y los mínimos actos que se denuncian: por la víctima o la judicatura, se diluye en los espacios institucionales. No es aventurado advertir una colusión de los operadores del sistema de justicia penal: corporaciones policiacas, militares,

21 Organización de las Naciones Unidas, Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, 2012, obra citada, p. 12.

22 Ibidem, p. 14.

procuración e impartición de justicia, donde tolera y justifica esta praxis, quienes en una injustificada eficiencia confunde la eficacia persecutora, donde el sacrificio es el respeto de los derechos humanos.

Son escasas las causas penales que se denuncian como violatorias de la libertad, con la natural tortura y los malos tratos, los pocos que se conocen llevan implícito un amplio uso de recursos mediáticos, a guisa de ejemplo el documental *Presunto Culpable*, la violación de la libertad a indígenas mazahua luego de 5 años de prisión, y a través de juicio de amparo en revisión, que implicó el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para decretar su inocencia, cuya detención de origen fue *por su actitud sospechosa*. También merece la pena mencionar el caso internacional de Florence Cassez, con la maquinaria mediática e internacional que implicó esta última causa. Es icónico en el uso temerario del poder público para fabricar un proceso penal, donde la violación al debido proceso, el principio de inocencia, y por las garantías de seguridad jurídica se reducen a pronunciamientos ínfimos. En la mayoría de los casos, la persona detenida arbitrariamente y torturada, al recuperar la libertad lo que quiere es olvidar; ante la desconfianza profunda del castigo del responsable, expuesto a la maquinaria de institucional que lo revictimiza y estigmatiza; y que, se sabe, puede fabricar culpables con velocidad y facilidades inauditas.<sup>23</sup>

La impunidad de los actos atentatorios contra la libertad personal es muy amplia, si bien, los esfuerzos normativos procuran incluir los supuestos de punición, intentando con ello conformar un sólido espacio de garantías y tutelas de los derechos humanos, la tensión entre la norma y la praxis vuelve a ser una constante. Además de que el operador de la investigación comete actos atentatorios contra el derecho humano, debe agregarse la deficiencia con la cual se valida la detención, prácticamente un acto protocolario por el juzgador, adicionando el valor de convicción que se le da a las declaraciones arrancadas en estos espacios de arbitrariedad, incomunicación y tortura.

23 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Ministro Ponente Arturo Zaldívar Lelo de la Rea, Expuesto a propósito del Amparo Directo en revisión 517/2011, en donde se expresa por la Suprema Corte de Justicia, en el apartado de los efectos de la sentencia que: “Como señalamos en su momento, y por las circunstancias específicas de este caso, la violación a los derechos fundamentales a la notificación, contacto y asistencia consular; a la puesta a disposición inmediata del detenido ante el Ministerio Público y a la presunción de inocencia –en los términos aquí expuestos– han producido un efecto corruptor en la totalidad del proceso seguido en contra de Florence Marie Louise Cassez Crepin, viciando tanto el procedimiento en sí mismo como sus resultados. Lo anterior resulta aplicable a los delitos por los que fue condenada la recurrente. Es importante establecer que esta no es la primera ocasión en la que la Primera Sala determina que la violación material a un derecho fundamental vicia tanto el procedimiento en sí mismo como sus resultados, por lo que procede otorgar la libertad del sentenciado cuando la violación produce la afectación total del derecho de defensa.”. Y cuyo efecto fue la declaratoria de la libertad total, lisa y llana de la quejosa, fuente electrónica, [consultada febrero de 2013], disponible en: [http://www.scn.gob.mx/pleno/Documentos/proyectos\\_resolucion/ADR-517\\_2011.pdf#search=%22florence%20cassez%22](http://www.scn.gob.mx/pleno/Documentos/proyectos_resolucion/ADR-517_2011.pdf#search=%22florence%20cassez%22)

Sin dejar de reconocer que el Estado, por conducto de sus corporaciones, es el legitimado para actuar en forma preventiva y reactiva frente a las condiciones delincuenciales e inseguridad pública, el empleo de la fuerza pública parte del presupuesto de un uso excepcional y proporcional ejercida con respecto a las personas implicadas en la situación de riesgo; consecuentemente, la implicación de las conductas del operador de la investigación penal permite el encuadre en otros tipos delictivos, tales como el abuso de autoridad, el incumplimiento de un deber legal e incluso el encubrimiento.

### 3. Criterios jurisprudenciales relevantes

Se ha intentado combatir la tortura en forma transversal; aun con todos los cambios efectuados para transitar a un mejor estadio para la justicia penal en nuestro país, y con ello un proceso de investigación científica, garantista; con anunciados espacios de profesionalización de las corporaciones, de especialización, incluyendo políticas de seguridad pública que implica mando único y acciones de intervención de policía de proximidad, los protocolos de actuación policial, las cadenas de custodia de personas detenidas, todo como acciones para incidir en los parámetros del respeto a los derechos humanos y de impacto colateral para recuperar la confianza pública; sin embargo, las malas prácticas prevalecen y en la conciencia colectiva no se modifica la percepción, ni se recupera la confianza.

En el recuento de los esfuerzos destacan los recientes pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en Décima Época, respecto de la invalidación de las pruebas que se hubieren obtenido con causa y motivo de la tortura sufrida por el detenido. A propósito del control de la convencionalidad, del bloque de constitucionalidad y del control difuso, de la prioridad de la interpretación conforme y de la plena vigencia del principio pro homine, impone la obligación para los integrantes de la judicatura que deberá analizar las condiciones de detención, y de obtenerse indicios de que el justiciable haya sido torturado, deberá dar vista oficiosa al Ministerio Público para la posible integración de la averiguación previa de la autoridad denunciada como responsable, y de ser procedente juzgarlo en materia penal. Literalmente la jurisprudencia por reiteración bajo el rubro

Actos de tortura. Cuando los órganos jurisdiccionales, con motivo de sus funciones, tengan conocimiento de la manifestación de una persona que afirme haberlos sufrido, oficiosamente deberán dar vista con tal afirmación a la autoridad ministerial que deba investigar ese probable ilícito,

pondera en sus argumentos que:

(...) Así, del análisis de los preceptos invocados se concluye: a) Las personas que denuncien actos de tortura tienen el derecho a que las autoridades intervengan de forma expedita para que su acusación sea investigada y, en su caso, examinada a través de un juicio penal; b) La obligación de proteger ese derecho recae en todas las autoridades del país (en el ámbito de sus competencias), y no sólo en aquellas que deban investigar o juzgar el caso; y c) Atento al principio interpretativo *pro homine*, para efectos del mencionado derecho, debe considerarse como denuncia de un acto de tortura a todo tipo de noticia o aviso que sobre ese hecho se formule ante cualquier autoridad con motivo de sus funciones. Consecuentemente, cuando los órganos jurisdiccionales, con motivo de sus funciones, tengan conocimiento de la manifestación de una persona que afirme haber sufrido tortura, oficiosamente deberán dar vista con tal afirmación a la autoridad ministerial que deba investigar ese probable ilícito.<sup>24</sup> (Cursivas propias)

En esta categorización, la prohibición de la tortura, es un derecho absoluto, se asume como *jus cogens*, esto es como una norma imperativa rectora y general de la comunidad internacional, de tal suerte que, en el sistema jurídico mexicano se subsume esta máxima en los presupuestos más progresistas, incluso en la consideración de que al decretarse la suspensión de derechos humanos y sus garantías, no puede ser suspendida la prohibición de las desapariciones forzadas ni la prohibición de la tortura. Esta consideración, se dispuso en precedente de la Primera Sala, que en su texto plantea:

...enfatiza que la prohibición de tortura y la protección a la integridad personal son derechos que no pueden suspenderse ni restringirse en ninguna situación, incluyendo los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto...<sup>25</sup>

Imponiéndose así la naturaleza jurídica de un derecho absoluto, que actualiza una categoría especial y de mayor gravedad. Por lo que sus consecuencias o efectos jurídicos se manifiestan en dos vertientes: por la violación a los derechos humanos –la factibilidad de su reparación– y, por la tipificación de un delito, al considerarse el nacimiento de una responsabilidad institucional.<sup>26</sup>

Esta consideración de derecho absoluto plantea además que cuando la persona aduce que ha sufrido tortura, la autoridad debe en forma inmediata y oficiosa dar vista al Ministerio Público para que inicie una “*investigación de manera*

24 Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2; p. 1107.

25 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tesis Aislada, Registro: 2006482; Libro 6, Mayo de 2014, Tomo I, Tesis: 1a. CCV/2014 (10a.), p. 561.

26 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tesis Aislada, Registro: 2006484, Libro 6, Mayo de 2014, Tomo I, Tesis: 1a. CCVI/2014 (10a.), p. 562.

*independiente, imparcial, meticulosa. Dicha investigación tiene como finalidad determinar el origen y naturaleza de la afectación a la integridad personal de quien alega la tortura, e identificar y procesar a las personas responsables*”. Con tal declaración, el juzgador debe ordenar la investigación pertinente, examinación que deberá efectuarse aun cuando estos estudios no se hubieren realizado oportunamente, el elemento sustantivo es que “*subsistirá en todo momento la obligación de instruir su investigación conforme a los estándares nacionales e internacionales para deslindar responsabilidades y, en su caso, esclarecerla como delito*”;<sup>27</sup> resguardándose así en todo momento el bien jurídico de la integridad personal.

En el bloque de precedentes que se han emitido por la Primera Sala de la Suprema Corte, establece que la tortura es un tema que debe su análisis en forma previa y oficiosa, sin embargo, no es óbice que de detectarse pruebas supervenientes se realice el estudio, así sostenido en el precedente el cual establece que, “*...no es impedimento para que el tribunal de amparo admita y valore medios de prueba supervenientes que tengan vinculación directa con violaciones a derechos humanos en dicha etapa de investigación...*”.<sup>28</sup> Finalmente, en los más recientes criterios, se determinó que la tortura no constituye un acto consumado de modo irreparable, por lo que se constriñe al juzgador de amparo para que admita la demanda de amparo indirecto, aun cuando, ya se hubiere consignado a la autoridad judicial la causa donde derivan los actos de tortura, por lo que son susceptibles de ser reparados.<sup>29</sup>

Los precedentes anteriores son un aliciente en la protección de los derechos humanos a propósito de la tortura y malos tratos; si bien, la apuesta es entonces a un verdadero control difuso de la constitucionalidad y la convencionalidad, donde las premisas del principio pro persona, el carácter progresivo de los derechos humanos y la interpretación conforme exigen de la judicatura una actuación de amplio espectro, que asuman además el carácter vinculante y no solo orientador de los procedentes de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

El problema sigue siendo las condiciones de detención arbitraria e ilegal, la clandestinidad y vulnerabilidad exponencial en que permanecen los detenidos, la gran cifra negra de la no denuncia de los actos de tortura y malos tratos, y aun hecha la denuncia sea en vía de acción jurisdiccional o no jurisdiccional, esta

27 Ibid. Tesis Aislada, Registro: 2006483, Libro 6, Mayo de 2014, Tomo I, Tesis: 1a. CCVII/2014 (10a.), p. 561.

28 Ibid, Tesis Aislada, Registro: 2006473, Libro 6, Mayo de 2014, Tomo I, p. 541.

29 Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Tesis Aislada, Registro: 2008180, Materia Común, Tesis: III.2o.P.66 P (10a.), 12 de diciembre de 2014.

permanezca en la impunidad, reforzándose con el informe para México en el cual se ilustra que:

La Procuraduría General de la República aplicó el protocolo en 302 casos entre 2003 y agosto de 2012, y encontró signos de tortura en 128. Sin embargo, durante ese período inició solamente 39 investigaciones de tortura, y ninguna de estas terminó en procesos en los cuales se impusieran condenas. Entre enero y septiembre de 2013, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos recibió más de 860 denuncias de tortura y trato cruel, inhumano o degradante por parte de funcionarios federales.<sup>30</sup>

Así pues, prevalece un efecto embudo que diluye las cifras entre los actos de tortura documentados, los conocidos mediáticamente, los denunciados en vía jurisdiccional o no jurisdiccional, y finalmente la sanción impuesta al responsable; situación que se recrudece con las desapariciones forzadas, pues el propio presupuesto de detención en los resguardos militares y policiacos ya suponen actos de uso excesivo de la fuerza que atenta no solo la integridad personal, la dignidad, la libertad y la vida, tanto del detenido como de sus familiares. Por otro lado, la investigación de los actos de tortura es cualquier momento del drama penal, pues la población cautiva en el sistema penitenciario, procesada o sentenciada, constituye otro factor de riesgo en las condiciones del México contemporáneo.

Las incidencias documentadas de actos de tortura, en la internacional, nacional y local, si bien, como se ha demostrado son escasas, si no es que nulas, permanece en la conciencia colectiva la desconfianza a los operadores de la investigación penal; cuya percepción colectiva es la toma de represalias, y quien la padece, lo que pretende es olvidar, pues ya carga con el estigma social. La pretensión es pues, abonar en pro de su efectividad, visto no solo detectar las áreas de oportunidad en materia operativa: de investigación y procuración de justicia, del juzgador, sino incidir en una cultura de la denuncia y de la exigencia de responsabilidad institucional, indemnizatoria, y disminuir la impunidad en el tema de violación de derechos humanos.

### Algunas líneas de conclusión

El recuento de los avances desde el sistema normativo, sea desde el bloque de constitucionalidad, convencionalidad y legalidad, desde el discurso normativo y las argumentaciones jurisprudenciales, jurisdiccionales o no jurisdiccionales, nacionales o internacionales, no solo orientadores sino vinculatorios, para tute-

30 Informe de Derechos Humanos ( Human Rights Watch), Capítulo México, Resumen de país, enero de 2014, fuente electrónica, (consultada en noviembre de 2014), disponible en: [http://www.hrw.org/sites/default/files/related\\_material/mexico\\_sp\\_4.pdf](http://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/mexico_sp_4.pdf)

lar la dignidad humana, el derecho a la integridad personal física y psicológica, la indemnidad de conciencia, y la vida misma, frente a los actos de tortura y malos tratos, replantean la tensión entre validez del derecho y eficacia. Eficacia que se vislumbraría de una práctica racional y obligatoria, rectora de la actuación por los operadores, respetuosos de la prohibición de practicar actos de tortura, por lo que la investigación y detención se realizan en la excepcionalidad y proporcionalidad que exige la limitación del derecho supremo de la libertad personal, y que equilibra dos fines estatales: el respeto a los derechos humanos y la eficacia persecutora en materia penal.

No es desconocido los esfuerzos de profesionalización de las corporaciones y de las condiciones de desventaja operativa con las que se enfrentan a la delincuencia mermados a priori en su capacidad material reactiva. Y aun, cuando en bondad de argumento se puede sostener que los casos son menos; aunado a que la confesión ha dejado de ser la reina de las pruebas en materia penal, las viejas prácticas prevalecen, no solo en el uso excesivo de la fuerza pública, sino en las detenciones arbitrarias, ilegales, el incumplimiento de un deber legal, y los abusos de autoridad.

El avanzar en la protección y respeto de los derechos humanos exige un esfuerzo colectivo, y desde cualquier espacio operativo del proceso penal: investigación, procuración e impartición de justicia, y de ejecución de sanciones, buscará abonarse a combatir los actos de tortura. No solo en la capacitación del primero, en el uso eficiente de los protocolos de detención, de cadena de custodia de la persona detenida, de calificación de detenciones, y de investigaciones asertivas y científicas que permitan dilucidar la causa penal, con el respeto de la seguridad jurídica; y en todo caso, la actuación del juzgador que de vista de los actos posible de comisivos del delito de tortura, el ciclo solo se cerrará en la medida de que se culturice la denuncia en contra de los actos de excesos de poder del funcionario, y de que el propio sistema, sancione al funcionario, considerado desde el siglo XIX, esos abusos de poder, como actos derivados de un conspirador y traidor, un acto de tortura institucionalizado deslegitima el aparato estatal mismo.

## Bibliografía

- AMNISTÍA INTERNACIONAL; "Informe Culpables conocidos y víctimas ignoradas. Tortura y malos tratos en México", 2012; Madrid, España; fuente electrónica, [consultada en diciembre de 2012], disponible en: [http://amnistia.org.mx/publico/tortura/24106312.ext%20\(Tortura%20y%20maltrato%20en%20Mexico-INFORME\)%20\(1\).pdf](http://amnistia.org.mx/publico/tortura/24106312.ext%20(Tortura%20y%20maltrato%20en%20Mexico-INFORME)%20(1).pdf)
- COMISIÓN ESTATAL DE LOS DERECHOS HUMANOS en Sonora, "Recomendaciones: Histórico de Recomendaciones y Recomendaciones 2014", Portal Oficial, fuente electrónica, consultada en enero de 2015, disponible en [www.cedhsonora.org.mx](http://www.cedhsonora.org.mx)
- CONSEJO DE LA JUDICATURA, Dirección General de Derechos Humanos, Equidad de Género y Asuntos Internacionales, "Textos Internacionales y Extranjeros en materia de tortura", disponible en: <http://www.cjf.gob.mx/documentos/2011/HTML/DGDHEGyAI/Tortura/Textos%20internacionales/INDICE%20TORTURA.htm>
- INFORME DE DERECHOS HUMANOS (Human Rights Watch), "Capítulo México, Resumen de país", enero de 2014, fuente electrónica, (consultada en noviembre de 2014), disponible en: [http://www.hrw.org/sites/default/files/related\\_material/mexico\\_sp\\_4.pdf](http://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/mexico_sp_4.pdf)
- MÉXICO, "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", 2014, disponible en. [www.ordenjuridico.gob.mx](http://www.ordenjuridico.gob.mx)
- "Ley Federal para prevenir y erradicar la tortura", México, 1994; fuente electrónica, [consultada en mayo de 2011], disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/129.pdf>
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, (1987), "Convención contra la tortura y otros o penas crueles, inhumanos y degradantes;" fuente electrónica (Consultada en enero de 2014), disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cat.htm>
- Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos; "Protocolo de Estambul, Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes", Nueva York y Ginebra, 2001; fuente electrónica, [consultada en mayo de 2011], disponible en: <http://www.pjpdf.gob.mx/temas/4-6-1/fuentes/11-A-7.pdf>
- Alto Comisionado de los Derechos Humanos; "Prevención de la tortura; Guía Operacional para las Instituciones para Nacionales de derechos humanos", ACNUDH, APT y Foro Asia-Pacífico, mayo de 2010

- Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas; “Informe sobre las situación de la tortura en México”; Consideración del 5º y 6º Informe Consolidado (México), 49º periodo de sesiones; México-Ginebra, 12 de octubre de 2012; fuente electrónica [consultado en diciembre de 2012] disponible en: [http://www2.ohchr.org/en/glish/bodies/cat/docs/ngos/OMCT\\_Mexico\\_CAT49\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/en/glish/bodies/cat/docs/ngos/OMCT_Mexico_CAT49_sp.pdf)
- PODER JUDICIAL DEL ESTADO de Sonora, “Anuario Estadísticos 2007 a 2014”, disponibles en el portal oficial accesible en: [http://www.stjsonora.gob.mx/acceso\\_informacion/Estadistica%20Mensual.htm](http://www.stjsonora.gob.mx/acceso_informacion/Estadistica%20Mensual.htm)
- PODER LEGISLATIVO, Congreso del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, “Código Penal para el Estado libre y soberano de Oaxaca”, 2013, artículo 208, p. 43 y ss. Fuente electrónica, (consultada en enero de 2015), disponible en: [www.congresooaxaca.gob.mx](http://www.congresooaxaca.gob.mx)
- “Ley Estatal para prevenir y sancionar la tortura”, 1993, artículos 1-4, páginas 1 y 2; fuente electrónica, (consultada en enero de 2015), disponible en: [www.sintortura.mx/wp-content/uploads/2014/04/0AXACA](http://www.sintortura.mx/wp-content/uploads/2014/04/0AXACA)
- PODER LEGISLATIVO, Congreso del Estado Libre y Soberano de Sonora, “Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Sonora”, 2014, fuente electrónica, disponible en. [www.ordenjuridico.gob.mx](http://www.ordenjuridico.gob.mx)
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en asuntos que involucren hechos constitutivos de tortura y malos tratos”, México, 2014
- Primera Sala, Rubro. “Tortura. Obligaciones del estado Mexicano para prevenir su práctica”, [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Noviembre de 2009; Pág. 416
- Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tesis Aislada, Registro: 2006482; Libro 6, Mayo de 2014, Tomo I, Tesis: 1a. CCV/2014 (10a.), P. 561
- Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tesis Aislada, Registro: 2006484, Libro 6, Mayo de 2014, Tomo I, Tesis: 1a. CCVI/2014 (10a.), P. 562
- Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tesis Aislada, Registro: 2006483, Libro 6, Mayo de 2014, Tomo I, Tesis: 1a. CCVII/2014 (10a.), P. 561
- Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tesis Aislada, Registro: 2006473, Libro 6, Mayo de 2014, Tomo I, p. 541

# La defensa de la competencia económica en los mercados de comercio electrónico en México\*

Doris Karina Oropeza Mendoza \*\*

**RESUMEN:** La defensa de la competencia económica es indispensable para generar condiciones de certeza jurídica que promuevan la eficiencia en los mercados, y a su vez condiciones de desarrollo social y económico en un país. México cuenta con un sistema jurídico encargado de vigilar el proceso de competencia, que hasta el momento solo ha sido extendido su potestad a los mercados tradicionales. El presente documento tiene el objetivo de dar a conocer si el sistema jurídico vigente en México para proteger el proceso de competencia en los mercados físicos, es aplicable para proteger el proceso de competencia que surge en los mercados de comercio electrónico y limitar las acciones anticompetitivas de los agentes económicos que convergen en dichos mercados.

**Palabras clave:** derecho de competencia económica, mercados de comercio electrónico, eficiencia económica, nueva economía.

**SUMARIO:** Introducción. 1. Sobre el comercio electrónico. 2. Entendiendo la competencia económica en los mercados de comercio electrónico. 3. Análisis jurídico de la defensa de la competencia en los mercados de comercio electrónico. Conclusión. Referencias.

## Introducción

Señala Francisco González de Cossío, que el objetivo de las leyes de la defensa de la competencia en los mercados es la eficiencia económica.<sup>1</sup> La existencia de

\* Artículo recibido el 14 de noviembre de 2014 y aceptado para su publicación el 3 de febrero de 2015.

\*\* Doctora en Derecho Público por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

1 GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Competencia Económica. Aspectos Jurídicos y Económicos*, México, Porrúa, 2005, p. 4.

mercados eficientes en condiciones de competencia son una palanca para el desarrollo económico y social de cualquier nación, cuando no existen condiciones de competencia en los mercados, a decir de Henry George, se produce “un desbalance socio-económico que restringe el acceso de la mayoría a oportunidades económicas y disminuye el poder adquisitivo de los ingresos en general, conduciendo así, a una situación de inestabilidad política y económica”.<sup>2</sup>

El proceso de globalización, como un paradigma de unificación que supera fronteras y la intensificación del uso de las tecnologías de la información y comunicación<sup>3</sup> han propiciado la existencia de una nueva corriente económica, denominada nueva economía,<sup>4</sup> encargada del estudio de las actividades comerciales que se han visto impactadas y transformadas por los usos y aplicaciones de las TICs, como es el caso del comercio electrónico.

Los mercados de comercio electrónico, en adelante MCE, al igual que los mercados físicos, tiene su punto de desarrollo en el proceso de competencia económica, mismo que debe ser tutelado jurídicamente, para evitar que se limite su crecimiento y se desaprovechen sus bondades, tomando en consideración que puede ser una vía para generar más recursos, mejorando las condiciones económicas de empresas, consumidores y gobierno.

México cuenta un sistema jurídico encargado de tutelar el proceso de competencia económica, no obstante, éste fue legislado para proteger los mercados físicos; si consideramos que los MCE tienen características propias, debido a su naturaleza tecnológica, y que valga decir, le convierten en una forma paralela de comercio, surge la siguiente interrogante: ¿Por qué considerar aplicable el sistema jurídico vigente en México para la protección del proceso de competencia en los mercados físicos, para proteger el proceso de competencia económica en los mercados de comercio electrónico?

Para responder a dicha interrogante, se realizó la presente investigación, misma que es de carácter interdisciplinario en el que la ciencia jurídica, se ha apoyado de los principios y teorías de otras áreas del conocimiento, como lo es

---

2 HENRY, George, *Progress and Poverty*, New York, trad. propia, Library of Economics and Liberty, 1912, p. 34.

3 Herramientas tecnológicas de comunicación, y medios electrónicos en los que convergen la informática (hardware y software) y la telemática (fibra óptica, Internet, radio comunicaciones y telefonía móvil) a través de los cuales se crean relaciones jurídicas entre los individuos que interaccionan a través del procesamiento, obtención, creación, recopilación, comunicación y registro de datos e información.

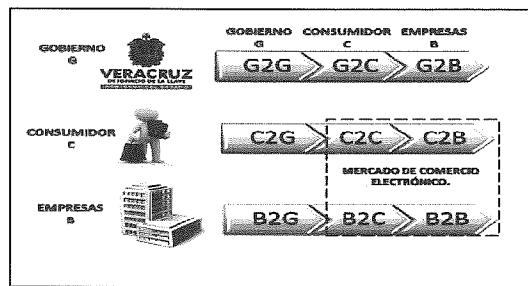
4 Conjunto de actividades de mercado en las que su existencia y funcionamiento se debe al uso de las TICs, principalmente Internet con sus diversas aplicaciones.

la ciencia económica y la aplicación de las Tecnologías de la Información y Comunicación.

La importancia de conocer la protección que tiene en México el proceso de competencia en los MCE, radica en que los MCE son una actividad económica que va en crecimiento en nuestro país, teniendo ya incluso presencia en el Producto Interno Bruto con un 0.5%.<sup>5</sup> Es por ello indispensable que el estado, como institución social encargada de la seguridad de los gobernados, tenga los mecanismos legales para proteger el proceso de competencia en estos mercados, favoreciendo a la competencia misma y a los consumidores, como beneficiarios finales de dichos proceso, y por supuesto favoreciendo mediante la certeza jurídica, la equidad de los competidores.

## 1. Sobre el comercio electrónico

El comercio electrónico es, a decir de Barbara Fraumeni, “cualquier transacción realizada a través de una red o de una computadora que consiste en la transferencia de la propiedad o derechos de uso de bienes o servicios.”<sup>6</sup> Las transacciones en Internet se dividen en nueve categorías de acuerdo con la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos,<sup>7</sup> no obstante de éstas, solo cuatro corresponden a actividades que implican una transacción comercial, veamos la siguiente figura:



FUENTE: creación propia con datos recopilados del documento Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), E-comercio: Impactos y Retos Políticos, OECD Economic, Outlook 67, 2000.

5 BERCOVICH, Néstor, “Economía digital para el cambio estructural y la igualdad”, coord. Mario Castillo, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe -Unión Europea, 2013, p. 14, consultado el 12 de mayo de 2014, disponible en: [http://www.cepal.org/publicaciones/xml/5/49395/Economia\\_digital\\_para\\_cambio\\_estryigualdad.pdf](http://www.cepal.org/publicaciones/xml/5/49395/Economia_digital_para_cambio_estryigualdad.pdf)

6 FRAUMENI, Barbara M, “Government statistics: e-commerce and the electronic economy”, U.S.A., trad. propia, Bureau of Census U.S.A., 2000, disponible en: <http://www.census.gov/econ/www/govstats.pdf>

7 ORGANISATION for Economic Co-operation and Development, “e-commerce: impacts and policy challenges”, OECD Economic, Outlook 67, 2000, p. 4, disponible en: <http://www.oecd.org/eco/outlook/2087433.pdf>

Las cuatro categorías que implican una transacción comercial son las categorías, C2C, C2B, B2C y B2B mismas que se muestran dentro del recuadro punteado, analicemos a continuación cada una:

1. C2B. Transacción de consumidor a empresas (*Consumer to Business C2B*).

Esta categoría es una revolución en los negocios de Internet, puesto que la relación de oferta de un bien o servicio de una empresa a consumidor se ha invertido y ahora los consumidores están ofreciendo servicios o productos a las empresas. El ejemplo más común es *Google Adsense*, en el que los consumidores ofrecen un espacio de su página Web personal, por ejemplo un blog, para mostrar publicidad y Google paga a dichos individuos por la cantidad de clics que son realizados en ese espacio publicitario.<sup>8</sup>

2. C2C. Transacciones de consumidor a consumidor (*Consumer to Consumer C2C*), en esta categoría los protagonistas son los consumidores, y sus implicaciones pueden ser comerciales y no comerciales, incluyen, juegos, trabajo, servicios personales, comunicaciones basadas en la Web como las redes sociales, entre otras.<sup>9</sup> En el caso de las transacciones comerciales, los individuos compran y venden bienes o servicios entre ellos, un ejemplo es la plataforma de *Amazon.com* o *Mercadolibre*.

3. B2C. Intercambios comerciales entre empresas y consumidores (*Business to Consumer B2C*), siendo uno de los intercambios más importantes para el desarrollo del MCE, en esta categoría las empresas ofrecen sus servicios o productos a través de una tienda virtual en la que los sitios Web de naturaleza comercial, es decir, aquellos en los que ha sido implementado el comercio electrónico, deben cubrir una serie de requisitos para lograr ser sitios que logren una efectiva comunicación con el cliente y que además faciliten el intercambio comercial.

4. B2B. Categoría de Negocio a Negocio (*Business to Business B2B*) se ha definido como la totalidad de las transacciones electrónicas que ocurren entre dos empresas, incluye compras, adquisiciones, proveedores, administración, administración de inventarios, administración de canales, actividades de ventas, administración de pagos, servicios y ayuda.<sup>10</sup>

Como podemos advertir cada una de estas formas de comercio implican transacciones de diversa índole de acuerdo a los agentes económicos que parti-

<sup>8</sup> "The C2B Revolution consumer empowerment", s.l.i., trad. propia, consultado el 12 de agosto 2013, disponible en: [http://c2b.typepad.com/c2b/2005/08/the\\_c2b\\_revolut.html](http://c2b.typepad.com/c2b/2005/08/the_c2b_revolut.html)

<sup>9</sup> JAWORSKI, Bernard J. y Rayport, Jeffrey, *e-Commerce*, trad. propia, McGraw-Hill/Irwin, Marketspace, 2001, p. 4.

<sup>10</sup> Ídem.

cipan en la transacción. No obstante todas estas categorías comparten características similares, propias del comercio electrónico, mismas que le hacen también una forma paralela de comercio.

Dichas características son en principio, los tipos de empresas del entorno digital, de las cuáles existen dos tipos: aquellas totalmente digitales llamadas *pure play* y las empresas consideradas como híbridos, conocidas como *brick and click*. Las primeras son aquellas que su actividad se encuentra totalmente en línea y las segundas son las empresas cuyas actividades se realizan en el espacio físico y en el entorno virtual.

Por su parte expertos en la materia, como Bernard Jaworski y Jeffrey Rayport, señalan otras características:<sup>11</sup>

- a) Las tiendas virtuales tienen una característica muy particular que marca una clara diferencia con las tiendas físicas: están abiertas los 7 días de la semana, las 24 horas del día y los 365 días del año; con lo que tanto empresas como consumidores han sido beneficiados.
- b) Una interfaz del cliente basada en la tecnología. En los negocios físicos las transacciones se conducen de persona a persona (*face to face*), no obstante en una transacción electrónica el trato se realiza de pantalla a persona (*screen to face*), las interfaces tecnológicas<sup>12</sup> utilizadas en las transacciones virtuales tienen una gran responsabilidad en la empresa para capturar y representar las preferencias del cliente, una interfaz funcional traerá beneficios importantes para la empresa, entre ellos la reducción de costos.
- c) En una interacción *screen to face* al ser de auto-servicio el cliente tiene el control de los procesos de búsqueda, el tiempo dedicado a visitar en varios sitios Web, el grado de comparación precio/ producto, la gente con la cual ponerse en contacto y la decisión de comprar. La interactividad se ha definido como la habilidad de los usuarios para conducir una comunicación bi-direccional, incluye la comunicación usuario-empresa y usuario a usuario.
- d) Conocimiento del comportamiento del cliente. En tanto el cliente controla la interacción, las empresas están analizando el comportamiento comercial del consumidor; las empresas pueden a un bajo costo rastrear los sitios Web visitados, el detalle de las estancias en un sitio, número de visitas al mismo, contenido de listas de gustos y carritos de compra, compras, cantidad de dinero gastado, repetición de comportamiento de compra; esta práctica llevada a

---

11 Ibidem, p. 5.

12 Interfaz: Dispositivo capaz de transformar las señales generadas por un aparato en señales comprensibles por otro.

cabo por las empresas es muy común con la finalidad de posicionar de mejor forma sus productos y captar un mayor número de clientes e incrementar las ventas, mientras que para las empresas físicas estos estudios implican altos costos.

Dichas características definen las estrategias y funcionalidad del comercio electrónico, donde la tecnología es la columna vertebral de su funcionamiento, estableciendo al mismo tiempo criterios de diferenciación con respecto al comercio tradicional.

## **2. Entendiendo la competencia económica en los mercados de comercio electrónico**

La competencia económica es el proceso de mercado en el que los diversos agentes económicos en uso de sus capacidades y destrezas buscan la maximización de utilidades a través de la oferta de bienes y servicios, en condiciones de equilibrio.

Marcelo Resico señala que la competencia económica es uno de los factores, que al igual que la propiedad privada, la moneda y la regulación; dan sustento a los mercados comerciales.<sup>13</sup> El mercado como institución depende en gran medida del comportamiento de las empresas que compiten en la batalla diaria de la oferta y la demanda.

Las empresas tienen como objetivo común la maximización de sus utilidades.<sup>14</sup> Dicho objetivo impulsa a las empresas a la toma de decisiones que repercuten directamente en el precio, costos, y demás herramientas del mercado; influyendo directamente en la estabilidad económica general con un impacto a nivel microeconómico, que a largo plazo tenderá a afectar a una escala macroeconómica influyendo en el bienestar de la sociedad en general y el país en conjunto.

La competencia económica debidamente entendida y ejecutada, según la teoría económica, puede garantizar la estabilidad para oferentes y demandantes, y a su vez generar condiciones económicas favorables al consumidor y la economía del país en general, favoreciendo al desarrollo económico, que en un sentido jurídico equivale a condiciones de libertad, democracia económica y justicia económica.

---

<sup>13</sup> RESICO, Marcelo F., *Introducción a la Economía Social de Mercado*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, 2010, p. 57.

<sup>14</sup> PARKIN, Michael, *Economics*, 8 ed., México, trad. propia, Pearson/ Addison Wesley, 2010, p. 193.

Los elementos que confluyen en la competencia en los mercados físicos, se trasladan a los MCE, estos son: agentes económicos por el lado de la oferta así como de la demanda, un precio y un bien que es ofertado o demandado; sin embargo, por la naturaleza de ésta forma paralela de comercio, existen factores propios de la plataforma tecnológica, que han sido analizados a la luz de la teoría de la nueva economía, los cuales determinan la competencia en este tipo de mercados y a los que las autoridades en materia de defensa de la competencia económica, deben poner especial atención al realizar una investigación por denuncias de prácticas monopólicas o anticompetitivas, estos son:

1. Vendedores y Compradores: El mercado global de los mercados de comercio electrónico hacen que el número de potenciales consumidores se incremente, en contraste con el limitado número de clientes que una empresa de los mercados de comercio físico pueden tener al estar reducido a un espacio territorial determinado.
2. Información: La Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos, señala que desde la vista del consumidor el aspecto más importante de los mercados de comercio electrónico es el aumento de las opciones y en especial la información sobre los productos y servicios que desea.<sup>15</sup> La información no es sólo una oportunidad para los consumidores, sino un derecho mismo para conocer con profundidad el bien que están por adquirir y del cual deberán desprenderse de otro bien, que puede ser dinero o hasta información personal para tenerlo; así pues la información en ningún momento deberá ser engañosa y fraudulenta para favorecer al vendedor.
3. Los motores de búsqueda disminuyen los costos de búsqueda de información. En comparación con los mercados físicos, el número de los vendedores es más grande y da lugar a más diversificadas opciones de consumo, la reducción de costos de búsqueda, ha facilitado la experiencia de compra del consumidor. Motores de búsqueda como *Google*, *Yahoo*, *Bing*, entre los principales, ayudan al consumidor para conocer el funcionamiento, características y experiencias de otros usuarios de diversos productos o servicios. Los consumidores evitan gastos de transporte, llamadas telefónicas, entre otros, por lo que el consumidor puede allegarse de todos los elementos suficientes de información y comparar los precios ofrecidos en los mercados físicos con

---

<sup>15</sup> BALTO, David A., "Emerging Antitrust Issues in Electronic Commerce, Bureau of competition", Ohio, trad. propia, Federal Trade Commission, 1999, consultado el 19 de abril de 2014, disponible en: <http://www.ftc.gov/public-statements/1999/11/emerging-antitrust-issues-electronic-commerce>

- los precios mostrados en línea, hacer un balance entre las diversas opciones, para tomar una decisión de su compra.
4. Los efectos o externalidades de red son condiciones existentes en los mercados físicos, no obstante en los mercados de comercio electrónico es un aspecto determinante en lo que respecta a las investigaciones en materia de defensa de la competencia económica. La determinación de los efectos de red, en los mercados de comercio electrónico permite entender las acciones tanto de competencia, como las acciones anticompetitivas. David Evans, Richard Schmalensee, Franklin M. Fisher, Daniel L. Rubinfeld, Michael L. Katz y Carl Shapiro coinciden en que un mercado con efectos de red tiene lugar “cuando los consumidores valoran un producto cuanto más es usado por otros consumidores”.<sup>16</sup>
5. El precio. En los MCE, la competencia económica de los mercados de bienes o servicios, puede basarse en torno al precio, o tomar otros aspectos ajenos a él; Carl Shapiro y Hal Varian explican al respecto que “con respecto a la producción de bienes de información, luego, los costos basados en el precio es inapropiado; porque el costo marginal por unidad se aproxima a cero, el precio no puede ser basado en un margen de porcentaje desde el costo marginal como métodos prescritos para los precios tradicionales”.<sup>17</sup>
- Muchos de los productos que son ofertados en los mercados de comercio electrónico, tienen un precio cero, es decir, que se pueden obtener sin hacer un pago en dinero, no obstante como señala David Evans, esto no significa que un precio cero es lo mismo que obtener algo de forma gratuita.<sup>18</sup> En los mercados de comercio electrónico, el dinero no es el único bien que puede tener valor para el intercambio de bienes o servicios, ejemplifica: “cuando entramos a una página web podemos acceder al contenido de dicho sitio y no pagar un peso por disfrutar de él, sin embargo, el sitio web puede insertar cookies en la máquina del consumidor con lo que puede elevar el precio de su publicidad, o en su caso, ob-

---

16 KATZ, Michael L. y Shapiro, Carl, “Network Externalities, Competition, and Compatibility”, U.S.A., trad. propia, *The American Economic Review*, vol. 75, No. 3, Jun., 1985, p. 1.

EVANS, David, S. y Schmalensee, Richard, “A guide to the Antitrust Economics of Networks, Antitrust”, U.S.A., trad. propia, 1996, p. 2.

FISHER, Franklin M. y Rubinfeld, Daniel L, “United States v. Microsoft: An Economic Analysis”, U.S.A., trad. propia, UC Berkeley School of Law Public and Legal Theory, Working Paper no. 30, 2000, p. 3.

17 SHAPIRO, Carl y Varian, Hal R., “Information Rules, A Strategic Guide to the Network Economy”, U.S.A., trad. propia, Cambridge, Harvard Business School Press, 1999, p. 3.

18 EVANS, David, “The Antitrust Economics of free”, U.S.A., University of Chicago, 2011, p. 2.

tener información para después venderla.<sup>19</sup> Es decir, en los mercados de comercio electrónico, la información es un bien de sumo valor.

Por otra parte, es importante señalar la existencia de actividades anticompetitivas que dañan el proceso de competencia en los mercados de comercio electrónico, mismas que son combatidas en los mercados físicos, el derecho de la competencia económica las conoce como: prácticas monopólicas, restricciones horizontales, restricciones verticales y concentraciones.

### **3. Análisis jurídico de la defensa de la competencia en los mercados de comercio electrónico**

La certeza jurídica<sup>20</sup> es garante de un Estado de Derecho y como en todas las áreas de la convivencia social, en la interacción de los mercados es indispensable como un mecanismo de efectivo acceso a la justicia.

El derecho de la competencia económica, es el conjunto de normas que tienen como finalidad proteger el proceso de competencia en los mercados, para que existan condiciones de equidad entre los competidores y un orden y equilibrio para todos los agentes económicos que intervienen en dicho proceso.

La legislación en materia de competencia económica enmarca los principios económicos que fundamentan el éxito del mercado, uno de dichos principios es la maximización de la eficiencia. La eficiencia es fundamental para la subsistencia de los mercados; a decir de Fernando Sánchez Ugarte, la eficiencia económica deseada se alcanza sólo “si existe una adecuada y eficaz interacción entre la legislación y las diversas normas e instituciones que otorgan y protegen los derechos individuales, de propiedad, y administran la justicia.”<sup>21</sup> La verdadera protección de los derechos de competencia en los mercados requiere de un marco jurídico-institucional garante y fuerte para la seguridad de los agentes económicos y el proceso de competencia mismo.

---

19 Ibídem, p. 2.

20 La certeza jurídica es uno de los elementos indispensables en todo sistema jurídico, por el cual, la esfera jurídica de un individuo es protegida, las características indispensables de todo sistema legal, están sugeridas por el principio de predictibilidad como principio de la certeza legal, dichas características son: 1. Reticencia para la elaboración de leyes retrospectivas, 2. El afán de tener leyes claras y determinantes y 3. La disposición de elaborar leyes fiables a partir de un punto de vista dinámico. Atangan Tangea, Joseph, *et al.*, “The Principle of Legal Certainty as a Principle of Economic Efficiency”, London, trad. propia, University of Westminster School of Law Research Paper No. 13-13, 2013, p. 4.

21 SÁNCHEZ Ugarte, Fernando, *Ánalisis económico de la legislación federal de competencia económica*, México, Comisión Federal de Competencia, 2004, p. 3.

En México el sistema jurídico encargado de proteger el proceso de competencia está determinado en las normas siguientes, cabe señalar que en México, la regulación en materia de competencia económica es de orden federal:

1. Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Párrafo primero: "En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, la prácticas monopólicas..." los monopolios son estructuras de mercado que dañan severamente el proceso competitivo, afectando no solo a los competidores de la industria, sino a toda la cadena de producción hasta llegar al consumidor final. Las prácticas usadas por los monopolistas para conservar su estatus (monopólico) llevan a cabo prácticas que vulneran el proceso competitivo y ponen en riesgo la sana competencia, vital para cualquier industria.
2. Ley Federal de Competencia Económica: publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 2014, abrogando la promulgada en 1992; tiene por objeto:

Promover, proteger y garantizar la libre concurrencia y la competencia económica, así como prevenir, investigar, combatir, perseguir con eficacia, castigar severamente y eliminar los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas, las barreras a la libre concurrencia y la competencia económica, y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.

Su observancia es en toda la república mexicana y de acuerdo con el artículo cuarto están sujetos todos los agentes económicos, en los que están el sector, público, privado y social, en lo que su participación en los mercados corresponde.

3. Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica. El primer reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, fue publicado en el año 1998, el cual fue abrogado en el año 2007 con la publicación de un nuevo reglamento. En 2014, con la publicación de la nueva LFCE, se publican el 10 de noviembre de 2014, las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica ante la Comisión Federal de Competencia Económica, en adelante COFECE.

Cómo podemos constatar, México tiene un sistema que defiende y protege el proceso de competencia económica<sup>22</sup>, la Constitución Mexicana vigente desde

---

<sup>22</sup> Desde la Constitución Mexicana de 1857 se consagró la prohibición de monopolios, siendo la primera legislación mundial en incluir en su articulado la protección de la competencia en los mercados, posteriormente surge en 1890 en Estados Unidos la Ley Sherman, que es la ley vigente más antigua en el mundo, que prohíbe los monopolios y establece las reglas del juego competitivo en los mercados.

1917<sup>23</sup> prohíbe los monopolios, no obstante que fue un área muy poco atendida por los órganos de gobierno, hasta que como resultado de la liberalización económica que vive México en la década de los ochentas, el 24 de diciembre de 1992 se publica en el Diario Oficial de la Federación, la Ley Federal de Competencia, que se suma a los requisitos que el país debía cumplir para la firma del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de Norteamérica y Canadá en el año 1994.

Después de varias décadas y con una mayor exigencia para el país en mejorar su sistema jurídico en materia de competencia, que se mostrara a la altura de los sistemas jurídicos en la materia de sus socios comerciales, y que además "verdaderamente" garantizara mercados competitivos en México que se tradujeran en beneficios palpables sobre todo para los consumidores, en el 6 de junio del año 2013 se publica el Decreto que reforma, entre otros, el artículo 28 de la Carta Magna, a manera de resumen los aspectos fundamentales de la reforma son: 1. La creación del Instituto Federal de Telecomunicaciones encargado de vigilar la competencia en el mercado de las Telecomunicaciones, 2. Se crea la Comisión Federal de Competencia Económica<sup>24</sup> que se le dota de autonomía y personalidad jurídica y patrimonio propios, 3. Se establecen las atribuciones de cada uno de los dos nuevos órganos de gobierno y su señalan las reglas de su organización y funcionamiento.<sup>25</sup>

La reforma señalada anteriormente, trajo consigo la abrogación de la Ley Federal de Competencia de 1992 y se publica el 23 de mayo del año 2014 la Ley Federal de Competencia Económica, que reglamenta el texto constitucional y establece nuevas figuras en la ley con la finalidad de extender la protección de

---

23 Si se desea consultar el texto original de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada el 5 de febrero de 1917, se sugiere el siguiente link: <http://www.juridicas.unam.mx/inf-jur/leg/conhist/pdf/1917.pdf>

24 Antes de la reforma el órgano encargado de tutelar el proceso competitivo en los mercados es la extinta Comisión Federal de Competencia.

25 Las acusaciones por deficiente competencia en el mercado de las telecomunicaciones señaladas a México por organismos internacionales como la OCDE, obligaron al gobierno federal a tomar acciones que mejorarán las condiciones de competencia, sobre todo para beneficiar a los consumidores, es por ello que se justificó la reforma a la legislación entonces existente y la creación del Instituto Federal de Comunicaciones, que en materia de competencia económica es la entidad encargada de investigar y en su caso sancionar a aquellos agentes económicos que sean acusados de realizar prácticas consideradas como violatorias de las leyes de competencia; el resto de los mercados (todos aquellos que no pertenecen al mercado de las telecomunicaciones) son, después de la reforma, vigilados, investigados y sancionados por la Comisión Federal de Competencia Económica.

la competencia en los mercados y además busca mejorar los procesos llevados ante la COFECE.<sup>26</sup>

Si bien se hicieron importantes esfuerzos por fortalecer el sistema jurídico en materia de competencia económica, el gobierno federal perdió una gran oportunidad para extender su protección a los MCE y normar sus aspectos particulares, podría justificarse ésta omisión debido a una razón, no existe en México ningún antecedente sobre denuncias de prácticas anticompetitivas en el entorno de los mercados digitales.<sup>27</sup>

Tomando en consideración el crecimiento anual de las diversas industrias que realizan sus actividades en los MCE, donde por ejemplo, datos revelados por la Asociación Mexicana de Internet (AMIPCI) en su ya tradicional Estudio de Comercio Electrónico en México publicado anualmente, en su versión 2013, señala que la actividad del comercio electrónico mexicana va en aumento, teniendo un incremento del 42% con respecto al año 2012, con ventas estimadas por 9.2 mil millones de dólares (\$121.6 mil millones de pesos) muy por arriba de 2011 que solo registró ventas por 4.1 mil millones de dólares (\$54.5 mil millones de pesos).<sup>28</sup> En términos numéricos podemos ver, además, que las actividades de comercio electrónico son una excelente fuente para generar riqueza, si el proceso de competencia es protegido, se tendrá una mayor garantía del desarrollo y éxito de esta forma paralela de hacer comercio.

Tenemos entonces la necesidad de que el proceso de competencia en los MCE sea protegido, y el sistema jurídico vigente en México en la materia ha sido creado en el contexto de los mercados físicos, entonces, si el uso intensificado de las tecnologías de la información y comunicación en actividades comerciales se incrementa y por ende el comercio electrónico se fortalece aún más en México, y algún agente económico considera que el proceso de competencia en alguna industria específica está siendo vulnerada, ¿Podría recurrir a las entida-

26 Entre los aspectos más notables de la Ley Federal de Competencia Económica es la creación de la autoridad investigadora, misma que lleva a cabo la investigación sobre las supuestas prácticas anticompetitivas denunciadas, y que de acuerdo a los resultados de la investigación decidirá si se inicia un procedimiento en forma de juicio contra el agente económico denunciado o se cierra el expediente en el caso de no encontrar elementos para llevar el caso a juicio (Artículo 78 de la Ley Federal de Competencia Económica)

27 Puede consultarse la lista todas las resoluciones públicas de 2006 a la fecha y Resoluciones públicas de casos sancionados de 1993 a la fecha por la entonces Comisión Federal de Competencia y ahora por la Comisión Federal de Competencia Económica en la siguiente liga <http://www.cofece.mx/index.php/resoluciones-y-opiniones>

28 ASOCIACIÓN MEXICANA DE INTERNET, "Estudio de Comercio electrónico México 2013", VISA, México, 2013, pp. 8-9, consultado el 8 de mayo de 2014 disponible en: <http://www.amipci.org.mx/?P=edito-multimedia&Multimedia=434&Type=1>

des de gobierno existentes en materia de competencia para presentar su denuncia? ¿Es la legislación vigente en la materia aplicable para defender el proceso de competencia en los MCE?, vamos a responder estas preguntas.

En primer lugar, como podemos ver en el artículo 28 de la Constitución Mexicana y la Ley Federal de Competencia Económica la COFECE y el Instituto Federal de Telecomunicaciones son los órganos de gobierno que están facultados para proteger el funcionamiento eficiente de los mercados, la legislación de forma general señala a los “mercados”, sin discriminar sobre la plataforma donde se lleven a cabo las actividades comerciales, es decir, si es en el plano físico o digital, por tanto la COFECE o el IFT son entidades competentes para atender las cuestiones relativas en los MCE, según sus atribuciones.

En segundo lugar, sobre la aplicabilidad de la legislación vigente en México en materia de competencia económica, para defender el proceso de competencia en los MCE, podemos afirmar que sí es aplicable debido a que si bien este tipo de mercados tienen características muy particulares que redefinen en algunos aspectos fundamentales de la competencia económica, en comparación con los mercados físicos, se sustenta la aplicabilidad de la ley en que ésta, ha sido creada en el marco de los principios y teorías de la economía clásica sobre la cual están sustentados los MCE, si bien aspectos como las externalidades de red se redefinen en el contexto digital, características básicas como oferta, demanda, precio y productos dan vida también a los mercados digitales, y más aún, las prácticas anticompetitivas que las leyes prohíben, tal como los monopolios,<sup>29</sup> las prácticas monopólicas absolutas<sup>30</sup> o relativas,<sup>31</sup> también son susceptibles de surgir en los mercados digitales y dañar su eficiencia tal como en los mercados físicos.

Siendo aún más precisos para determinar la aplicabilidad de la Ley vigente en México en materia de competencia económica para los MCE, se plantea un estudio comparativo con la amplia experiencia de los Estados Unidos de Norteamérica en la materia, para fortalecer la afirmación realizada. En primer lugar, como ya se mencionó anteriormente, este país cuenta con la Ley vigente más antigua en materia de defensa de la competencia económica o *antitrust*,<sup>32</sup> esta es

29 Se retoma el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y artículo 2 de la Ley Federal de Competencia Económica.

30 Ver Ley Federal de Competencia Económica, artículo 53.

31 Ver Ley Federal de Competencia Económica artículo 54, 55 y 56.

32 En Estados Unidos, el término defensa de la competencia económica no es aplicable, para ellos, las cuestiones antimonopólicas o prácticas anticompetitivas se definen con la palabra “Antitrust”. Si usamos la tra-

la Ley Sherman (Sherman Act) de 1890, el sistema lo complementan la Ley Clayton (Clayton Act) de 1914 y la Ley de la Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commision Act) también de 1914. Todas estas normas tienen una antigüedad de más de cien años, creadas cuando las Tecnologías de la Información y Comunicación que conocemos hoy en día no existían, y sin embargo, han sido aplicadas para la gran número de casos que han surgido en materia de *antitrust* en el entorno de los MCE en aquel país.

El Departamento de Justicia de los Estados Unidos, en su División *Antitrust* tiene registrada una larga lista de casos en los que han sido investigadas empresas digitales que realizan actividades en los MCE,<sup>33</sup> de igual forma la Comisión Federal de Comercio,<sup>34</sup> procedimiento que han sido realizados bajo el ordenamiento de las leyes mencionadas anteriormente, sin tener una sola reforma que se aadecue al entorno de los mercados tecnológicos, el texto basado en los principios de la economía clásica ha sido perfectamente aplicable para investigar y sancionar a las empresas digitales que han violentado las disposiciones *antitrust*. Dos de los casos más controvertidos por su importancia económica y social es el caso Estados Unidos de Norteamérica vs Microsoft, este caso surgió en la década de los noventa y se considera el primer caso materia de *antitrust* en los MCE y el caso Estados Unidos vs Google Inc., este caso es relevante debido a que dicha empresa es una de las más importantes a nivel mundial en la era de la sociedad de la información y el conocimiento, su influencia ha sido tal que ha cambiado diversos aspectos sociales y económicos.

El primer caso fue llevado ante la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia,<sup>35</sup> inició en el año 1998, la empresa fue acusada de ser ejercer un poder monopólico, crear barreras de entrada al mercado de los sistemas operativos, y restricciones verticales. El 12 de noviembre del año 2002 Colleen Kollar-Kotelly, Juez de Distrito, emitió el fallo final, en el que se encon-

---

ducción literal del término creeríamos que significa “contra la credibilidad”, lo cual es incorrecto, como explica Albert A. Foer, la palabra deriva de la popular batalla del gobierno contra los trust, es decir, grandes empresas que ejercieron prácticas monopolísticas a finales del siglo XIX, tales como Standard Oil, las cuales sobrepasaron los límites de la competencia, con la finalidad de ganar mayor terreno en el mercado. Foer, Albert A., “E-commerce meets Antitrust: A primer”, Washington D.C., The American Antitrust Institute, Special Issue on Competition Policy & Antitrust, Volume 20 (1), Journal of Public Policy & Marketing, 2001, p. 3.

33 Si el lector desea conocer los casos registrados puede consultar el siguiente vínculo, <http://www.justice.gov/atr/cases/index.html#page=page-1>

34 La Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos, tiene registrados también todos sus procedimientos en el siguiente vínculo <http://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings>

35 New York, Ohio, Illinois, Kentucky, Louisiana, Maryland, Michigan, Carolina del Norte y Wisconsin.

tró a la empresa Microsoft culpable de realizar prácticas anticompetitivas ejercer un poder monopólico.<sup>36</sup>

El segundo caso fue investigado ante la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos, (*Federal Trade Commission*), el cual inició en 2010, por acusaciones contra Google Inc., por acusación de prácticas monopólicas en dos líneas de investigación diferentes: 1. abuso de su posición dominante en el mercado de búsquedas de Internet con su producto *Google Search*, para favorecer sus propios productos y servicios, o los de sus anunciantes en el servicio de publicidad, a expensas de sus rivales.<sup>37</sup> 2. Google y su predecesor en interés *Motorola Mobility LLC*, son acusados de realizar actos injustos de competencia, o prácticas desleales al incumplir la licencia de sus patentes en términos justos, razonables y no discriminatorios (*on Fair, Reasonable, and Non-discriminatory "FRAND"*).<sup>38</sup> El 3 de enero de 2013, la Comisión dio a conocer el resultado de las investigaciones realizadas y señaló con respecto a las acusaciones de las patentes, Google Inc, fue encontrado culpable de restringir la competencia con el incumplimiento de sus compromisos FRAND. En relación a las acusaciones sobre el motor de búsquedas *Google Search*, la Comisión señaló que no se encontraron evidencias que demostrararan que la empresa estaba manipulando los algoritmos de su buscador para ejercer un poder monopólico y restringir el proceso competitivo.

En términos generales, podemos advertir que en ambos casos las empresas fueron acusadas de violentar la legislación *antitrust*. Para poder sustentar entonces, la afirmación de la aplicabilidad de las leyes vigentes en México en materia de defensa de la competencia económica, vamos hacer un análisis hipotético en el que si ambos casos fueran resueltos bajo las leyes mexicanas, veamos la posible aplicabilidad.

---

36 Corte del Distrito de Columbia de los Estados Unidos de América, Fallo final *United States of America v. Microsoft Corporation*. Acción Civil no, 98-1232 (CKK), 12 de noviembre de 2002.

37 LEIBOWITZ, John, "Google Press Conference", U.S.A., trad. propia, Federal Trade Comission, January 2013, p. 3, consultado el 6 de mayo de 2014, disponible en: [http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_statements/opening-remarks-federal-trade-commission-chairman-jon-leibowitz-prepared-delivery/130103google-leibowitzremarks.pdf](http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/opening-remarks-federal-trade-commission-chairman-jon-leibowitz-prepared-delivery/130103google-leibowitzremarks.pdf)

38 Los fabricantes aseguran la compatibilidad de los dispositivos electrónicos de consumo mediante el acuerdo en estándares basados en tecnologías compartidas que incorporan patentes. Estos estándares fomentan la adopción de una plataforma común entre productores rivales y estimula la entrada de productos complementarios. Los titulares de los SEPs típicamente acuerdan licenciar sus patentes sobre términos FRAND después de que la tecnología llega a ser parte de la norma. Cuando los participantes incumplan sus compromisos mediante la participación en cautividad de las patentes y amenaza con mantener los productos fuera del mercado, es probable que se perjudique a los consumidores y el proceso competitivo sea dañado.

Las dos empresas digitales fueron acusadas de ser monopólicas, el artículo 28 de la Constitución Mexicana prohíbe los monopolios, por otra parte la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) prohíbe las acciones por las cuales las empresas *Microsoft* y *Google* fueron acusadas, el artículo 52 prohíbe las prácticas monopólicas, los monopolios, las barreras a la entrada que dañen el proceso de competencia y resulta aplicable para ambos casos. Por su parte la fracción III, IV y VI del artículo 56 señala establece las conductas anticompetitivas por las cuales *Microsoft* fue acusada. En relación al caso *Google*, la fracción III del artículo 56 y XII del citado artículo, prohíben las conductas por las cuales la empresa fue investigada por la FTC. Por otra parte la LFCE en su artículo 58 establece 5 criterios que la COFECE debe llevar a cabo para determinar el mercado de que se trate y las cinco fracciones del artículo en cita, son aplicables para ambos casos, ninguna fracción es inoperante, lo importante aquí son los criterios de investigación de la autoridad, y el artículo 59 de la LFCE establece las reglas para determinar el poder sustancial en el mercado relevante de que se trate. Si analizamos cada una de las fracciones podemos advertir que cada una es aplicable para ambos casos, no obstante aquí resultarían indispensables los criterios técnicos que la COFECE pudiera aplicar para determinar el poder sustancial en ambos casos.

## Conclusión

Los mercados de comercio electrónico son un escenario comercial en el que las leyes en materia de defensa de la competencia requieren extender su potestad con la finalidad de promover la eficiencia en estos mercados y por ende que el desarrollo de los mismos logré explotar todos sus beneficios, pero además, que la certeza jurídica de mercados en condiciones de equilibrio, aseguren la libre concurrencia y competencia en todas las industrias que han confiado en la plataforma de Internet, para llevar a cabo actividades comerciales.

La legislación mexicana en la materia, como se mencionó carece de un reconocimiento expreso de los mercados de comercio electrónico, y de sus características particulares, sin embargo, como pudimos reforzar con el estudio hipotético realizado de los dos casos antitrust analizados anteriormente, el artículo 28 de la Ley Suprema del país, y en su aspecto general la Ley Federal de Competencia Económica, son normas que bien pueden ser aplicables para proteger el proceso de competencia en los MCE en México, esto debido a que la ley enmarca los principios de la economía clásica en la competencia y la competen-

cia en los mercados de la plataforma de Internet, se fundamentan en dichos principios.

Por otra parte la COFECE y el IFT son los organismos en México que bien pueden ser competentes para vigilar, proteger y defender el proceso de competencia en los MCE, ya que sus facultades no restringen su capacidad para el entorno de Internet, no obstante por su naturaleza tecnológica, misma que le imprime características particulares, requiere que las investigaciones consideren las características particulares de la competencia en este tipo de mercados, de tal forma que es necesario que las entidades de gobierno señaladas especialicen a su personal para tener los conocimientos pertinentes tanto en los aspectos tecnológicos, como en los aspectos teóricos de disciplinas como la nueva economía, sociedad de la información y el conocimiento, para llevar a cabo investigaciones eficientes que no dejen lugar a dudas sobre sus dictámenes y generen mayor certidumbre de la intervención del estado en la competencia en los MCE.

## Fuentes de consulta

### Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Federal de Competencia Económica.

### Bibliografía

- EVANS, David, S. y Schmalensee, Richard, "A guide to the Antitrust Economics of Networks, Antitrust", U.S.A., trad. propia, 1996.
- EVANS, David, "The Antitrust Economics of free", U.S.A., University of Chicago, 2011.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Competencia Económica. Aspectos Jurídicos y Económicos*, México, Porrúa, 2005.
- HENRY, George, *Progress and Poverty*, New York, trad. propia, Library of Economics and Liberty, 1912.
- JAWORSKI, Bernard J. y Rayport, Jeffrey, *e-Commerce*, trad. propia, McGraw-Hill/Irwin, Marketspace, 2001.
- PARKIN, Michael, *Economics*, 8 ed., México, trad. propia, Pearson/Addison Wesley, 2010.
- RESICO, Marcelo F., *Introducción a la Economía Social de Mercado*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, 2010.
- SÁNCHEZ Ugarte, Fernando, *Ánalisis económico de la legislación federal de competencia económica*, México, Comisión Federal de Competencia, 2004.

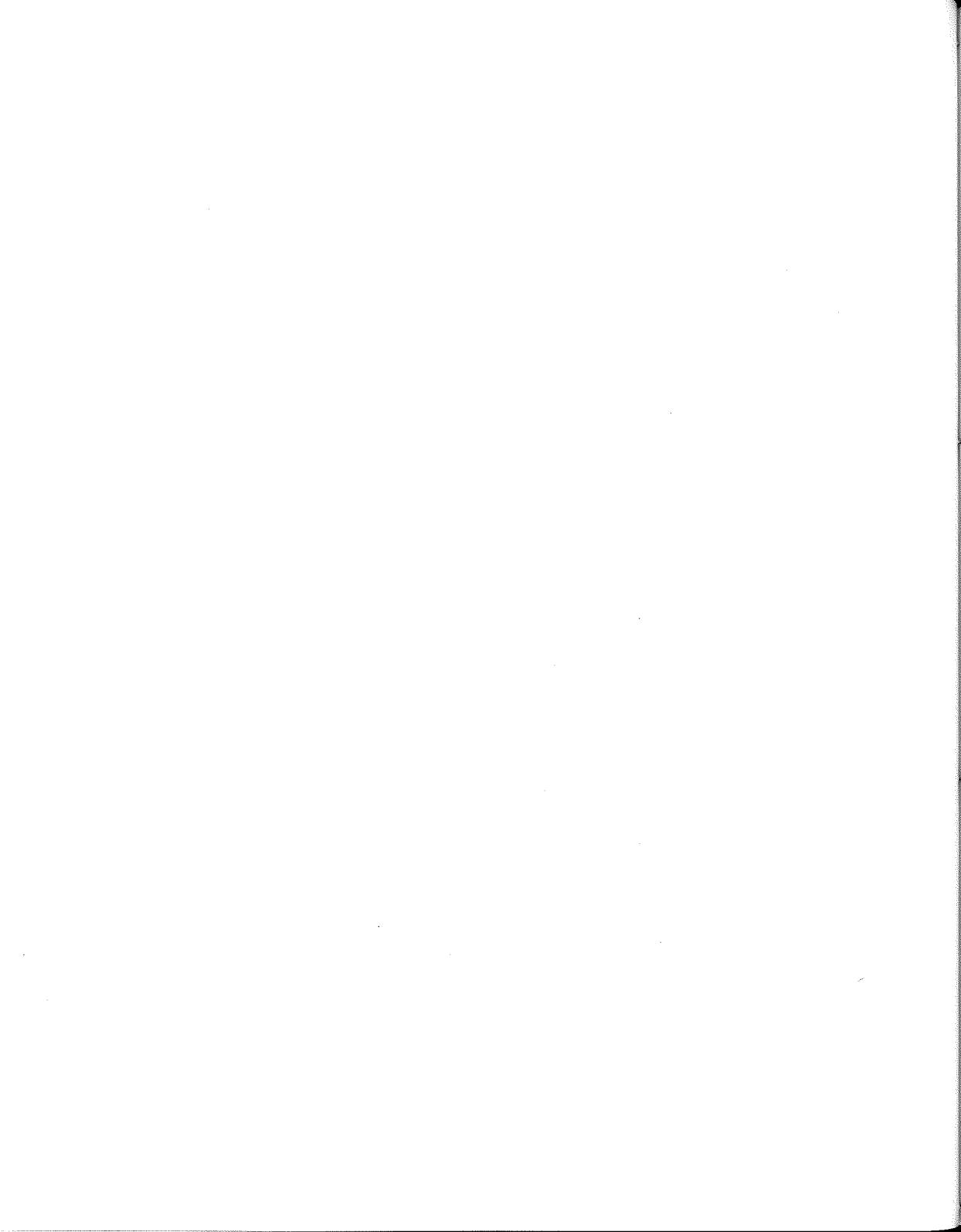
### Artículos académicos

- ATANGAN Tangea, Joseph, et al., "The Principle of Legal Certainty as a Principle of Economic Efficiency", London, trad. propia, University of Westminster School of Law Research Paper No. 13-13, 2013.
- EVANS, David, "The Antitrust Economics of free", U.S.A., trad. propia, University of Chicago, 2011.
- FISHER, Franklin M. y Rubinfeld, Daniel L., "United States v. Microsoft: An Economic Analysis", U.S.A., trad. propia, UC Berkeley School of Law Public and Legal Theory, Working Paper no. 30, 2000.
- KATZ, Michael L. y Shapiro, Carl, "Network Externalities, Competition, and Compatibility", U.S.A., trad. propia, *The American Economic Review*, vol. 75, No. 3. Jun., 1985.

- MITCHELL, Andrew D., "Electronic Commerce", New Jersey, trad. propia, encyclopedia of the world economy, Ramkishen Rajan and Kenneth Reinert, eds., Princeton University Press, 2008, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1257856>
- SHAPIRO, Carl y Varian, Hal R., "Information Rules, A Strategic Guide to the Network Economy", U.S.A., trad. propia, Cambridge, Harvard Business School Press, 1999.

### Fuentes de Internet

- ASOCIACIÓN MEXICANA DE INTERNET, "Estudio de Comercio electrónico México 2013", VISA, México, 2013, pp. 8-9, <http://www.amipci.org.mx/?P=editomultimedia&Multimedia=434&Type=1>
- BALTO, David A., "Emerging Antitrust Issues in Electronic Commerce, Bureau of competition", Ohio, trad. propia, Federal Trade Commission, 1999, disponible en: <http://www.ftc.gov/public-statements/1999/11/emerging-antitrust-issues-electronic-commerce>
- BERCOVICH, Néstor, "Economía digital para el cambio estructural y la igualdad", coord. Mario Castillo, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe -Unión Europea, 2013, disponible en: [http://www.cepal.org/publicaciones/xml/5/49395/Economia\\_digital\\_para\\_cambio\\_estryigualdad.pdf](http://www.cepal.org/publicaciones/xml/5/49395/Economia_digital_para_cambio_estryigualdad.pdf).
- FRAUMENI, Barbara M, "Government statistics: e-commerce and the electronic economy", U.S.A., trad. propia, Bureau of Census U.S.A., 2000, disponible en: <http://www.census.gov/econ/www/govstats.pdf>.
- LEIBOWITZ, John, "Google Press Conference", U.S.A., trad. propia, Federal Trade Commission, enero 2013, disponible en: [http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_statements/opening-remarks-federal-trade-commission-chairman-jon-leibowitz-prepared-delivery/130103googleleibowitzremarks.pdf](http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/opening-remarks-federal-trade-commission-chairman-jon-leibowitz-prepared-delivery/130103googleleibowitzremarks.pdf)
- ORGANISATION for Economic Co-operation and Development, "e-commerce: impacts and policy challenges", OECD Economic, Outlook 67, 2000, disponible en: <http://www.oecd.org/eco/outlook/2087433.pdf>



# Contratación laboral y empleo en España: situación actual y propuestas de futuro\*

Ara Isabel Pérez Campos \*\*

**RESUMEN:** La crisis económica ha puesto de manifiesto que una parte importante de los obstáculos al crecimiento de la economía española son debidos a un comportamiento poco eficiente del mercado de trabajo que revela, como problemas más destacados, los de excesiva rigidez en la regulación del mercado de trabajo; segmentación muy acusada en las condiciones de trabajo entre contratados indefinidos y temporales y, especialmente, la existencia de graves dificultades de empleabilidad para los trabajadores.

El presente estudio aborda el alcance de las reformas que en materia de contratación laboral ha introducido el legislador, así como su eficacia y aplicación.

**Palabras clave:** Contratos de trabajo, empleo, crisis económica.

**SUMARIO:** Introducción 2. Novedades contractuales 2.1. Contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores 2.2. Contrato de trabajo a distancia 2.3. Contrato a tiempo parcial 2.3.1 Alcance de la Reforma 2.3.2 Trabajo a tiempo parcial y fomento del empleo 3. Aplicación y efectos de la Reforma 3.1. Contrato de apoyo a emprendedores: ¿un fracaso? 3.2. Contrato de trabajo a distancia: ¿avanzando hacia el futuro? 3.3. Contratación a tiempo parcial ¿la eficiencia de la jornada inestable? Conclusiones. Bibliografía.

## Introducción

En España, las últimas reformas en materia de contratación laboral han estado presididas por la finalidad declarada de fomentar el empleo y, al mismo tiempo, reducir la dualidad y/o segmentación del mercado de trabajo, ante la alta

**ABSTRACT:** The economic crisis has shown that an important part of the obstacles to the growth of the Spanish economy are due to inefficient behavior of the labor market, revealing as problems highlights the excessive rigidity in the regulation of the labor market; most marked in working conditions between permanent and temporary staff and especially the existence of serious difficulties of employability for workers segmentation.

The present study addresses the scope of the reforms in the field of employment entered the legislature as well as its effectiveness and application.

**Keywords:** Labor contracts, employment, economic crisis.

\* Artículo recibido el 14 de enero de 2015 y aceptado para su publicación el 4 de marzo de 2015.

\*\* Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid. España.

tasa de temporalidad existente en nuestro país. La reforma laboral de 2012 (aprobada por la Ley 3/2012, de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral) al igual que sus precedentes, ha tenido como objetivo prioritario, el intentar cambiar la tendencia empresarial hacia la temporalidad, e incentivar el uso de la contratación indefinida.

La dualidad laboral entre trabajadores fijos y temporales, con una alta tasa de temporalidad, podría decirse que es una característica esencial del mercado de trabajo español, desde que se apostó por esta vía de contratación para crear empleo. La persistente dualidad laboral muestra la escasa contratación laboral indefinida, a pesar de los múltiples esfuerzos realizados por las reformas laborales para incentivar estos contratos de trabajo.<sup>1</sup>

En definitiva, una vez más, este cambio normativo pretende sentar las bases para una mayor contratación indefinida y un empleo más estable. Sin embargo, el contenido laboral de los diferentes cuerpos normativos, confirma el carácter inacabado de la reforma de 2012 y la utilización de la normativa laboral al servicio de la reactivación económica y del desarrollo de las empresas.<sup>2</sup>

## 2. Novedades en materia de contratación

### 2.1. Contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores

La novedad más significativa de la reforma de 2012 es la regulación del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, con el que se pretende sustituir el trabajo precario por trabajo estable y favorecer la creación de empleo y, a su vez, potenciar la iniciativa empresarial (art. 4.1 Ley 3/2012).

El nuevo contrato de “apoyo a los emprendedores” (en adelante CAE) está dirigido, en exclusiva, a PYMES con una plantilla de menos de 50 empleados, que pueden concertarlo únicamente mientras la tasa de desempleo en nuestro país no baje del 15% -en la actualidad existe una tasa del desempleo del 26%-. En principio, el régimen de este novedoso tipo contractual es el que resulta aplicable con carácter ordinario a los contratos indefinidos, tanto a jornada parcial

1 La tasa de temporalidad es persistentemente alta y no parece responder elásticamente a los relevantes cambios legislativos" GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *La contratación laboral temporal: balances y perspectivas*". En AA: *VV La temporalidad laboral como problema jurídico: diagnósticos y soluciones*, Coord. F.J Gómez Abelleira, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

2 RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., CASAS BAAMONDE, M.E, "El uso del decreto ley como instrumento de las reformas laborales. La garantía juvenil y la tarifa plana para el fomento del empleo y la contratación", *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2014, (LA LEY 1250/2014).

como completa;<sup>3</sup> sin embargo, como se expone a continuación, ostenta ciertas particularidades jurídicas que, en general, tienden a hacerlo más atractivo para las empresas.<sup>4</sup>

La primera y principal especialidad es la que establece el apartado 3 del art. 4 de la Ley 3/2012, el cual indica que “la duración del periodo de prueba será de un año en todo caso”. Ha surgido la duda de si este periodo de prueba de un año es una cláusula meramente potestativa o una cualidad inherente a estos contratos, ineludible para las partes.<sup>5</sup> Se trata de una cuestión muy controvertida que ha generado un gran polémica, llegando incluso a calificarla de inconstitucional,<sup>6</sup> al entender que limita el derecho al trabajo reconocido en el art. 35 del texto constitucional, entendido como derecho a no ser despedidos sin justa causa.<sup>7</sup>

El objetivo del periodo de prueba es que el empresario pueda constatar la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto, siendo doce meses un periodo muy dilatado para estar a prueba, desvirtuándose la razón de ser de esta figura.<sup>8</sup>

En lo que no hay duda es que en la mayoría de los casos, el empleador va a poder beneficiarse de una fase contractual relativamente prolongada durante la cual está facultado para desistir libremente de la relación laboral, sin necesidad de respetar un preaviso, ni de pagar una indemnización. A pesar de que no se

---

3 El art. 2 Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores ha introducido la jornada a tiempo parcial en esta figura contractual.

4 36 Disposición Transitoria Novena de la Ley 3/2012, introducida durante la tramitación parlamentaria.

5 Esta postura ha sido aceptada por un sector minoritario de la doctrina; así, MIRANDA BOTO, J. M.: “La configuración definitiva del contrato por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores”, *Actualidad Laboral*, T. II, 2012, pág. 1943.

6 Un estudio exhaustivo sobre su constitucionalidad, véase, en LARRAZABAL ASTIGARRAGA, E., “¿Es constitucional el periodo de prueba establecido en el contrato de trabajo de apoyo a emprendedores?”, RDS, núm. 65, 2014, págs. 167 y ss.

7 MIRANDA BOTO, J. M.: “La configuración definitiva del contrato por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores”, AL, 2012, T. II, págs. 1944 y 1945. PÉREZ REY, J.: “El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo”, cit., págs. 59 y ss. BAZ RODRIGUEZ, J.: «El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores. Análisis crítico de una apuesta por la “flexi-inseguridad”», cit. págs. 103 y ss. En contra de esta opinión, niega la inconstitucionalidad por este motivo: RAMOS MORAGUES, F.: El contrato de apoyo a emprendedores como medida de fomento del empleo, cit. pág. 212.

8 La finalidad del periodo de prueba es, según la jurisprudencia, permitir que la empresa compruebe la aptitud profesional y la adaptación al puesto del trabajador contratado. Cfr. STS de 12 de diciembre de 2008. A propósito de la duración establecida en un Convenio Colectivo, la STS de 12 de noviembre de 2007 indicó que un periodo de prueba de dos años resultaba abusivo, mientras que la STSJ Comunidad Valenciana de 8 de julio de 2009 llegó a una conclusión similar, sobre un periodo de prueba de un año amparado por norma convencional.

pueden negarse las dudas constitucionales que plantea el precepto, habrá que esperar hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie al respecto.<sup>9</sup>

La segunda particularidad que presenta esta nueva figura contractual es la posibilidad de que el trabajador que hubiera percibido durante tres meses una prestación contributiva de desempleo, compatibilice su salario con el 25% de la prestación que tuviera pendiente de cobro por dicha contingencia. Algunos autores han advertido que esta excepción del principio de incompatibilidad del paro con el trabajo a tiempo completo entraña un peligro para el trabajador, pues puede ser utilizada para compensar un descenso salarial.<sup>10</sup> No obstante, conviene matizar que las empresas que utilizan el CAE no dejan de estar sometidas a la Ley, ni a los convenios colectivos, por lo que habrán de respetar siempre los salarios profesionales acordados colectivamente y, en su caso, el SMI. En consecuencia, debe concluirse que esta especialidad no responde tanto a hacer atractivo el CAE para el empresario, como a incentivar su aceptación por el empleado.

Por último, hay que señalar que a esta novedosa modalidad contractual se ligan una serie de bonificaciones e incentivos fiscales que van dirigidos a la contratación de ciertos colectivos, como los jóvenes o los desempleados mayores de 45 años.<sup>11</sup> Por consiguiente, a pesar de que el CAE está abierto a todo tipo de trabajadores, el legislador ha querido dirigirlo preferentemente a personas con especiales dificultades para obtener un empleo estable, en un intento por racionalizar los incentivos a la contratación.<sup>12</sup> A pesar de tratarse de una medida muy positiva, hubiese sido preferible que incidiera más específicamente en el colectivo de los jóvenes trabajadores, por las especiales dificultades de integración en el mercado laboral que actualmente tiene este colectivo.

## 2.2. Contrato de trabajo a distancia

Otro de los cambios legislativos es el que refiere a la regulación del trabajo a distancia. Se trata de una nueva figura contractual que pretende afianzar el uso de las

9 MORENO GENÉ, J.L., La (in)constitucionalidad del período de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores, en XXIV Jornadas catalanas de Derecho Social “*La flexibilitat interna i els acomodaments collectius, en el sector públic i privat*”, febrero de 2013.

10 Entre otros, MIRANDA BOTO, J. M.: “La configuración definitiva del contrato por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores”... cit. pág. 1942. ALVEREZ JIMENO, R., “El contrato único de trabajo. propuestas y respuestas”, *Aranzadi Social*, 5/2013.

11 Véase un estudio exhaustivo en MIRANDA BOTO, J. M.: «La configuración definitiva del contrato por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores», cit. pág. 1944. ROQUETA BUJ, R., “Modalidades de contratación: el contrato indefinido de apoyo para emprendedores”, cit., (LA LEY 18649/2012).

12 PÉREZ REY, J.: «El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo», cit. pág. 53.

nuevas tecnologías como instrumento que permita compatibilizar el empleo y la conciliación de la vida familiar y laboral (art. 13 ET). En España, la única figura que permitía el trabajo fuera de la empresa era el denominado contrato de trabajo a domicilio. La reforma mantiene básicamente esta figura y la adapta a los nuevos tiempos denominándola “trabajo a distancia” para incluir el teletrabajo.<sup>13</sup>

Aunque la intención del legislador es dar cabida al teletrabajo, hay que tener en cuenta que todo teletrabajo es trabajo a distancia, pero no todo trabajo a distancia es teletrabajo (este último exige trabajo a distancia, pero también utilización de la tecnología de la información y la comunicación).<sup>14</sup> De forma que la nueva regulación del trabajo a distancia pretende dar cabida a los supuestos tradicionales o más actuales de trabajo a domicilio junto con los supuestos de teletrabajo.

Dos cuestiones principales destacan en la regulación de esta nueva figura contractual:

Por un lado, el trabajo a distancia requiere que la prestación laboral se realice “de manera preponderante” en el domicilio del trabajador o en otro lugar distinto al centro de trabajo de la empresa.

Es un rasgo común a esta modalidad de prestación de servicios, que la realización de la prestación no se lleva a cabo en el lugar convencional dispuesto por el empresario, el centro de trabajo. Se realiza en lugares de trabajo distintos al convencional (domicilio, telecentro, itinerante...), de forma que se produce una deslocalización de la actividad respecto del centro de imputación de los resultados (el centro de trabajo). Pero, a diferencia de la anterior regulación del contrato a domicilio, la realización de la prestación en un lugar distinto al centro de trabajo no tiene que ser una opción única. Cabe la posibilidad de compatibilizar parte del trabajo a distancia con la realización de parte de la prestación de servicios en el centro de trabajo.

La segunda cuestión que destaca en el concepto de trabajo a distancia recogido ahora en el nuevo contrato de trabajo a distancia es que desaparece la referencia a la “ausencia de vigilancia del empresario”. Con esta modificación se da

13 La nueva regulación del trabajo a distancia que lleva a cabo la reforma laboral viene pues facilitada por la regulación comunitaria del teletrabajo a través del mencionado Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de 2002.

14 La diferencia radica, pues, en que el teletrabajo puede prestarse en lugar no elegido por el trabajador y distinto de su domicilio y porque además puede haber formas de teletrabajo en las que exista una vigilancia empresarial (algunas manifestaciones de trabajo “on line”), pero ello no es equiparable al control del trabajo industrial a domicilio. PURCALLA BONILLA, M.A., Y PRECIADO DOMÈNECH, C.H., “Trabajo a distancia vs. teletrabajo: estado de la cuestión a propósito de la reforma laboral de 2012”, *Actualidad laboral*, núm. 2, 2013, (LA LEY 286/2013). En general sobre el teletrabajo véase, THIBAULT ARANDA, J., *El teletrabajo*, CES, Madrid, 2000.

entrada de lleno al teletrabajo, ya que dicha vigilancia del empresario se produce de forma constante, aunque el trabajo se realice fuera del centro de trabajo, precisamente, por la utilización de medios electrónicos por parte del trabajador. No obstante, una de las características básicas del teletrabajo es la flexibilidad organizativa y la descentralización operativa, que son resultado de las innovaciones tecnológicas típicas del teletrabajo.<sup>15</sup> Supone un nuevo modelo de organización del trabajo basado en la autonomía y la autorregulación, en relación a la cantidad y distribución del tiempo de trabajo y de las tareas a desarrollar y, como consecuencia, una nueva forma de organización de la empresa basada en la flexibilidad de los recursos humanos y tecnológicos.

El trabajador a distancia tiene, en la línea de lo orientado por el acuerdo marco europeo de teletrabajo,<sup>16</sup> los mismos derechos laborales salvo los inherentes a la presencia en el puesto de trabajo, con un mínimo de la retribución total de su grupo profesional (art. 13.3 ET). Se reconoce el derecho de estos trabajadores a ser informados de vacantes en la empresa (art. 13.3 ET) y se subraya su derecho a la salud laboral y a la representación colectiva (arts.13.4 y 5 ET).

## 2.3. Contrato a tiempo parcial

### 2.3.1 Alcance de la reforma

El legislador laboral también ha introducido cambios en la regulación contractual del trabajo a tiempo parcial.<sup>17</sup> Ha sido la principal apuesta de las políticas de empleo, por su incidencia en el reparto y la redistribución del empleo, pero

---

15 En palabras de la SAN núm. 42/2004, de 31 de mayo (LA LEY 127840/2004), las características del teletrabajo, en contraposición al trabajo a domicilio, son las siguientes: «1.- El operario realiza un trabajo fuera de la empresa, normalmente en su domicilio particular. 2.- Esto conlleva la modificación de la estructura organizativa tradicional del trabajo y de la empresa, tanto en los aspectos físicos como materiales. 3.- La utilización de nuevos instrumentos de trabajo cuales pueden ser videotérminales, videoconferencia, telefax, etc. 4.- Una red de telecomunicación que permita el contacto entre la sede de la empresa y el domicilio del trabajador.

16 Acuerdo Marco europeo sobre teletrabajo de 16 de julio de 2002.

17 En el año 2013 ya se habían introducido dos importantes reformas en materia laboral y de Seguridad Social a través de la L 11/2013, de 26 de julio (LA LEY 12432/2013), de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (que recoge con escasos cambios el contenido del RDL 4/2013, de 22 de febrero (LA LEY 2190/2013), del mismo título), y el RDL 11/2013, de 2 de agosto (LA LEY 12957/2013), para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. Ambas medidas legislativas, aunque se enlazan con la reforma de 2012, han acentuado su objetivo económico y de fomento de la iniciativa y de las finanzas empresariales. El tiempo ha demostrado que esas reformas no eran definitivas ni completas, también porque su puesta en práctica ha generado problemas que han tratado de corregirse posteriormente. RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO FERRER, M., VALDÉS DAL-RÉ, F., Y CASAS BAAMONDE, M.E., "Contratación a tiempo parcial y flexibilidad del tiempo de trabajo en la nueva reforma laboral (RDL 16/2013, de 20 de diciembre)", *Relaciones Laborales*, núm. 2,2014, (LA LEY 151/2014).

también porque permite satisfacer necesidades de flexibilidad laboral y objetivos de política social, facilitando el compatibilizar pensión y salario.<sup>18</sup>

Uno de los cambios más relevantes introducidos por la citada norma es la recuperación de la prohibición de realización de horas extraordinarias en esta modalidad contractual y junto a ella también resulta novedosa la aparición de un nuevo tipo de horas complementarias, las denominadas “de aceptación voluntaria” por parte del trabajador. Realmente, si se reflexiona sobre esta nueva versión de horas complementarias, no dejan de ser horas extraordinarias con otra denominación pese a haberlas insertado dentro del régimen jurídico de las horas complementarias.

En realidad pocas cosas más se pueden decir de las horas complementarias de aceptación voluntaria, pues la propia denominación es lo suficientemente explícita; de hecho, la doctrina científica no ha dudado en resaltar el escaso rigor utilizado por el legislador en el uso de esta terminología por cuanto todas las son, medie o no pacto escrito previo. Incluso se destaca también la confusión y falta de precisión también se aprecia en el resto de aspectos de su regulación, de muy deficiente formulación e, incluso, de difícil comprensión.<sup>19</sup>

Con independencia de su naturaleza y su polémica nomenclatura, la realización de tales horas debe limitarse cuantitativamente. A este respecto, el legislador precisa que no podrá superar el 15 por 100, ampliables al 30 por 100 por convenio colectivo, de las horas ordinarias objeto del contrato. Importante es también la delimitación de ambas modalidades de horas complementarias, ya que expresamente señala que las horas complementarias de aceptación voluntaria no se computarán a efectos de los porcentajes de horas complementarias pactadas. Las horas complementarias efectivamente realizadas se retribuyen como ordinarias, computándose a efectos de bases de cotización a la Seguridad Social y períodos de carencia y bases reguladoras de las prestaciones [art. 12.5.j) ET]. Como consecuencia de lo anterior, podría llegar a darse el caso de que existieran horas complementarias pactadas (máximo del 60 por 100 de las ordinarias por convenio colectivo) y de aceptación voluntaria (máximo del 30 por 100 de las ordinarias por convenio colectivo). En total podrían llegarse a realizar entre ambas variantes de horas complementarias, hasta un 90 por 100 de las horas ordinarias, lo que supone un porcentaje excesivo si la jornada fuera superior al

18 LÓPEZ GANDÍA, J., "Los contratos formativos y a tiempo parcial tras la reforma de 2012", *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, págs. 86 y ss.

19 MIÑARRO YANINI, M., "El contrato a tiempo parcial tras sus últimas reformas: la flexibilidad rayana en la distorsión de su esencia", *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2014 (LA LEY 936/2014).

10 por 100 de la jornada de trabajo a tiempo completo comparable, como señala el art. 12.1 ET, pues excedería incluso el de un trabajo a jornada completa.<sup>20</sup>

En fin, la diferencia de régimen sustantivo entre horas complementarias y extraordinarias en lo que refiere a su limitación numérica y a su retribución se sitúa en la causa de esta modificación legislativa, que abarata así los costes laborales y que permite una mayor flexibilidad en el alargamiento y utilización de esa ampliación del tiempo de trabajo mediante su acomodación continua a las necesidades empresariales.

No es necesario que el contrato de trabajo a tiempo parcial sea de duración indefinida para que éste pueda incorporar, al tiempo de su celebración o con posterioridad a ésta, un pacto de horas complementarias. El Estatuto de los Trabajadores reformado se limita a exigir que la jornada de trabajo a tiempo parcial no sea inferior a 10 horas semanales en cómputo anual para permitir la pactación de horas complementarias [art. 12.5.b) ET].

En consecuencia, sin perjuicio del pacto de horas complementarias, en los contratos a tiempo parcial de duración indefinida con una jornada de trabajo no inferior a 10 horas semanales en cómputo anual el empresario puede, en cualquier momento, ofrecer al trabajador la realización de horas complementarias, y éste aceptarlas.

### **2.3.2 Trabajo a tiempo parcial y fomento del empleo: breve referencia**

En desarrollo de la estrategia de Emprendimiento y Empleo-Joven 2013-2016, la Ley 11/2013 ha establecido nuevos estímulos a la contratación indefinida de jóvenes menores de 30 años de edad, o de parados mayores de 45 años de larga duración contratados por jóvenes emprendedores.

En una primera valoración, la idea de vincular la contratación con jornada parcial y la formación merece un juicio positivo, pues combina dos piezas que se fundamentan y justifican recíprocamente, resultando de este binomio un equilibrio de derechos que reporta beneficios para ambas partes de la relación laboral. No obstante, lo anterior, conviene precisar que, el requisito formativo se formula en términos tan laxos y es tan mínimo que no podría considerarse como un elemento definitorio de entidad suficiente para adjetivar y justificar esta modalidad incentivada.

En la línea de fomento de la contratación estable, se elimina la exigencia de que el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores

<sup>20</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F., "El trabajo a tiempo parcial en el Real Decreto Ley 16/2013, de 20 de diciembre". *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 162, 2014, pág.134.

se celebre a jornada completa, permitiendo su celebración a tiempo parcial –su formalización escrita se libera también de la “carga” de oficializarse en un determinado modelo– y el disfrute de los incentivos fiscales y de las bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social correspondientes en modo proporcional a la jornada pactada en el contrato.

También ha de resaltarse la configuración del denominado contrato a tiempo parcial con vinculación formativa, nueva modalidad contractual para jóvenes desempleados menores de treinta años que puede celebrarse por tiempo indefinido o por duración determinada (conforme a la regulación del ET), introducida y bonificada por el RDL 4/2013 hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por 100, que no tengan formación ni experiencia laboral, o que esta sea inferior a tres meses.

Por otra parte, debiera resultar esencial en esta figura contractual la actividad formativa que, como regla general, debe desarrollarse durante la vigencia del contrato (en régimen de compatibilidad con el trabajo), aunque se admite, como alternativa, que el trabajador hubiera cursado actividad de ese tipo en los seis meses previos a la celebración del contrato, siempre que se justifique. Sin embargo, el legislador matiza, a nuestro juicio en exceso, su exigencia al establecer que la formación no necesariamente ha de estar vinculada al puesto de trabajo objeto de contrato, y puede consistir en “formación acreditable oficial o promovida por los servicios públicos de empleo”, o en “formación de idiomas o tecnologías de la información y la comunicación de una duración mínima de 90 horas en cómputo anual”. En consecuencia, el objetivo principal perseguido con la reforma de potenciar la formación del trabajador queda deslucido, desnaturalizando su esencia.<sup>21</sup>

### 3. Aplicación y efectos de la reforma

A pesar de las últimas reformas, la elevada tasa de temporalidad en la contratación, continúa siendo una de las principales preocupaciones. Si bien es cierto que la pérdida de empleo temporal al comienzo de la crisis fue acusada, la temporalidad laboral se mantiene en un elevado porcentaje, siendo aún la más alta

---

21 MIÑARRO YANINI, M., “El contrato a tiempo parcial con vinculación formativa para el fomento del empleo juvenil: la formación como excusa de la precarización incentivada del trabajo”, en XXXII Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, (Coord. J.L Monereo Pérez).Consejo andaluz de relaciones laborales, 2014, pág. 195.

a escala comunitaria,<sup>22</sup> con la única excepción de Polonia, y con una diferencia que casi duplica las medias europeas.<sup>23</sup>

### 3.1. Contrato de apoyo a emprendedores: ¿un fracaso?

El contrato indefinido de apoyo al emprendedor es, sin duda, una de las grandes apuestas de la reforma laboral de 2012. A pesar de ello, puede afirmarse que su utilización, tras los primeros dos años desde su entrada en vigor, ha sido ciertamente escasa. De hecho, esta forma de contratación solo supone, según los últimos datos estadísticos a los que se ha tenido acceso, alrededor del 7% de todos los nuevos contratos fijos que se firman cada mes y representa solo el 44% de este tipo de contratos se ha acogido ya a bonificaciones.<sup>24</sup>

Para determinar la plena eficacia de esta nueva figura contractual habría que analizar el seguimiento del mantenimiento en el empleo de las personas contratadas con el Contrato de Apoyo a Emprendedores (CAE). La tasa de supervivencia es muy cercana a la del resto de contrataciones indefinidas: los contratos no se extinguen sistemáticamente superado el año de duración.

No obstante lo anterior, en lo que refiere a evolución del número de contrataciones se observa una cierta evolución constante que se ve reflejada en el número de contrataciones de los últimos seis meses, con una media mensual de 8000 nuevos contratos.<sup>25</sup> Gran parte de los contratos se han firmado en sectores en los que la temporalidad es especialmente elevada como es el comercio, hostelería y construcción.<sup>26</sup> A pesar de estos datos, la acusada incidencia de esta modalidad de contratación indefinida en sectores con elevada temporalidad debiera valorarse de forma positiva, puesto que de no haberse introducido esta nueva modalidad de contratación indefinida, muchos de los contratos se habrían formalizado en modalidades de contratación temporal.

Subsisten apreciables diferencias en el uso de este contrato por CCAA. Hay una mayor penetración del contrato en Aragón y, de forma destacada, Canarias, mientras que tiene una reducida incidencia en Andalucía y, menos notablemente, en Madrid. El distinto nivel de uso entre CCAA puede apuntar a

22 Los últimos datos estadísticos de Enero-junio de 2014, se registraron un total de 7840 contratos, de los cuales 638 fueron indefinidos y 7182, temporales. Fuente. Resumen Estadísticas del Ministerio de Empleo y la Seguridad Social.

23 UGT "Dos años de reforma laboral: evolución del empleo, la contratación, los despidos y la negociación colectiva". Secretaría de acción sindical-coordinación área externa. Gabinete técnico federal. Febrero 2014.

24 [https://www.sepe.es/contenido/estadisticas/datos\\_estadisticos/contratos/datos/emprendedores.html](https://www.sepe.es/contenido/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/emprendedores.html)

25 [https://www.sepe.es/contenido/estadisticas/datos\\_estadisticos/contratos/datos/emprendedores.html](https://www.sepe.es/contenido/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/emprendedores.html)

26 Véase cuadro estadísticos SEPE citado.

diferencias en la difusión que se está produciendo en cada una de ellas sobre las ventajas del contrato, lo que puede estar relacionado con el ejercicio de las políticas de información y orientación en cada Comunidad.

Entre las razones que podrían argumentarse para justificar su poca utilización destacaría:

- El compromiso de mantener al trabajador al menos tres años, quizá muy elevado desde la perspectiva empresarial; compromiso que no se rompe si el despido es por causas objetivas y es procedente, ni si se extingue la relación durante el periodo de prueba que dura un año.
- La preferencia, como rol cultural, por los contratos de duración determinada. Por más que un contrato indefinido sea más barato que uno de duración determinada (en términos generales paga un poco menos de Seguridad Social; este tipo en concreto está muy bonificado y con otras ayudas fiscales) para puestos fijos se tiende a contratar de forma temporal.
- El desconocimiento por parte de muchos empresarios de esta nueva figura contractual.

### **3.2. Contrato de trabajo a distancia: ¿avanzando hacia el futuro?**

La regulación de esta figura se adecua al objetivo general de fomento del empleo, por tratarse de una modalidad contractual que se acomoda a los nuevos métodos organizativos de la empresa y, mucho más, a la flexibilidad demandada a nivel nacional e internacional, como característica básica de las relaciones laborales.

A pesar de que no existen datos estadísticos sobre la aplicación y número de contratos formalizados tras la reforma, lo que resulta indudable es la proliferación del teletrabajo como una modalidad de contrato de trabajo a distancia, donde por motivos personales y familiares se demuestra un avance hacia la instauración definitiva del teletrabajo como una opción mayoritaria de los trabajadores españoles.

Sin embargo, la realidad es que sólo un 26% de los españoles realiza trabajos desde casa, mientras en Europa la media es de un 35%. Más específicamente, el INE (Instituto Nacional de Estadísticas) ya en el año 2009, constató que más de un 51,3% de los hogares en España disponen de equipos y conexión de banda ancha a Internet, que el número de internautas creció un 6,0% acercándose a los 21 millones de personas y que el 15,7% de la población utiliza el comercio elec-

trónico.<sup>27</sup> Todos estos datos nos indican que en España estamos preparados para estar conectados desde casa y por tanto hacer teletrabajo.

Entonces, ¿por qué España no adopta en mayor medida la práctica del teletrabajo? Por una parte, quizás obedezca a motivos carácter cultural, una mala entendida necesidad de control presencial, a lo que podría sumarse el hecho de que el tamaño medio de la empresa española es comparativamente reducido e implica un retraso en la implantación de las nuevas tecnologías que facilitan el teletrabajo.<sup>28</sup>

No obstante lo anterior, resulta evidente que se trata de una nueva forma de trabajo útil o práctica que facilita la conciliación de la vida personal, laboral y familiar y, por ende, la productividad.

### 3.3. Contratación a tiempo parcial: ¿la eficiencia de la jornada inestable?

La amplia variedad de modalidades de trabajo a tiempo parcial que existen actualmente en nuestro ordenamiento jurídico, obedece en gran parte a la satisfacción del interés empresarial por dotar de mayores dosis de flexibilidad a las relaciones laborales existentes en la empresa. Pese a ello, la utilización de este contrato en nuestro país sigue siendo muy escasa,<sup>29</sup> estando a nivel cuantitativo muy alejados de otros países de nuestro entorno europeo, y también en cuanto a la aceptación social de esta figura, fundamentalmente por la precariedad y la inseguridad que en la actualidad rodea a este instrumento como una herramienta fundamental en materia de política de empleo.

No obstante lo anterior, desde la reforma laboral se ha producido un considerable incremento de las contrataciones a tiempo parcial,<sup>30</sup> incremento que debe ser valorado de forma muy positiva. Por un lado, la incidencia de este tipo de contratación es todavía reducida en España, a pesar de su importancia para la conciliación y la transición entre períodos formativos y el empleo, así como para simultanear empleo y formación, una práctica todavía limitada en nuestro país. Por otro lado, es posible que el empleo a tiempo parcial constituya un paso previo a la contratación a tiempo completo cuando se inicie la recuperación económica.

Además, un alto grado de flexibilidad en la contratación indefinida a tiempo parcial es una fuente de variación para la organización del trabajo y, como tal,

27 Datos estadísticos pueden consultarse en la página web del INE.

28 THIBAULT ARANDA, J., *El teletrabajo*, CES, Madrid, 2000.

29 En 2013, menos del 14% de trabajadores tenían un trabajo a tiempo parcial). Véase cuadro estadístico SEPE ya citado.

30 Servicio de Empleo Público Estatal, en el primer semestre de 2013 la contratación indefinida a tiempo parcial, excluyendo del cómputo a los contratos de trabajadores del hogar.

constituye una alternativa a la contratación temporal, por lo que su desarrollo contribuye a la lucha contra la dualidad. En este sentido, en términos de empleabilidad debiera ser más beneficioso encontrar un empleo a tiempo parcial que el desempleo, aunque el trabajador aspire a trabajar a tiempo completo. Es necesario recordar en este sentido el fuerte deterioro de la empleabilidad conforme transcurre tiempo en desempleo: la probabilidad de encontrar un nuevo empleo es mucho menor.

No obstante lo anterior, en relación con los cambios normativos más recientes sobre esta figura contractual cabe señalar:

- Confusión y falta de precisión en su nomenclatura toda vez que la nueva categoría de horas complementarias que denomina “de aceptación voluntaria” con muy poco rigor, por cuanto todas los son, medie o no pacto escrito previo.
- La acumulación de horas complementarias en los contratos a tiempo parcial no sólo ha de observarse desde una perspectiva cuantitativa, sino también cualitativa. Así, además de suponer la posible extensión de la jornada, implica la concesión de una importantísima dosis de flexibilidad en la determinación del tiempo de trabajo del trabajador –con incidencia horaria directa– en interés del empresario, con la consiguiente exigencia de disponibilidad de aquél respecto de éste.
- La posibilidad de ampliar la jornada de los trabajadores a tiempo parcial contraviene el reparto del tiempo de trabajo, que debiera ser prioritario en un contexto de elevadas tasas de desempleo como las que se registran actualmente en nuestro país.
- Con todo, se considera que, aun siendo el objetivo de la eliminación de las horas extraordinarias y la simultánea introducción de esta nueva categoría de horas complementarias el abaratar el coste para el empresario del alargamiento de jornada, también produce un efecto favorable para el trabajador. Ello se debe a que la única forma de retribución de estas horas es su abono en metálico, mientras que respecto de las extraordinarias, junto con su pago dinerario se permite alternativamente su compensación con descanso en los cuatro meses siguientes a su realización, lo que puede añadir mayor inestabilidad de jornada –con efecto directo sobre el horario de trabajo–, sin suponer un incremento del salario habitual, que tan necesario resulta en los contratos a tiempo parcial, dado el salario reducido que en una valoración global perciben los trabajadores.

En definitiva, estos cambios incentivan el trabajo por horas pero dejan sin solución los problemas estructurales del sistema contractual laboral, de tal forma que es previsible que aumente el empleo a tiempo parcial sin que disminuya de manera significativa la contratación temporal.

## Conclusiones

El propósito de la reforma laboral de garantizar un marco laboral justo, seguro y flexible no se ha conseguido, pese a los esfuerzos reformadores; quizás ello obedezca a que las reformas laborales en nuestro país se acometen en ciclos económicos recesivos, lo que lleva a que medidas estructurales se confundan con otras meramente coyunturales.

A pesar de que buena parte de los contratos temporales que se suscriben en nuestro país pueden resultar fraudulentos o abusivos, es innegable que el mercado laboral español tiene unas necesidades legítimas de empleo estacional, particularmente acusadas. La cuestión a abordar ahora sería la relativa a determinar qué modalidades temporales podrían permanecer en un esquema de contratación laboral esencialmente basado en un contrato indefinido flexible y, lo que es más importante, cómo podría encajar el trabajo auténticamente estacional dentro del modelo propuesto.

Las variaciones normativas respecto de los límites y garantías de la contratación temporal podrían revelar un miedo por parte del legislador a que los empresarios, lejos de sustituir la contratación temporal por la indefinida, dejen de contratar. Dicho de otra manera, en según qué circunstancias, para el legislador cualquier puesto de trabajo que se genere, por precario que sea, es válido. Esto puede justificarse por el contexto económico depresivo que se vive, pero no hace sino dificultar las soluciones que requieren los defectos estructurales de nuestro mercado laboral.

Parece incuestionable que las reformas laborales de 2010 y 2012 han contribuido de manera significativa a incrementar la flexibilidad interna de las empresas y a moderar los costes derivados del despido; sin embargo, como ha quedado demostrado, la mayoría de las medidas encaminadas a evitar la segmentación del mercado de trabajo no han tenido el efecto anunciado, pues el descenso en la tasa de temporalidad experimentado en los últimos años responde principalmente a los devastadores efectos que tiene la crisis económica en los trabajadores temporales. Es por ello que un debate sosegado, informado y abierto sobre una profunda reforma de la contratación laboral en España resulta más necesario que nunca.

## Bibliografía

- ALVEREZ JIMENO, R., "El contrato único de trabajo. propuestas y respuestas", *Aranzadi Social*, 5/2013.
- BAZ RODRÍGUEZ, J., El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores. Análisis crítico de una apuesta por la "flexi-inseguridad", *Revista de Derecho Social*, núm. 59.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., "La contratación laboral temporal: balances y perspectivas". En AA: *VV La temporalidad laboral como problema jurídico: diagnósticos y soluciones*, Coord. F.J Gómez Abelleira, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- LARRAZABAL ASTIGARRAGA, E., "¿Es constitucional el periodo de prueba establecido en el contrato de trabajo de apoyo a emprendedores?", *Revista de Derecho Social*, núm. 65, 2014.
- LÓPEZ GANDÍA, J., "Los contratos formativos y a tiempo parcial tras la reforma de 2012", *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., "El trabajo a tiempo parcial en el Real Decreto Ley 16/2013, de 20 de diciembre". *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 162, 2014.
- MIÑARRO YANINI, M., "El contrato a tiempo parcial con vinculación formativa para el fomento del empleo juvenil: la formación como excusa de la precarización incentivada del trabajo", en XXXII Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, (Coord. J.L Monereo Pérez).Consejo andaluz de relaciones laborales, 2014.
- MIÑARRO YANINI, M., "El contrato a tiempo parcial tras sus últimas reformas: la flexibilidad rayana en la distorsión de su esencia", *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2014 (LA LEY 936/2014).
- MIRANDA BOTO, J. M., "La configuración definitiva del contrato por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores", *Actualidad Laboral*, T. II, 2012.
- MORENO GENÉ, J.L., La (in)constitucionalidad del período de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores, en XXIV Jornadas catalanas de Derecho Social "La flexibilitat interna i els acomodaments collectius, en el sector públic i privat", febrero de 2013.
- MORENO VIDA, M<sup>a</sup> N., "La reforma de la contratación laboral: de nuevo el fomento del empleo a través de la precariedad". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 34, 2013.
- PÉREZ REY, J., "El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo", *Revista de Derecho Social*, núm. 57.

- PURCALLA BONILLA, M.A., Y PRECIADO DOMÈNECH, C.H., "Trabajo a distancia vs. teletrabajo: estado de la cuestión a propósito de la reforma laboral de 2012", *Actualidad Laboral*, núm. 2, 2013, (LA LEY 286/2013).
- RAMOS MORAGUES, F., "El contrato de apoyo a emprendedores como medida de fomento del empleo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 157, 2013.
- RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., CASAS BAAMONDE, M.E., "El uso del decreto ley como instrumento de las reformas laborales. La garantía juvenil y la tarifa plana para el fomento del empleo y la contratación", *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2014, (LA LEY 1250/2014).
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., VALDÉS DAL-RÉ, F., Y CASAS BAAMONDE, M.E., "Contratación a tiempo parcial y flexibilidad del tiempo de trabajo en la nueva reforma laboral (RDL 16/2013, de 20 de diciembre)", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2014, (LA LEY 151/2014).
- ROQUETA BUJ, R., " Modalidades de contratación: el contrato indefinido de apoyo para emprendedores", *Relaciones Laborales*, núm. 23, 2012, (LA LEY 18649/2012).
- THIBAULT ARANDA, J., *El teletrabajo*, CES, Madrid, 2000.

# La contratación pública. Una aproximación a las reglas del Derecho Comunitario\*

Norma Estela Pimentel Méndez\*\*

**RESUMEN:** Es innegable la importancia de estudios comparados que permitan explorar las regulaciones más relevantes en materia comercial, sobre todo cuando existen dos grandes temas en México: la apertura de la productividad nacional para incursionar en nuevos mercados bajo las reglas de tratados internacionales, así como la propensión a adoptar regímenes contractuales emitidos por otras regiones. El presente artículo tiene por finalidad presentar la aproximación a las reglas establecidas por la Comunidad Europea en materia de contratación pública, que permitirá a las entidades privadas conocer los esquemas contractuales a los que debieran sujetarse para la proveeduría en contratos internacionales; mientras que en el caso del sector público, el conocimiento de estos esquemas, permitirá identificar la tendencia internacional respecto de los actos contractuales públicos.

**Palabras clave:** Derecho comunitario, Derecho administrativo, Estudios jurídicos comparados, Contratos Públicos.

**SUMARIO:** 1. Derecho Comunitario. 1.1 Derecho Administrativo Comunitario. 2. Directivas en materia de Contratación Pública. 2.1 Definición de Contrato Público (DIRECTIVA 2004/18/CE). 2.2 Anexos a las Directivas. 3. Mecanismos de Adjudicación Comunitarios. 3.1 Regla general de adjudicación. 3.2 Adjudicación directa. 3.3 Diálogo competitivo y Procedimiento negociado. 3.4 Acuerdos Marco. 3.5 Sistemas dinámicos de adquisición. Conclusiones. Bibliografía.

**ABSTRACT:** It is undeniable the importance of the compared studies that allow to explore the most relevant commercial regulations, overall when in Mexico exist two big topics: the aperture of the national productivity to venture in new markets under international treaty's rules, as the propensity to adopt new contractual regimes issued by another regions. The present article has the finality of presenting the approximation to the rules established by the European Union in matter of public procurement, that will allow the private entities to know the contractual schemes to attend on the international contractual administration; meanwhile for the public sector, the knowledge on this schemes, will make possible the identification of the international tendency on public procurement.

**Keywords:** Community law, administrative law, comparative legal studies, public contracts.

\* Artículo recibido el 23 de enero de 2015 y aceptado para su publicación el 27 de marzo de 2015.

\*\* Doctora en Derecho por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Investigadora académica en estancia Posdoctoral en la Universidad Popular Autónoma de Puebla.

## 1. Derecho Comunitario

El “Derecho Comunitario” se integra con los Tratados constitutivos de la Unión Europea<sup>1</sup> –derecho primario– así como con los actos de las Instituciones comunitarias –derecho derivado–, las características generales de este derecho es que se considera autónomo e independiente del derecho internacional así como del derecho interno.

Pese a los esfuerzos que se realizaron para alcanzar la firma de la Constitución para Europa por algunos miembros el 29 de octubre de 2004 en Roma, se generaron posteriormente diversos conflictos en los procesos de ratificación interna de los Estados, de esta manera, se tuvo que replantear el objetivo que pretendía esta Constitución para sustituir los tratados constitutivos de la Unión Europea. El 23 de julio de 2007, se convocó a la Conferencia intergubernamental en Lisboa, para hallar una alternativa al Tratado constitucional, abandonándose la idea de una Constitución europea. El 13 de diciembre de 2007, los 27 Jefes de Estado o de Gobierno de la Unión Europea firmaron el nuevo tratado modificativo en Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, tras ser ratificado por todos los Estados miembros de acuerdo con sus respectivas normas constitucionales.

### 1.1 Derecho Administrativo Comunitario

El derecho administrativo europeo es el resultado jurídico del proceso de integración que se ha venido gestando en ese determinado territorio. Refleja el proceso inacabado de influencia entre los países que integran la Unión Europea, para el desarrollo de los mandatos europeos comunitarios, que vienen a impactar la toma de decisiones legales hacia el interior de cada nación. Aunque al derecho originario de la Unión no se le otorgó atribución competencial alguna en materia de contratación pública, “al ser considerada pieza clave para la realización efectiva del mercado común, único y, finalmente, interior”,<sup>2</sup> ha sido objeto de reglamentación comunitaria por medio de diversas disposiciones sobre la materia, por lo que se han emitido diversas disposiciones sobre esta materia, la mayoría de ellas creadas bajo el esquema de Directiva.

El glosario electrónico de la Unión Europea define Directiva como: Acto legislativo en el cual se establece un objetivo que todos los países de la UE deben

1 UNIÓN EUROPEA.COM, Europa, 07 de Julio de 2001. Obtenido de Síntesis de la Legislación de la UE: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/treaties/lisbon\\_treaty/ai0033\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0033_es.htm).

2 PAREJO ALFONSO, Luciano, “Régimen jurídico de la contratación en España”, en Fernández Ruiz, Jorge y Santiago Sánchez, Javier (coord.), *Contratos Administrativos, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007, p. 8.

cumplir. Pero cada país debe decidir individualmente cómo hacerlo. Es el caso de la Directiva sobre la distribución del tiempo de trabajo, que dispone que el exceso de tiempo de trabajo es ilegal. La Directiva establece períodos mínimos de descanso y un número máximo de horas de trabajo, pero cada país ha de elaborar sus propias normas para aplicarla.<sup>3</sup>

El uso de Directivas parece el método más apropiado para incluir las reglas que debieran guiar la regulación, sobre esta u otra materia en el interior de los Estados miembros de la Unión, dado que “conforme al artículo 249 T.C.E., obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse... dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios”.<sup>4</sup> De lo anterior podemos abstraer, por la naturaleza de estos actos, que sus efectos debieran ser sólo internos para cada territorio, en la medida en que el contenido de las Directrices sólo se debiera incluir por medio de los mandatos jurídicos de cada país, con sus propios procesos legislativos-administrativos; así las cosas, las Directrices son similares a una recomendación facultativa emitida por el Parlamento Europeo y el Consejo. Por otro lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha reconocido que pueden tener efecto directo vertical, es decir, “crear derechos a favor de los particulares alegables en un conflicto frente al Estado”.<sup>5</sup> Lo anterior es congruente con la intención de mejorar el sistema interno de cada país, pues si no existiera ningún efecto dado a las Directrices, estas podrían emitirse sin obtener ningún cambio en beneficio de los ciudadanos.

El ejemplo que muestra la Unión Europea refrenda que los sistemas jurídicos, al igual que el propio Estado, no pueden considerarse acabados, ni en reposo. Las necesidades de la sociedad se han hecho presentes para generar cambios en la dirección estratégica que la administración pública debe instrumentar, con la ayuda de políticas públicas adecuadas, para asegurar la disponibilidad de bienes y servicios en el mercado, así como lograr el desarrollo en determinadas áreas de oportunidad. En este sentido se han emitido comunicaciones interpretativas de la Comisión sobre la Legislación Comunitaria de Contratos Públicos, para analizar las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública, así como las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos.<sup>6</sup>

3 UNIÓN EUROPEA, Europa.eu., Enero de 2015. Obtenido de Reglamentos, Directivas y otros actos legislativos: [http://europa.eu/about-eu/basic-information/decision-making/legal-acts/index\\_es.htm](http://europa.eu/about-eu/basic-information/decision-making/legal-acts/index_es.htm).

4 PALÉS, Marisol (coord.), *Diccionario Jurídico Espasa*, Espasa Calpe, Madrid, 2001, p. 601.

5 *Ídem*.

6 UNIÓN EUROPEA. COM, *Op. Cit.*

## 2. Directivas en materia de Contratación Pública

Dada la cantidad de información que se ha emitido sobre este tema, para el año 2004, el Consejo y el Parlamento Europeo acogieron un paquete legislativo con la finalidad de simplificar y modernizar los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. En este paquete se incluyeron dos Directivas nuevas: una con relación a los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios; otra, a los contratos públicos en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. Presentamos un resumen de los actos por cantidad de actos y materias relacionadas con la contratación pública:

Generalidades (número total de actos: 30), Contratos públicos de obras (número total de actos: 6), Contratos públicos de suministro (número total de actos: 10), Contratos públicos de servicios (número total de actos: 5), Otros contratos públicos –bajo el amparo de las reglas del GATT-OMC- (número total de actos: 4).<sup>7</sup>

La extensa normativa ha sido analizada por Parejo Alfonso, con la intención de señalar los dos aspectos generales que a su consideración, caracterizan las regulaciones supranacionales en su vinculación con las emitidas por cada Estado miembro de la Unión. El primero de ellos es la intención de alcanzar la armonización de todas las legislaciones con respecto a la contratación pública, en cada país miembro, para volver más competitivo el mercado al interior de la Unión. Esta situación puede favorecer a los contratistas internacionales interesados en participar en procedimientos de adjudicación con la Unión o en lo particular con alguno de sus miembros, sin embargo, es importante recalcar que pese al nivel de integración económica alcanzado en esta región, la soberanía de cada territorio en conjunto con su tradición jurídica, podrá marcar la diferencia en la implementación de los procedimientos, haciendo necesario el estudio en lo particular de cada régimen en lo local.

La segunda característica asignada a las regulaciones emitidas en el Derecho comunitario en materia de contratos públicos, es la limitante en función del ente orgánico que instrumenta el procedimiento de adjudicación del contrato, pues sólo tienen efectos vinculantes con aquellos que dependan de o estén dirigidos por la administración y desempeñen actividades de carácter público. Adicionalmente su aplicación se limita a las siguientes figuras contractuales: obras públicas, servicios y suministros, que por extensión comprendan aquellos suscritos con empresas que desarrollan su actividad en sectores intensamente regulados (agua, energía, telecomunicaciones y transportes). La cuantía será otro factor de-

<sup>7</sup> COMISIÓN EUROPEA, Unión Europea, 03 de Octubre de 2014. Obtenido de Contratación Pública: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/index_en.htm).

terminante para distinguir las reglas a las que se sujetarán los contratos públicos. Por último las regulaciones se podrán enfocar a determinados aspectos de la contratación: I) determinación del objeto; II) procedimientos de selección de los contratistas; III) la publicidad; y las garantías de los licitadores.<sup>8</sup>

La dificultad principal que representa el esquema propuesto por el derecho comunitario, son las diferentes tradiciones y distintos sistemas de los Estados miembros, pues sólo en el caso de Francia, Bélgica y España, se reconoce un sistema de contratación específica para la administración pública.

Cada caso se vuelve sumamente específico, lo que abre la posibilidad de incluir diversos documentos que regulan la adjudicación y firma de un contrato público. Por ejemplo la DIRECTIVA 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo 2004, por medio de la cual se coordinan los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores de agua, energía, transporte y servicios postales, establece como umbrales económicos para la celebración de contratos bajo sus reglas, aquellos que sin incluir el Impuesto al Valor Agregado sea al menos por 499,000 euros para el caso de suministros y servicios, así como por 6'242,000 euros para el caso de los contratos de obras,<sup>9</sup> según las cifras actualizadas a 2014. Esta Directiva también suele actualizarse cada que existen modificaciones a los territorios a los cuales será aplicable. Hay que destacar que de conformidad con el artículo 7, sus reglas generales se aplicarán a las actividades relacionadas con la explotación de las áreas geográficas con el fin de: (a) la prospección o extracción de petróleo, gas, carbón u otros combustibles sólidos, o (b) el suministro de aeropuertos y puertos marítimos o interiores o de otro tipo.<sup>10</sup>

La DIRECTIVA 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios,<sup>11</sup> resulta de sumo interés al presentar una definición específica de contrato público y acuerdos

---

8 PAREJO ALFONSO, Luciano, "Régimen jurídico de la contratación en España", *Op. Cit.*, p. 271-272.

9 PARLAMENTO EUROPEO, Artículo 16, Umbrales de los Contratos, 31 de Marzo de 2004. Obtenido de CE del Parlamento Europeo, coordinando los contratos públicos de las entidades que operan los sectores de agua, energía, transporte y servicios postales.: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32004L0017&from=ES>

10 *Ibidem*. Artículo 7 Umbrales Contractuales.

11 PARLAMENTO EUROPEO, Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo, 31 de Marzo de 2004. Obtenido de Parlamento Europeo en la coordinación de procedimientos para la adjudicación de contratos de obra pública, suministro y servicios públicos.: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/treaties/lisbon\\_treaty/ai0033\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0033_es.htm)

marco, así como identificar las opciones por las que se puede realizar la adjudicación de los contratos públicos.

## **2.1 Definición de Contrato Público (DIRECTIVA 2004/18/CE)**

De esta forma, el artículo 1.2.a) de la Directiva define como contrato público “los contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios”,<sup>12</sup> mientras que en el 1.2.b) se define la “obra” como “el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica”.<sup>13</sup>

## **2.2 Anexos a las Directivas**

Las Directivas suelen apoyarse en la celebración de diversos anexos que permiten la compresión a profundidad de aspectos que el Parlamento y el Consejo consideran relevantes. En lo particular el Anexo I de la DIRECTIVA 2004/18/CE, presenta una lista con todas las actividades que pueden incluirse en el concepto de contrato público de obra, para identificar con la descripción, notas descriptivas y la asignación de un código, la situación en específico que se busca adjudicar, generando una nomenclatura en particular, para ayudar a la estandarización de los procedimientos. La lista se refiere a 23 actividades, complementadas por el Anexo II en el que se enumeran los 27 servicios que pueden estar relacionados con una obra.

## **3. Mecanismos de Adjudicación Comunitarios**

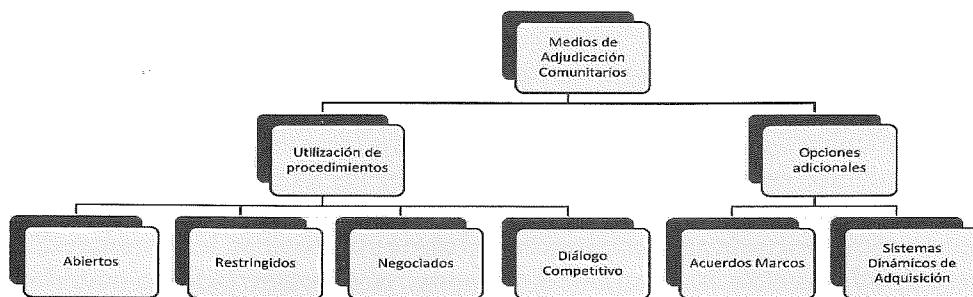
El Capítulo V de la DIRECTIVA 2004/18/CE señala en su título, los cuatro posibles procedimientos de adjudicación de los contratos: Utilización de los procedimientos abiertos, restringidos y negociados y el diálogo competitivo. En este mismo capítulo se incluye dos opciones adicionales los Acuerdos Marcos y los “Sistemas dinámicos de adquisición”, este último refleja la fusión entre la licitación pública y negociación.

---

<sup>12</sup> PARLAMENTO EUROPEO, CE del Parlamento Europeo, 31 de Marzo de 2004. Obtenido de Parlamento Europeo en la coordinación de procedimientos para la adjudicación de contratos de obra pública, suministro y servicios públicos: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/treaties/lisbon\\_treaty/ai0033\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0033_es.htm).

<sup>13</sup> *Ídem.*

**Figura No.1 Mecanismos de Adjudicación Comunitarios**



Fuente: Elaboración propia de acuerdo al título cuarto de la DIRECTIVA 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre los mecanismos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

### **3.1 Regla general de adjudicación**

El artículo 28 señala la regla general de adjudicación: "Para adjudicar sus contratos públicos, los poderes adjudicadores aplicarán los procedimientos nacionales, adaptados a efectos de la presente Directiva".<sup>14</sup> Esto refrenda el compromiso por el respeto a las regulaciones internas de cada Estado, los que en sintonía con las obligaciones dadas por el Tratado de la Unión Europea, deberán establecer en sus mandatos internos, como primer mecanismo de adjudicación un procedimiento abierto -licitación pública- y como segunda opción un procedimiento restringido -de selección entre proveedores precalificados-. El artículo 28 indica que para los casos específicos que señala la Directiva, se podrá recurrir al diálogo competitivo, así como al procedimiento negociado.<sup>15</sup>

### **3.2 Adjudicación directa**

Las regulaciones de la Unión Europea han evolucionado para incluir mandatos relacionados con la materia de *Public Procurement*, dada la importancia que se reconoce al intercambio económico que surge entre los países al momento de recurrir a empresarios privados para satisfacer algunas de las necesidades de su población. La DIRECTIVA 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras, de Suministro y de Servicios, se ha convertido en el pilar de otros documentos que permiten incluir otro tipo

14 Article 28 Directive 2004/18/EC of The European Parliament and of The Council of 31 March 2004.

15 *Ídem*.

de relaciones contractuales a los principios y procedimientos regulados por la citada Directiva.

La Unión Europea tiene un fuerte compromiso con la medición en la eficiencia de su legislación en materia de contratación pública, sobre todo en el enfoque de la competencia y transparencia.<sup>16</sup> Para volver más competitivos sus procedimientos de adjudicación, la suma de Directivas establecían un menú de procedimientos comunes, que fue ampliado por las modificaciones introducidas en 2004 con la posibilidad del diálogo competitivo y disposiciones sobre otras técnicas de contratación, como las subastas electrónicas, los sistemas dinámicos de adquisición, las centrales de compras, etc. Por otro lado, en materia de transparencia se ha incluido la publicación de anuncios en el Diario Oficial (DOUE), por lo general tanto antes como después de los procedimientos de adjudicación; se aplican criterios predefinidos como lo es definir las características de la admisión de proveedores para poder participar, así como criterios objetivos previamente definidos de adjudicación, para designar al “ganador”.

En atención de lo anterior, se han elaborado estudios por parte de la Comisión Europea reportando para el año 2009, la aceptación de las reglas contenidas en las Directivas, por parte de las autoridades adjudicadoras de los estados miembros, pues según sus resultados,

...se publicaron más de 150,000 convocatorias de licitación, de conformidad con las Directivas. El valor estimado de estos contratos ascendía a 420,000 millones EUR, lo que representa aproximadamente el 20% del gasto público total en bienes, obras y servicios.<sup>17</sup>

Independientemente de los diversos umbrales económicos que establecen las Directivas para cada tipo de contrato, los agentes económicos han mostrado que prefieren sujetarse a sus reglas, por encima de las establecidas en la regulación interna de los países miembros, pues, de conformidad con las cifras vigentes al momento del estudio:

El 18% de todos los contratos publicados son de un importe inferior al umbral de 125,000 EUR, el 30% de los contratos de autoridades del ámbito subcentral se sitúan por debajo de los 193,000 EUR... el 70% de todos los contratos de obras se sitúan por debajo del umbral correspondiente a los mismos (esto es, 4,85 millones EUR).<sup>18</sup>

16 COMISIÓN EUROPEA, Unión Europea, 2012. Obtenido de Impacto y eficacia de la Legislación de la UE sobre la contratación pública: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/modernising\\_rules/evaluation/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_en.htm).

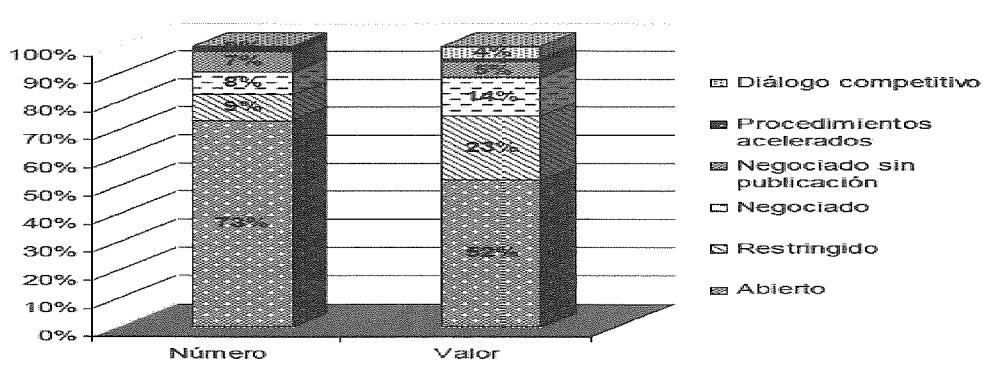
17 *Ibídem*, p. 6.

18 *Ibídem*, p. 9.

De la revisión particular a cada uno de los procedimientos utilizados para lograr la adjudicación de los contratos públicos, de conformidad con las disposiciones de la Unión Europea, se observa la posición preponderante que ocupa la licitación pública, pues se coloca a la cabeza, respecto de la cantidad de procedimientos celebrados como de la cuantía de los mismos, seguida por el procedimiento restringido. Esto demuestra que “el tradicional procedimiento abierto de licitación sigue siendo el más frecuentemente utilizado”.<sup>19</sup>

Se presenta la Figura No. 2 Procedimientos de adjudicación 2006-2010, en la cual se observa la representación de los procedimientos abiertos –licitación pública- como líder respecto a los otros. Es importante resaltar que los procedimientos negociados tienen una representación considerable, pues en cantidad representan el 8% en el caso de negociados y 7% negociados sin publicación, es decir que el 15% de los procedimientos se realizan por medio de negociaciones, y sólo el 9% en procedimientos restringidos; esta tendencia cambia al analizar los valores relacionados a los procedimientos, pues los restringidos representa el 23%, mientras que los negociados 14% y los negociados sin publicación sólo el 5%, aún en conjunto el 19% no supera los valores relacionados a procedimientos restringidos.

Figura No.2 Procedimientos de adjudicación 2006-2010



Fuente: Resumen de la evaluación del Impacto y la eficacia de la Legislación de la UE sobre Contratación pública, p. 10, visible en el sitio web oficial: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/modernising\\_rules/evaluation/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_en.htm)

<sup>19</sup> COMISIÓN EUROPEA, Comisión Europea de la Unión Europea, 2012. Obtenido de Impacto y eficacia de la Legislación de la UE sobre la contratación pública: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/modernising\\_rules/evaluation/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_en.htm), p. 9.

### 3.3 Diálogo competitivo y Procedimiento negociado

Para conocer las reglas del Diálogo competitivo y del Procedimiento negociado se presenta el Cuadro No. 1 en el que se analizan estos mecanismos alternativos a los de adjudicación desarrollados en cada uno de los estados miembros de la Unión Europea:

**Cuadro No. 1 Procedimiento de adjudicación de contratos públicos-Directiva 2004/18/CE**

Diálogo competitivo	Procedimiento negociado
<p><b>Dirigido a:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Contratos particularmente complejos, que a decisión del poder adjudicador no puedan adjudicarse por procedimientos abierto o restringido.</li> </ul>	<p><b>Dirigido a:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Ofertas irregulares o cuando las ofertas presentadas resulten inaceptables en relación con las disposiciones nacionales compatibles a un procedimiento abierto o restringido o a un diálogo competitivo, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato.</li> <li>■ Casos excepcionales, que por el tipo de obra o servicio, sus características o riesgos, no permitan fijar previamente el precio global.</li> <li>■ Servicios de la categoría 6 del anexo II A, así como prestaciones intelectuales, o en aquellos casos que no se puedan establecer las condiciones precisas del contrato, para realizar la selección de la mejor oferta en el caso de procedimientos abiertos o restringidos.</li> <li>■ Obras de investigación, experimentación o perfeccionamiento y no con la finalidad de obtener rentabilidad o cubrir costes.</li> </ul>

<p><b>Criterio base de la adjudicación:</b> Oferta económicamente más ventajosa, de acuerdo con el artículo 53:</p> <p>a) Oferta económicamente más ventajosa, sujeta a distintos criterios vinculados al objeto del contrato: por ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o de ejecución.</p> <p>b) Solamente el precio más bajo.</p>	<p><b>Criterio base de la adjudicación:</b> Oferta económicamente más ventajosa, de acuerdo con el artículo 53:</p> <p>a) Oferta económicamente más ventajosa, sujeta a distintos criterios vinculados al objeto del contrato: por ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o de ejecución.</p> <p>b) Solamente el precio más bajo.</p>
<p><b>Procedimiento:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Selección de candidatos (reglas de los artículos 44 a 52).</li> <li>■ Diálogo para definir los medios para satisfacer las necesidades del poder.</li> <li>■ Debate de los aspectos del contrato con los candidatos seleccionados.</li> <li>■ Principios: trato igual a todos los licitadores, no discriminación de información ventajosa para algún licitador.</li> <li>■ Se podrá realizar en fases (facultativo).</li> <li>■ Se podrán comparar las soluciones propuestas por cada licitante (facultativo).</li> <li>■ Propuesta final una vez cerrado el diálogo. Se deberán incluir todos los elementos necesarios para la realización del proyecto.</li> <li>■ Se podrán solicitar aclaraciones de las ofertas; pero no podrán modificar elementos fundamentales.</li> </ul>	<p><b>Procedimiento:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Negociación con los licitadores de las ofertas que éstos hayan presentado para adaptarlas a los requisitos indicados en el anuncio de licitación, en el pliego de condiciones y en los posibles documentos complementarios, con vistas a encontrar la mejor oferta.</li> <li>■ Principios: trato igual a todos los licitadores, no discriminación de información ventajosa para algún licitador.</li> <li>■ Se podrá realizar en fases sucesivas (facultativo) para reducir el número de ofertas.</li> </ul>

La selección se hace de acuerdo a los criterios de adjudicación señalados en el anuncio, respecto de la oferta económica más ventajosa.	Se puede evitar la publicación del anuncio si se incluye en la negociación a todos los licitadores, y sólo a los que cumplan con las reglas de selección de candidatos (artículos 45 a 52).
Los poderes adjudicadores podrán prever premios y pagos para los participantes en el diálogo.	

Fuente: Elaboración propia de acuerdo a los artículos 29, 30 y 53 de la DIRECTIVA 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

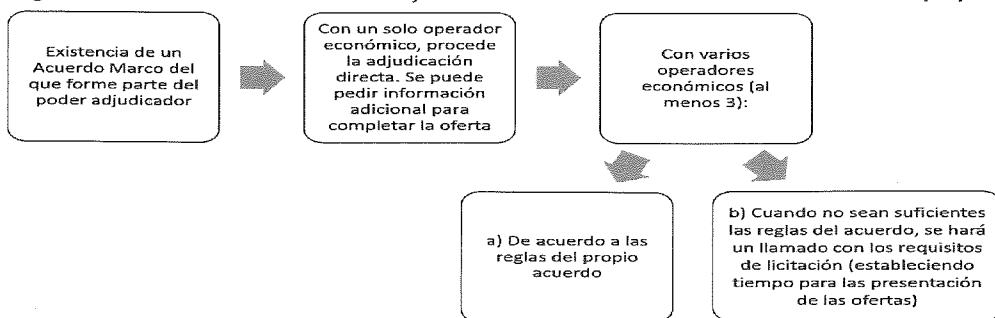
Se observa que ambos procedimientos se encuentran altamente cargados al uso de facultades discretionales por parte del poder adjudicador. La selección del Diálogo competitivo se reserva para los “contratos particularmente complejos”, aunque en la Directiva no se otorgan mayores explicaciones o elementos para considerar, con base en ellos que la decisión de la autoridad se refiere precisamente a este tipo de contratos. Caso contrario es el del Procedimiento Negociado, en el que se indica cuáles son los supuestos por los que se podrá recurrir al mismo, con un mecanismo aún más flexible que el instrumentado para el desarrollo del Diálogo. Ambos procedimientos buscan facilitar la selección del contratista más adecuado para satisfacer las necesidades del poder adjudicador, teniendo como base para la toma de decisión la oferta económica más ventajosa.

### 3.4 Acuerdos Marco

En la Directiva también se incluye la posibilidad de celebrar Acuerdos Marco. Para poder hacer uso de este mecanismo, será necesario que el poder adjudicador sea parte del acuerdo marco, sin que ésta pueda realizar modificaciones a los términos indicados en el propio acuerdo. Se establece que como plazo máximo, la duración de los acuerdos marco no podrá ser mayor de cuatro años. La disposición señala que “los poderes adjudicadores no podrán recurrir a los acuerdos marco de manera abusiva o de manera que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada”.<sup>20</sup> Para la selección de la mejor propuesta se deberá realizar de conformidad con los criterios de adjudicación del artículo 53, es decir, a la económica más ventajosa.

<sup>20</sup> PARLAMENTO EUROPEO, Artículo 32, Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo, 31 de Marzo de 2004. Obtenido de Parlamento Europeo en la coordinación de procedimientos para la adjudicación de contratos de obra pública, suministro y servicios públicos: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/treaties/lisbon\\_treaty/ai0033\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0033_es.htm).

Figura No.3 Procedimiento de adjudicación Acuerdo Marco -Directiva 2004/18/CE

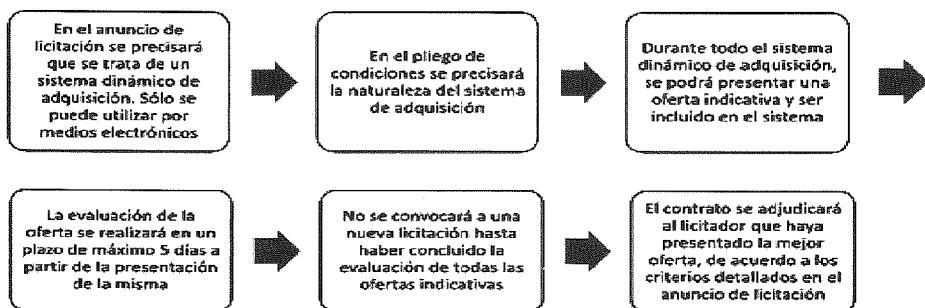


Fuente: Elaboración propia de acuerdo al artículo 32 de la DIRECTIVA 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

### 3.5 Sistemas dinámicos de adquisición

Una última opción dada por la Directiva se identifica como “Sistemas dinámicos de adquisición”, que se vuelve una opción para los Estados que así lo consideren. Aquellos que decidan utilizarlo, seguirán las normas del procedimiento abierto en todas sus fases hasta la adjudicación del contrato en el marco. Se podrá admitir a todos los licitadores que cumplan los criterios de selección y que hayan presentado una oferta que se ajuste al pliego de condiciones. Lo novedoso del sistema consiste en que dichas ofertas podrán mejorarse en cualquier momento, siempre que sigan siendo conformes al pliego de condiciones.

Figura No.4 Procedimiento Sistemas Dinámicos de Adjudicación -Directiva 2004/18/CE



Fuente: Elaboración propia de acuerdo al artículo 33 de la DIRECTIVA 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Este tipo de licitación negociable, que sin duda fomenta la flexibilidad en el procedimiento, no sólo en sus etapas, sino también en la participación de los licitantes quienes podrán presentar su oferta antes del cierre del sistema, se desarrolla en su totalidad por medios electrónicos. Un aspecto no menos interesante es que no sigue la regla de adjudicación de la oferta económicamente más ventajosa, para dejar en libertad al poder adjudicar de elegir los requisitos y el criterio de elección, desde el momento del llamado a la licitación. Resulta interesante que de la totalidad de procedimientos incluidos en la Directiva, sea el único en el que se indican los tiempos mínimos para el desarrollo de las etapas, así como del procedimiento en su conjunto, que no podrá ser superior a cuatro años, salvo casos excepcionales.

## Conclusiones

El Derecho comunitario analizado en lo particular con el enfoque a las regulaciones en materia de contratación pública, muestra la tendencia a la homogenización de los procedimientos de adjudicación pública, sin perder de vista la importancia al respecto de la soberanía para la instrumentación por parte de cada territorio, sin embargo, el reto sigue estando presente en la compleja instrumentación que puede representar para cada uno de los operadores públicos y participantes privados, ponerlos en práctica en conjunción con la normatividad interna.

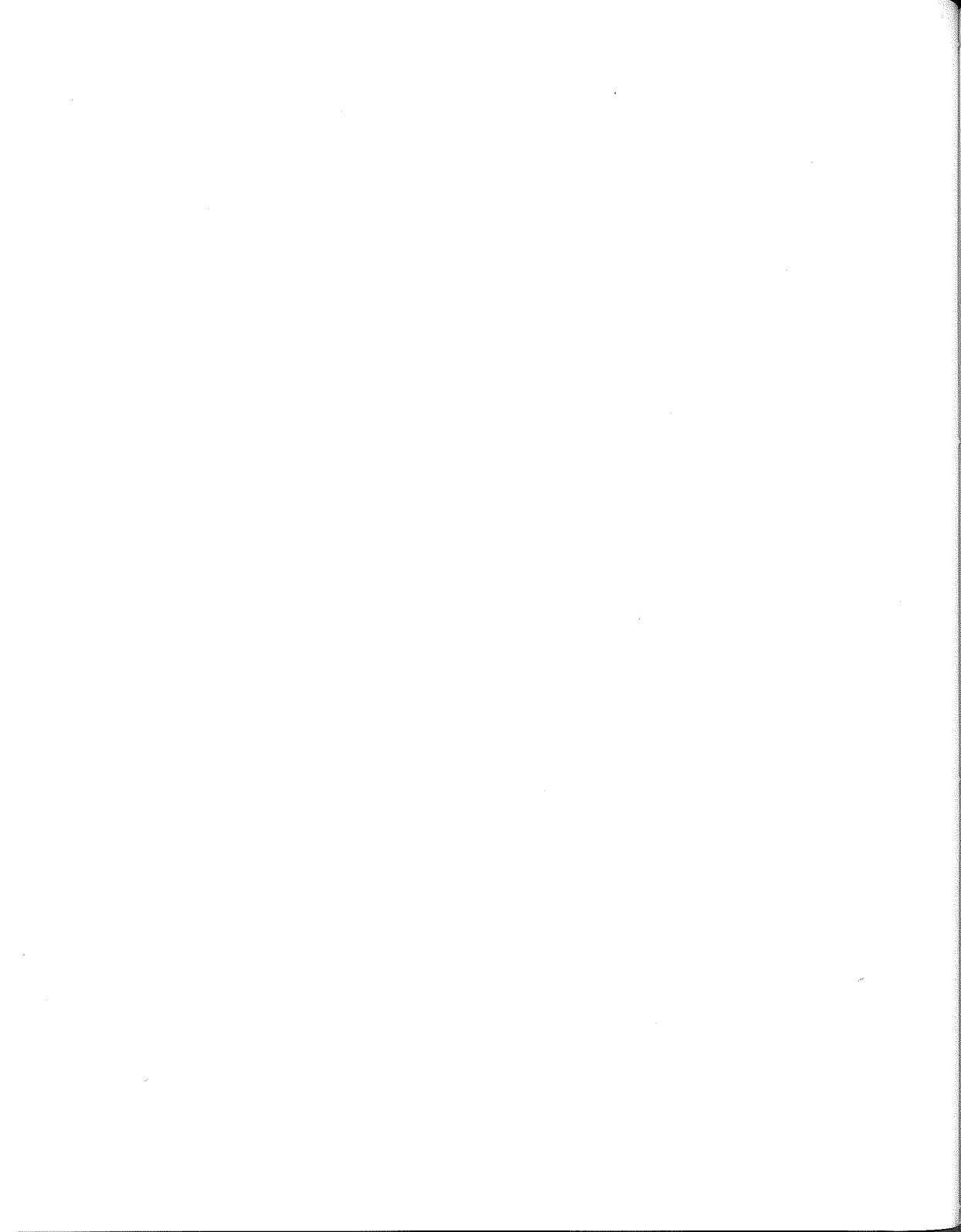
El presente estudio sintetiza los procedimientos de adjudicación, con sus características más relevantes, con la finalidad de identificar que en el Derecho Comunitario la licitación pública se encuentra sumamente arraigada, sin embargo, la reglamentación ha permitido el ingreso de mecanismos alternativos que imprimen flexibilidad a las contrataciones públicas, así como a las relaciones entre agentes públicos y privados. La posibilidad de desarrollar procedimientos negociados, de diálogos competitivos, acuerdos marco, así como de sistemas dinámicos de adquisición, no sólo se encontrarán presentes en las legislaciones al seno de la comunidad, sino también redundará en las compras del sector público a nivel internacional.

## Bibliografía

- Comisión Europea, Unión Europea, 03 de Octubre de 2014. Obtenido de Contratación Pública: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/index_en.htm)
- \_\_\_\_\_ Enero de 2015. Obtenido de Impacto y eficacia de la Legislación de la UE sobre la contratación pública: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/modernising\\_rules/evaluation/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_en.htm)
- PAREJO ALFONSO, Luciano, "Régimen jurídico de la contratación en España", en Fernández Ruiz, Jorge y Santiago Sánchez, Javier (coord.), *Contratos Administrativos, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007.
- Parlamento Europeo, Artículo 16, Umbrales de los Contratos, 31 de Marzo de 2004. Obtenido de CE del Parlamento Europeo, coordinando los contratos públicos de las entidades que operan los sectores de agua, energía, transporte y servicios postales.: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/treaties/lisbon\\_treaty/ai0033\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0033_es.htm)
- \_\_\_\_\_ CE del Parlamento Europeo, 31 de Marzo de 2004. Obtenido de Parlamento Europeo en la coordinación de procedimientos para la adjudicación de contratos de obra pública, suministro y servicios públicos.: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/treaties/lisbon\\_treaty/ai0033\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0033_es.htm)
- Unión Europea. COM, Europa, 07 de Julio de 2001. Obtenido de Síntesis de la Legislación de la UE: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/treaties/lisbon\\_treaty/ai0033\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0033_es.htm)
- \_\_\_\_\_ Europa.eu, January de 2015. Obtenido de Reglamentos, Directivas y otros actos legislativos: [http://europa.eu/about-eu/basic-information/decision-making/legal-acts/index\\_es.htm](http://europa.eu/about-eu/basic-information/decision-making/legal-acts/index_es.htm)



## RESEÑAS



## Preeminencia del Derecho

José Jesús Borjón Nieto\*

**VILLEGRAS DELGADO**, César, *La preeminencia del Derecho en Derecho Internacional*, Prólogo de Daniel García San José, Thomson Reuters ARANZADI, Navarra (España), 2013., PP 193. ISBN: 978-84-9014-958-4.

Solía decir el poeta Horacio que “nada ha dado la vida a los hombres que no les haya costado un gran esfuerzo” (*Nihil sine magno labore vita dedit mortalibus*).

No sé si el libro del doctor César VILLEGRAS DELGADO, le costó mucho o poco esfuerzo. Por la abundante información que nos trasmite en la urdimbre de una impecable argumentación, me atrevería a opinar que más bien fue lo primero que lo segundo, y que su obra no nació de repente, como se cuenta que nació Palas Atenea de la cabeza de Zeus (Júpiter). Por lo bien elaborada y fundamentada que está la obra, nos hace pensar que se trata de un trabajo arduo, de muchos meses de gestación y preparación, en los que el autor reunió sus fuentes, las clasificó y ponderó para regalarnos la lectura de este libro que, en mi modesta opinión, marcará un hito en la tarea que emprende todo internacionalista frente a los desafíos que presenta la actual globalización.

Palas Atenea (Παλλὰς Ἀθηνᾶ), en la mitología griega, como se recordará, es una divinidad del Olimpo, encargada de la guerra, la civilización, la sabiduría, la estrategia, las artes, la justicia y la habilidad. La labor jurídica realizada por nuestro autor ha tenido que ver con todo ello, lo cual podremos constatar si analizamos toda su obra producida a lo largo de su vida, como son sus libros y artículos publicados en revistas jurídico-científicas sobre temas referentes al Derecho Internacional Público y las Relaciones Internacionales. En la problemática abordada por nuestro autor han estado presentes los temas relacionados con el Estado de Derecho, *the rule of law*, traducido como imperio de la ley en los ámbitos interno e internacional en el *common law*, como *the rule of law among nations*, en cierta medida equivalente a nuestro *ius gentium*, de raíces latinas fecundantes del pensamiento que nos dejó el dominico Francisco de Vitoria (en

---

\* Investigador adscrito en la Subdirección de Investigación del Colegio de Veracruz.

realidad de Burgos), con toda justicia llamado el fundador del derecho internacional, título que algunos quieren adjudicar al holandés Hugo Grocio, quien con Gentili y Suárez mucho aportaron también a la formación de esta rama de las ciencias jurídicas.

Sin entrar, ni por asomos a ese debate sobre la paternidad del Derecho Internacional, valga recordar lo que Verdross afirmó al respecto:

El mérito fundamental de Vitoria consiste en haber dado un relieve especial al antiguo pensamiento estoico de la unidad moral y jurídica del universo: el mundo (*totus orbis*) integra una sola comunidad jurídica, pero no como una simple idea —según era el pensamiento de la Stoa— sino como una comunidad concreta, unida por el derecho natural. Vitoria dio por primera vez el nombre de *ius inter gentes* a las normas del derecho natural que regulan las relaciones entre los pueblos.

Hecho este paréntesis, volvamos a lo nuestro: la reseña del libro del Dr. César Villegas, antes de que nos perdamos en disquisiciones que posiblemente no vengan al caso.

Pues bien, al grano y a lo que nos interesa, implica destacar los méritos de la obra de nuestro autor, ya antes anunciadas. Vayamos punto por punto y en orden, para no descarrilar el discurso.

A este respecto, conviene destacar desde ahora que el derrotero de las líneas de investigación de nuestro autor no es de ayer ni de ahora, sino de mucho antes. De las obras anteriores por él publicadas y que se relacionan muy de cerca con *La preeminencia del Derecho en Derecho internacional*, no quisiera dejar de mencionar algunas en la que ofreció a los lectores gratas y jugosas primicias, como fue, entre otras, la obra intitulada: *Los Crímenes de Lesa Humanidad en Perspectiva Histórica: Su nacimiento como categoría jurídica en el ordenamiento internacional*, publicado por la Universidad Internacional de Andalucía, en 2012.

Por lo que concierne a los capítulos de libros en los que ha colaborado nuestro autor, habrá que aclarar diciendo que son tantos que nos llevaría mucho tiempo enumerarlos, y lo mismo se podría decir de los artículos publicados en revistas jurídico-científicas indexadas, tanto de México como de otros países, sobre todo de España, donde reside desde hace poco más de diez años, como profesor-investigador en la Universidad de Sevilla.

Valga señalar que entre los temas tratados en esos capítulos y artículos científicos de su autoría sobresalen los referentes a la promoción y consolidación del Estado de Derecho, vistas como reto y desafío de las Naciones Unidas del siglo XXI, el retorno de los inmigrantes irregulares a la luz de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de la Protección de los Derechos

Humanos, sin olvidar, por supuesto otras investigaciones de no menor relevancia .como son las relativas al estatuto de la víctima especialmente vulnerable en el proceso penal, el bioderecho, la investigación embrionaria humana ante las exigencias del Estado de derecho, la investigación biomédica en transferencia nuclear, la promoción y consolidación del Estado de derecho en las sociedades postconflicto armado, los instrumentos normativos para la cooperación policial y judicial en materia penal dentro del Tratado de Lisboa.

Respecto a los trabajos directamente relacionados con el libro hoy comentando, cabe destacar los aspectos más relevantes que aquilatan con más fuerza su valía, como son el interés del tema, su actualidad, el método seguido, los conceptos aportados al análisis, la división de la obra y las conclusiones a que llega el autor, para terminar, por mi parte, aventurando una modesta evaluación, misma que, ya desde ahora, les anticipo que será muy positiva y favorable, por tratarse de una obra que, personalmente, ha satisfecho plenamente mi interés por los temas de derecho internacional, no sólo por su sapiente contenido sino también por el estilo, que considero claro, directo, inteligible e incluso ameno en muchos aspectos. Se trata, por supuesto, de una amenidad para cultores del Derecho y de las Relaciones Internacionales, amenidad que brota del manejo del discurso y la diafanidad del lenguaje.

*Por lo que toca al interés y justificación del tema*, se puede resaltar que el asunto estudiado por el Dr. Villegas es de suma importancia, pues versa nada menos que sobre el Estado de Derecho, respuesta que la comunidad nacional e internacional ha encontrado para poner límites al Estado absolutista, caracterizado por la ausencia de libertades, la concentración del poder y la irresponsabilidad de los titulares de los órganos de ese poder. Siguiendo a Lucas Verdú, el Dr. Villegas constata que la fórmula Estado de Derecho está precedida por un largo pasado histórico. En este entorno, nos recuerda que en la antigua Grecia se mantuvo el dominio de la ley frente al capricho despótico de los gobernantes y con Elíaz Díaz explica que si bien ese ideal no llegó a institucionalizarse, existió, al menos como pretensión, la exigencia de los griegos de ser gobernados por leyes antes que por el puro arbitrio y voluntad de los hombres (p. 17, Nota 4).

*Por cuanto se refiere a la actualidad* del asunto abordado, se puede señalar que la obra representa una de las más grandes preocupaciones del neoconstitucionalismo y del derecho internacional, como se señala en la introducción general en la que se explica que la promoción del Estado de Derecho constituye, después del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, el principal reto y desafío que afronta la Organización de Naciones Unidas, la cual ha reite-

rado a través del Secretario General que la promoción de este principio explica en buena medida el progreso social alcanzado en tiempos recientes, como lo reconoció, a su vez, la Asamblea General en la *Declaración del Milenio*, al referirse a la promoción del Estado de Derecho tanto en los asuntos internos como en los internacionales.

*La hipótesis de trabajo* formulada por el Dr. César Villegas se encuentra implícita en el primer párrafo (p. 23) del capítulo introductorio, donde comparando el *Civil Law* con el *Common Law*, principales tradiciones jurídicas de Occidente, nos dice que “La lucha por promover la sumisión del poder público al Derecho, a lo largo de la Historia, ha constituido – y constituye – una batalla que se ha librado en dos escenarios sustancialmente distintos: uno interno y otro internacional”. A continuación agrega que “la idea de la sumisión del poder público al Derecho se ha expresado a través del Estado de Derecho y del *Rule of Law*, respectivamente” y que si bien “generalmente, suelen considerarse ambos términos como sinónimos –lo que ha creado cierta confusión–, debemos señalar que entre ambas instituciones jurídicas existen apreciables diferencias que es preciso distinguir” (p.18). Teniendo presente esa distinción, la de orden interno (Estado de Derecho como imperio de la ley o *Rule of Law*) y la de ámbito internacional (*Rule of Law among Nations*), *mutatis mutandis*, se puede aplicar el término al análisis de la realidad socio-jurídica internacional, para dar paso a la fórmula *Rule of Law among Nations*, con el objeto de subrayar la sumisión del poder público al Derecho, incluso en la esfera internacional, sobre lo cual no existe consenso sobre su alcance y contenido.

Para comprobar esta hipótesis, el Dr. Villegas analiza dentro de la *primera parte* de su monografía la proyección internacional del Estado de Derecho y del *Rule of Law*, apostando por la promoción de un modelo interno – de Estado de Derecho o de *Rule of Law* – en el ámbito internacional desde la estructura institucional de determinadas Organizaciones internacionales, entre ellas la ONU, y postulando, por otra parte, un modelo esencialmente internacional, que si bien es de naturaleza distinta, hay entre sendos modelos actuaciones paralelas: primero, en la de la protección internacional de los derechos humanos, y segundo, en la promoción de la paz y la seguridad internacionales, como es el ámbito de la consolidación de la paz después de los conflictos armados. En la *segunda parte* de la obra, el Dr. Villegas centra la atención en las distintas formulaciones teóricas desarrolladas en torno a la vertiente internacional del Estado de Derecho o del *Rule of Law*. O *Rule of Law among Nations*, todas ellas, no dice, “como expresión de la preeminencia del Derecho o el imperio de la ley más allá de las fronte-

ras estatales". En este sentido, el empleo de la expresión "Estado de Derecho Internacional" enuncia la sumisión del poder público al Derecho en el ámbito de las relaciones internacionales, sin embargo, el Dr. Villegas señala que, desde su punto de vista, "resultaría poco viable, toda vez que dicha institución jurídica se ha nutrido de una realidad socio-jurídica sustancialmente distinta a la internacional". Se estaría presuponiendo, en ese sentido, "...la existencia de un Estado, es decir, de una organización política estatal centralizada e institucionalizada, inexistente en el ámbito jurídico internacional" (pp. 19-20).

El Dr. Villegas ve claramente ese dilema, y señala que:

...No obstante, consideramos que lo que sí sería viable, en todo caso, sería extrapolar al ámbito internacional la idea esencial subyacente tanto al Estado de Derecho como al *Rule of Law*, es decir, la sumisión del poder al Derecho. Así lo entendería un amplio sector de la doctrina para el que esta idea cumpliría, básicamente, con los mismos objetivos que su contraparte interna, pero adaptando su contenido a la realidad internacional. (p. 20).

Al hablar de un amplio sector de la doctrina, el Dr. Villegas se refiere particularmente a los autores anglosajones, quienes utilizan el término *International Rule of Law* (Capítulo III) y defienden una concepción material o sustancial —con la que el autor coincide— a la que se denomina *the Rule of Law among Nations* (Capítulo IV). Esta concepción, en opinión del autor, "...se ajustaría más a la descripción del modelo internacional que se ha venido gestando en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas", porque, en este sentido, "...la *preeminencia del Derecho* en Derecho Internacional (*the Rule of Law among Nations*) constituirá una moneda de dos caras, estando, de un lado, la sumisión del poder público al Derecho en su aspecto formal (*the International Rule of Law among Nations*) —es decir, la exigencia de que las disposiciones del ordenamiento jurídico internacional cumplan con una serie de requisitos tales como, por ejemplo, el de generalidad, el de claridad, el de irretroactividad y el de publicidad, que permitan a dicha ordenamiento aportar estabilidad y certeza a las relaciones que regula— y, del otro, la sumisión del poder público al Derecho en un sentido material, esto es, orientándose su contenido por una serie de principios de rango jerárquico superior —como por ejemplo, el de la dignidad intrínseca del ser humano— que es, a nuestro juicio, la gran aportación de la Organización de las Naciones Unidas a la conceptualización del principio de la *preeminencia del Derecho* en Derecho internacional o "*the Rule of Law among Nations*" (p. 21).

Villegas Delgado encuentra la base de este principio en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, mediante la cual Naciones Unidas quiere consolidar un orden internacional fundado en el imperio de la ley o primacía del De-

recho en las relaciones internacionales, principio que puede considerarse como de carácter sistémico y puede hablarse de sus efectos en ámbitos tan diversos como el de la protección internacional de los derechos humanos, el Derecho internacional humanitario, el Derecho del mar, el Derecho de los tratados, el de la responsabilidad internacional del Estado, el del trato debido a los extranjeros, el de los refugiados y solicitantes de asilo, el de protección internacional del medio ambiente, el de las relaciones económicas, financieras y comerciales internacionales, el de la promoción del desarrollo, el de la coexistencia pacífica entre los Estados, el del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales (pp. 21 y 75).

El mantenimiento de la paz comprende tres actividades principales, que son: prevención de conflictos y establecimiento de la paz, mantenimiento de la paz y consolidación de la paz. La prevención atacaba las causas estructurales del conflicto con el fin de sentar una base sólida para la paz; cuando la base se desintegraba, señalas Villegas Delgado, se intentaba reforzarla mediante medidas de prevención del conflicto, que generalmente consistían en iniciativas diplomáticas. Esta acción preventiva era por definición una actividad discreta y, cuando funcionaba, podía pasar totalmente desapercibida.

Los tres momentos son sin duda importantes. Sin embargo, en las últimas dos décadas ha cobrado peculiar relevancia, después de guerras entre Estados, un modelo complejo que incorpora muchos elementos, entre ellos los militares y civiles, que cooperan para establecer la paz en el peligroso período que sigue a las guerras civiles. Esta última fase se denomina, por lo mismo, consolidación de la paz e incluye, entre otras cosas, la reincorporación de los excombatientes a la sociedad civil, el fortalecimiento del imperio de la ley, el fortalecimiento del respeto de los derechos humanos mediante la vigilancia, la educación y la investigación de los atropellos pasados y presentes, la prestación de asistencia técnica para el desarrollo democrático y la promoción del empleo de técnicas de solución de conflictos y reconciliación (p. 76).

## Sobre los jueces y las emociones

José Manuel De Alba De Alba\*

BÁEZ CORONA, José Francisco; *Sobre los jueces y las emociones. Manual de Inteligencia Emocional para la Jurisdicción*, UX-UV-TSJEV, México, 2012

El Doctor José Francisco Báez Corona en su obra “Sobre los jueces y las emociones. Manual de Inteligencia Emocional para la Jurisdicción” presenta un libro muy oportuno para la labor jurisdiccional conforme se ha venido desarrollando y se debe desarrollar en el futuro.

Ante la trascendental labor que se lleva a cabo en los tribunales, los juzgadores además de un amplio conocimiento del Derecho, deben destacarse virtudes como la prudencia, autocontrol, educación, imparcialidad, diligencia y lealtad, cualidades que, según sugiere la obra en comento, se relacionan con el ejercicio de la inteligencia emocional, la cual constituye una herramienta para la vida en general, pero también una herramienta para los juzgadores, particularmente ante los retos derivados de las reformas constitucionales en materia de oralidad y derechos humanos, en opinión del autor del libro:

Los juzgadores son seres humanos, por lo tanto entidades con emociones como cualquier otro. Sin embargo, su situación personal es particularmente compleja ya que su labor les exige día a día vivir en el conflicto, afrontar en cada momento litigios que les implican tomar decisiones sobre los valores más altos de la sociedad como la vida, la libertad, las propiedades, el honor, la seguridad, la familia, entre muchos otros.

El litigio en el juzgado, las audiencias, los expedientes, son una caldera de estados emocionales reflejados en las partes. Rencor, impotencia, tristeza, culpa, ansiedad, resentimiento y frustración, ante lo cual, se pide al juzgador que permanezca estoicamente inmune, inalterablemente objetivo, imperturbable, incommovible, firme. (p. 7)

Por lo anterior, el juzgador moderno deberá desarrollar la inteligencia emocional definida en el libro como “una habilidad cognitiva y funcional que permite

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad Cristóbal Colón, Magistrado de Circuito del Poder Judicial de la Federación desde 1997.

comprender las emociones propias y ajenas para poder operarlas en beneficio de las personas" (p. 9) esta habilidad sin duda puede ser útil en las operaciones interpretativas, y en especial la interpretación pro-persona.

El texto aporta desde disciplinas complementarias al Derecho, como son la educación y la psicología, consideraciones que rompen con el paradigma tradicional del ejercicio jurisdiccional, con lo cual constituye una sugerente invitación para abrir las mentes y los esquemas de los jueces.

Así, el trabajo se conforma por cuatro capítulos, en los cuales es destacable además de la descripción fundamentos teóricos, jurídicos y científicos sobre la jurisdicción y su relación con el ejercicio de la inteligencia en un sentido integral, el hecho de que se presentan propuestas y ejercicios para el desarrollo de la inteligencia emocional en los juzgadores.

Desde la perspectiva de un juzgador federal resulta de particular interés la lectura del tema 2.6. "Interpretación y aplicación del Derecho conforme al Sistema Jurídico Mexicano y la reforma constitucional 2011", ya que con dicha reforma México se incorpora a la modernidad Constitucional al reconocer el papel relevante de los principios, además de las reglas, como ingredientes necesarios para comprender la estructura y el funcionamiento de un sistema jurídico, en donde el sistema de jerarquía de normas ya no es el único para desentrañar antinomias pues, además, se tendrá que hacer juicios de ponderación atendiendo al principio pro-persona, el cual es más valorativo. Ante esta situación se afirma en el libro:

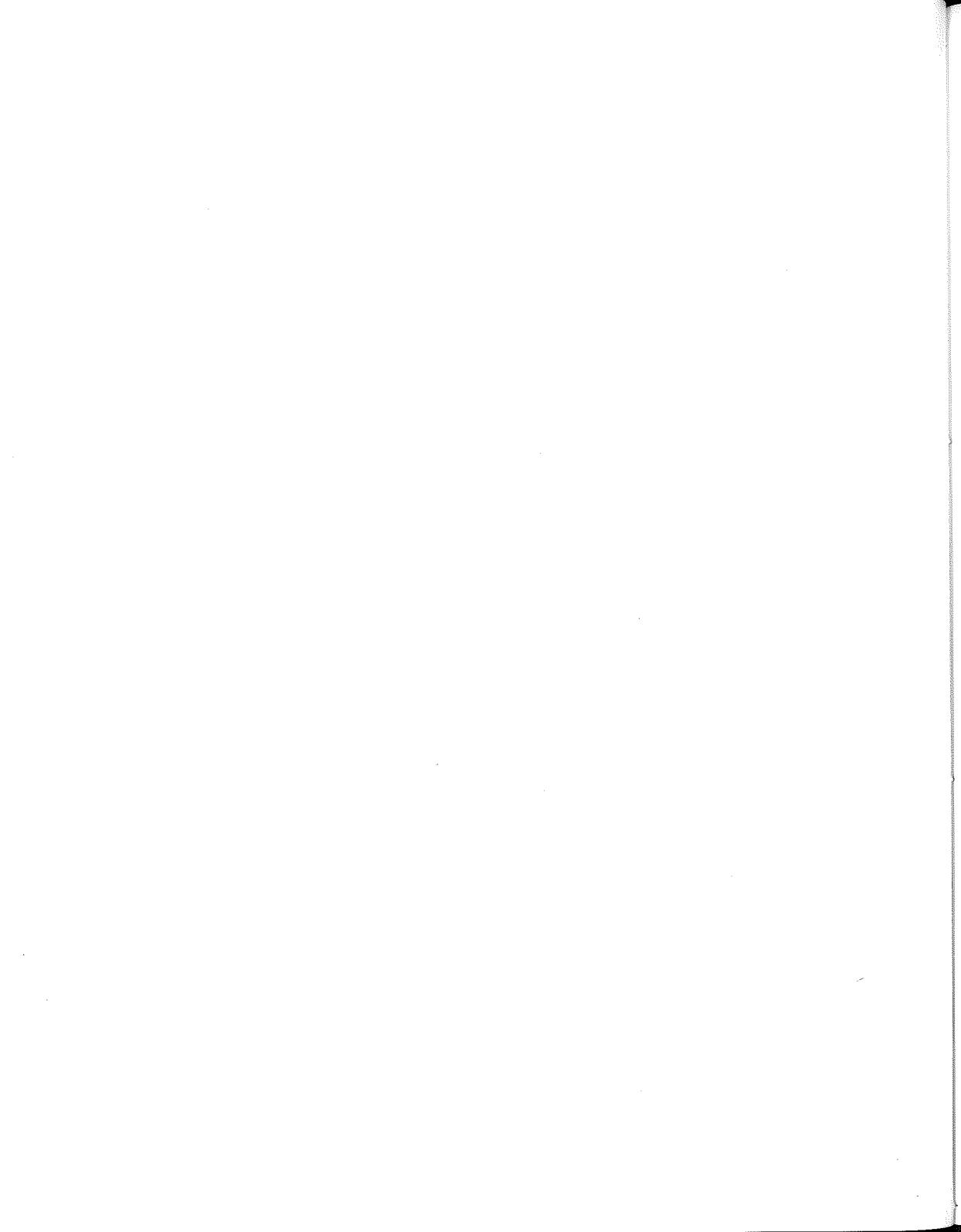
Uno de los retos de la reforma, discurre por desplegar en el juzgador la habilidad por el desarrollo de la prudencia y templanza para ser capaz de aplicar y resolver con base a la justicia sin afectar la ley.

(...) El reto será aún más marcado al incorporarse en los próximos años en el Sistema Jurisdiccional los juicios orales, ya que ante las actividades requeridas del juzgador en esa nueva modalidad, resultará aún más difícil sustentar que su resolución se basa exclusivamente en una operación lógica-gramatical que significa aplicar una regla general escrita en un caso concreto y resultará más difícil para el juzgador simplemente descartar las emociones que le despierta el conocimiento de un caso si no cuenta con una adecuada capacitación emocional (p. 141)

Ahora el derecho se deberá entender como una realidad dinámica, en el cual la norma no sólo se deberá analizar partiendo de su origen legislativo, sino como enunciados entrelazados con el razonamiento práctico, incorporando elementos como la moral y la política, para lo cual los jueces tendrán que hacer un amplio esfuerzo argumentativo, jugando un papel preponderante la interpretación como método para adjudicar a una norma su sentido; por lo tan-

to, los jueces de este siglo no pueden ya resolver en términos legislativos, puesto que la ley debe interpretarse de acuerdo a los principios constitucionales, en tanto la validez de una norma ya no podrá sostenerse únicamente desde la formalidad, sino también analizando su sustancia, teniendo como referente para ello el respeto a los principios y derechos establecidos en la Constitución. Ahora, el juez tratará de justificar racionalmente sus decisiones.

Todo lo anterior nos lleva a presentarnos parafraseando a Jorge F. Malem Seña, “¿Pueden las personas sin inteligencia emocional ser buenos jueces?”, la respuesta puede estar en esta obra por lo cual la recomiendo ampliamente.



## El negativo del libro que Atienza hubiera querido escribir

Salvador Martínez y Martínez\*

ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2009, PP 246.

Existe una feliz coincidencia entre el final de este libro y el punto culminante del mismo: *el proyecto de una teoría de la argumentación jurídica*. No se cometerá la indiscreción de mostrarle al lector las líneas maestras de este interesante desenlace, pero sí se enseñará la trama para llegar al mismo.

Dentro de los capítulos segundo, tercero y cuarto, el autor pasa revista de la obra de aquellos que él considera precursores de la actual teoría de la argumentación jurídica mediante sendas reseñas críticas: Thedor Viehweg, Chaim Perelman y Stephen Toulmin. De manera similar Manuel Atienza, en los capítulos quinto y sexto, revisará la obra de aquellos que él selecciona como representantes de la actual teoría de la argumentación jurídica que él llama *teoría estándar*: Neil MacCormick y Robert Alexy. Sobre estas rocas Atienza edificará el proyecto de su teoría de la argumentación jurídica.

También se destacará la habilidad del autor para la construcción de ese final. Es más el autor mismo lo confiesa:

Tanto en relación con las obras de los primeros como de los segundos he seguido un mismo método expositivo. En primer lugar, me he esforzado por presentar un resumen de las ideas del autor en cuestión acerca de la argumentación, que resultara lo más claro y lo menos simplificador posible. Luego, he tratado de mostrar las principales objeciones que cabría dirigir a esa concepción. Ahora [en el final], procuraré presentar esas críticas de una manera más global, y sugeriré también cuáles son, en mi opinión, las líneas fundamentales que deberían guiar la construcción de una teoría de la argumentación jurídica plenamente desarrollada (p. 203).

---

\* Doctor en Derecho, Maestro en retiro de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana y Académico invitado de la Universidad de Xalapa.

De este modo, el autor se convierte en el personaje principal de la obra y con absoluto respeto para sus invitados que son auténticos *solistas* en el capítulo dedicado a cada uno de ellos.

Quedó dicho que la trama es resuelta satisfactoriamente, aunque no necesariamente este libro tenga un final feliz. El tema de estudio es una respuesta enigmática a la pregunta principal de investigación. Dentro del cuestionario con el cual elabora su libro toma preeminencia la siguiente cuestión: “¿Cuáles son... las razones *del* derecho: no la razón de ser del derecho, sino las razones jurídicas que sirven de justificación para una determinada decisión?” (p. XIII).

La respuesta está implicada en la explicación del libro que el autor hubiese querido escribir: “El libro que yo hubiese querido escribir —y que tal vez escriba— debería ser algo así como el revelado —y ampliado— de lo que ahora es el negativo” (XV). El símil que emplea el autor es el de una imagen fotográfica que ofrece invertidos los claros y oscuros, o los colores complementarios, de aquello que reproduce. El final, *final*, es un libro que el autor hubiese querido escribir o que tal vez escriba. Sin embargo, el autor se encarga de descubrir el sentido de la obra y, al mismo tiempo el tema, con los siguientes términos: “Este libro pretende ofrecer una respuesta —por lo demás incompleta— a las cuestiones de qué significa argumentar jurídicamente y cómo se ha procurado contestar a esta última cuestión” (p. 1).

El estilo que adopta el autor es formal, pero didáctico, lo cual hace parecer el documento un libro de texto. Esto en el sentido de que es un marco o guía que ayuda a los estudiantes a organizar su aprendizaje tanto dentro como fuera de clase. Para los profesores, el libro de texto constituye un material que hace la enseñanza más fácil, más organizada, más adecuada: proporciona confianza y seguridad.

Lo cual no debe sorprender a nadie si se consideran las palabras de su autor: “El origen de este libro... se remonta a los cursos de filosofía del derecho que vengo impartiendo estos últimos años en la facultad de Derecho de la Universidad de Alicante, así como a diversos seminarios desarrollados en el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, en el Instituto Tecnológico de México y en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.” (p. XV). Pero, que el lector no se llame a engaño (incluso que el autor de esta recensión se vio en la necesidad de dinamitar el escrito para poder volver a reescribirlo todo), pues caerá en la cuenta de que la obra sí puede ser un libro escolar, pero, como se visto, es mucho más que eso.

Al escribir este libro, Manuel Atienza adopta la posición de la filosofía del derecho, filosofía que es concebida por él con una función intermediaria entre los saberes y prácticas jurídicas, por un lado, y el resto de las prácticas y saberes sociales, por el otro. Por lo tanto, el ángulo de observación es muy amplio, pero su enfoque se reduce al aspecto de la argumentación jurídica y, al menos en esta obra, su punto de vista es la inferencia deductiva.

Este documento está organizado linealmente, orientado por la línea del horizonte de proyección de su saber y tomando como punto de partida su mismo punto de vista, que es la inferencia deductiva. Y —después de una introducción a los conceptos básicos— recorre su mirada hacia los precursores de la actual teoría de la argumentación jurídica, enseguida la dirige hacia la *teoría estándar* de la misma y, después, observa la proyección de una teoría propia. Como su libro lo publica en 1991, advierte que a la fecha de la edición mexicana lo observa desactualizado y vuelca su mirada hacia una teoría más actual que las anteriores en un apéndice dedicado a la “Justificación de las decisiones judiciales según Robert S. Sumers”.

Todo ello para mostrar desde el Capítulo Primero el ambiente de la argumentación jurídica, distinguiendo tres campos, a saber:

a) Primero, el de la *producción o establecimiento de normas jurídicas* (separa dos áreas dentro de este terreno: una fase prelegislativa con argumentos predominantemente de carácter político y moral; y, la fase propiamente legislativa con cuestiones de tipo técnico-jurídico). El autor afirma que las teorías de la argumentación de que dispone no se ocupan de estos asuntos.

b) Un segundo campo en que se efectúan argumentos jurídicos es el de la *aplicación* de normas jurídicas a la resolución de casos (aquí diferencia entre argumentaciones en relación con problemas concernientes a los hechos o bien al derecho (problemas de interpretación). Puede decirse que la teoría de la argumentación jurídica dominante se centra en las cuestiones —los casos difíciles— relativas a la interpretación del derecho y que se plantean en la administración de los órganos superiores de la administración de justicia.

c) El tercer campo en que tienen lugar argumentos jurídicos es el de la *dogmática jurídica*. Considera a ésta como una actividad compleja con tres funciones: 1) suministrar criterios para la producción del derecho en las diversas instancias en que ello tiene lugar; 2) suministrar criterios para la aplicación del derecho; 3) ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico. Sostiene Atienza que las teorías usuales de la argumentación jurídica se ocupan también

de las argumentaciones que desarrolla la dogmática en cumplimiento de la segunda de estas funciones.

Con esto, el autor del libro delimita su campo de estudio y nos ofrece la pista principal de la lectura de su libro. Enseguida aborda este Capítulo dos de los tres temas centrales de la argumentación jurídica: contexto de descubrimiento y contexto de justificación: explicar y justificar. Después trata el asunto que constituye su preocupación principal para dar con su punto de arranque: el concepto de validez deductiva, corrección formal y corrección material de los argumentos, silogismo teórico y silogismo práctico, argumentos deductivos y no deductivos, aspectos normativos y fácticos de la argumentación jurídica, justificación interna y justificación externa, lógica jurídica y argumentación jurídica.

Se recomienda la lectura de esta obra a los estudiantes y estudiosos del derecho, ya que muestra el estado que guarda la investigación sobre argumentación jurídica, un trabajo de actualidad en el campo mexicano y no tanto en la perspectiva mundial, lo cual reconoce el propio autor. Después de terminada la lectura, el lector siente cómo se despierta su apetito por saber más sobre la argumentación jurídica y las líneas maestras del proyecto que presenta esta obra permanecerán en su memoria.

### **Juicio crítico**

Manuel Atienza, como tantos pensadores, incurre en una pifia, ya que no se equivoca en lo que dice sino en lo que no dice. Convencido como está que la práctica jurídica es primordialmente argumentativa acentúa de tal modo este aspecto que llega a ver al *Derecho como argumentación*. Sí comprende que la resolución judicial (y en general toda decisión jurídica) es una obra que se construye a partir de un juicio, pero minimiza la importancia de este último, que es lo que se sostiene con argumentos y, por lo tanto, no dice que *todo derecho es juicio y argumentación*.

## Estado y Legitimidad

Arnaldo Platas Martínez\*

**GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V, Globalización Económica y Estado, HG Editores, Madrid, 2015, 167 p., edición electrónica Kindle, Amazon.**

La globalización se ha convertido en un tema de continua reflexión debido a dos grandes escenarios. El primero de ellos consiste en que día a día hay nuevas alternativas en los cambios que se están dando en todos los contextos sociales y la construcción del imaginario también se expande en todos los sentidos del fenómeno social. Y en segundo lugar, porque si bien la globalización en un principio fue marcada por los ritmos económicos, en los tiempos actuales las materias de tratamiento se han extendido a todos los espacios posibles del conocimiento humano.

Y resulta muy oportuno el libro de Julio V. González García, denominado Globalización Económica y Estado, que sale bajo el sello de la casa HG editores, y que para no perder su contemporaneidad se ubica dentro del formato electrónico, que resulta muy adecuado para no desaprovechar muchas de sus tesis, que con el transcurrir de los meses pierden su frescura en los libros de formato todavía en papel.

El texto que reseñamos se encuentra dividido en cuatro grandes ejes temáticos, que constituyen el parteaguas central de la problemática actual del Estado en relación con la globalización y que a continuación enumero. 1. De la administración soberana del Estado Nación a la administración del marco supraestatal difuso 2. Globalización económica y administraciones públicas: la perspectiva de la interrelación para los entes públicos 3. Conflictos de leyes y de jurisdicción para las administraciones públicas 4. Ciudadanía, Nacionalidad y extranjería en un contexto de globalización económica.

Si atendemos a la estructura general de la obra los cuatro capítulos corresponden a sendos problemas que atraviesa el Estado contemporáneo, y donde los organismos internacionales han colocado el énfasis para resolver las crisis

---

\* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

internas que aparecen al dotar a la soberanía de un contenido muy diferente al que traía del siglo XIX.

Nuestro siglo, que ya no es tan reciente, ha permitido contemplar muchas de las maravillas de la tecnología, y también, por qué no decirlo, nuestras coordenadas sociales han cambiado de manera trágica. Desde el siglo XVIII no se veía cosa igual, y la ubicación de hombres y mujeres en sus tiempos era una especie de prolongación de la vida cotidiana a través de los años. Stephan Zweig, prácticamente en su último libro, escrito en el exilio brasileño, llamaba la atención sobre la fragmentación del mundo, y las dudas fatales sobre su propio ser.

Vivimos sin referentes permanentes, y nuestro instrumental metodológico para acceder a la realidad debe ser cada día cambiado, o al menos modificado, en medida de los actores que se ven incluidos, o de la fuerza de los hechos que en muchas de las ocasiones rebasa nuestra capacidad de comprensión.

Por ejemplo, la globalización ya no es el fenómeno que conocimos al final del siglo XX, sino que en esta centuria ha tomado otra cara que es mucho más inexorable, o en ocasiones aterradora frente a las ideas democráticas que alguna vez prevalecieron en la palestra de las doctrinas y de los hechos.

Y eso es lo que muestra Julio González García en un espléndido ejercicio de reflexión sobre la movilidad de los tiempos que vivimos. En el texto de referencia analiza la débil posición del Estado frente a los problemas de la Economía mundial, o para ser más precisos, del rol de la gobernanza internacional sobre los Estados, y como consecuencia de ello, el menesteroso papel que juega el ciudadano en estas relaciones.

Los cuatro grandes capítulos que dan cuenta de la relación entre El Estado, en los tiempos actuales, afirma el autor, consisten en que debe convivir con todas las instancias internacionales a partir de la fórmula tripartita: conflicto/competencia/ interrelación. Lo que provoca, a final de cuentas, una desazón en los ciudadanos que no saben en donde se encuentra ubicado el centro del poder. Dado que en nuestros parámetros siempre hubo un centro de gravedad donde situar la coerción, en su momento, o del poder. En los instantes que vivimos la fuerza ya no se localiza en un Estado, sino en muchas instancias que comparten con él la soberanía, que hasta hace muy pocos años se consideraba como el rasgo fundamental de este Estado nación, o al menos, era una construcción mental de nuestro mundo.

Uno de los datos importantes es que la crisis financiera de 2008 cambió las condiciones de juego que había establecido la vieja globalización. Forjó dos grandes cosas. En primer lugar modificó el discurso del Estado, para darle un

rol de activista social, para paliar los efectos en la población vulnerada por la crisis. Y en segundo lugar, fortalecer las instancias internacionales, con lo que el Estado perdió en las dos vías. Puesto que ante la crisis llegó a deslegitimarse frente a los ciudadanos, por ser incapaz de resolver los problemas sociales que se estaban presentando en ese momento frente a las medidas profundamente severas que impusieron los organismos internacionales. Y al perder capacidad de maniobra ante dichos organismos tuvo que sostener un tipo de discurso poco democrático y nada transparente, para evitar el colapso de la maltrecha soberanía que para ese momento ejercía. Con lo cual la fuerza del gobierno tecnocrático tomó las riendas definitivas en el contexto del poder político global.

Se ha dado una desregulación de los mercados financieros del mundo y como consecuencia de lo anterior el Estado perdió toda manera de influir con políticas económicas para establecer diques a esa desregulación. Lo que afecta de forma determinante en la movilidad de la democracia. Muchos de los analistas han llamado a este esquema que vivimos el largo *Termidor del constitucionalismo antidemocrático*. La ciudadanía ya no se mide en función de su capacidad de gestión, sino en la medida de aceptar las regulaciones de los mercados internacionales.

Dos ejemplos pueden bastar para México. El primero de ellos la reforma en materia educativa y la respectiva energética que coloca a todos los actores frente a las estructuras multinacionales de los servicios corporativos.

A estos organismos internacionales el autor los clasifica en cinco grandes grupos. 1. Los instrumentos de gobernanza de carácter internacional 2. Las grandes agencias internacionales 3. Los sistemas regionales de integración económica 4. La administración de los Estados nación y por último, el 5. La administración local y regional; misma que poco tiene que hacer frente a los cambios que se instrumentan en los dos primeros escalones.

Y lo que es peor, la soberanía se ejerce en los niveles 1 y 2 donde el poder consiste en influir o de establecer lobbies para favorecer los intereses del capital, que no tiene ninguna proximidad a los espacios públicos de la democracia, como ésta se había entendido hace algunos años.

Con seguridad uno de los temas centrales en el libro es el abordado por el fenómeno de la migración, que los Estados han tratado de solucionarlo de diferente manera, pero que sustancialmente hunde sus raíces en la misma problemática, y que consiste en la situación económica que sufren sociedades enteras y que deben recurrir a la fórmula que ha sido la adecuada desde que aparece el hombre sobre el planeta: la migración, en todos los sentidos de la palabra.

Y con el tópico anterior aparecen un conjunto de medidas donde el Estado resulta insuficiente, puesto que la migración no es solamente un fenómeno unidireccional, sino que aparece como un elemento de salto a otros países, o como lo dice el autor, una cuestión de tránsito a terceros países. Y aunado a lo anterior la insuficiencia de las administraciones de los Estados para hacer frente a una problemática que rebasa sus fronteras particularmente en la articulación de la legislación interna.

Y si se pudiera resumir en unas cuantas palabras el argumento central del libro, podría decirse que es el cambio del modelo de legitimación del Estado, el cual se ha convertido en un ser lento para zanjar todos los conflictos que enfrenta.

## **COMENTARIOS RELEVANTES**



## Noticias legislativas. La reforma de 18 de diciembre de 2014 a la Constitución de Veracruz de Ignacio de la Llave

María del Pilar Espinosa Torres\*

El 11 diciembre de 2014 el C. Doctor Javier Duarte de Ochoa, Gobernador Constitucional del Estado sometió a la consideración del Congreso estatal un proyecto de reformas a la Constitución del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave el cual fue aprobado y publicado en la Gaceta Oficial del Estado con fecha 18 de diciembre de 2014. En la exposición de motivos se señala que obedece a la necesidad de adecuar dicho ordenamiento a las reformas en materia político-electORALES efectuadas a la Constitución General de la República Mexicana y publicadas en el Diario Oficial de la Federación el lunes 10 de febrero de 2014.

Durante la gubernatura del Doctor Duarte se han realizado 13 reformas a la Constitución local: Mencionamos las fechas de publicación de las mismas en la Gaceta Oficial: 11 de mayo de 2011, 18 de mayo de 2011, 20 de mayo de 2011, 11 de noviembre de 2011; 9 de enero de 2012, 9 de marzo de 2012, 23 de julio de 2012, 3 de agosto de 2012, 9 de noviembre de 2012; 29 de agosto de 2013; 20 de junio de 2014 y 23 de junio de 2014. ([http://www.Legisver.gob.mx.PDF/CONSTITUCIONPOLITICA\\_23\\_064\\_14pdf](http://www.Legisver.gob.mx.PDF/CONSTITUCIONPOLITICA_23_064_14pdf)). Consulta 27, 28 de enero y 3 de febrero 2015.

En esta ocasión, las modificaciones llevadas a cabo tanto a nivel federal como local cambian radicalmente muchos aspectos tanto estructurales como procedimentales en materia electoral, mismas que al decir de los especialistas obstaculizaban el ejercicio democrático. Se reforman los artículos 18, 19, 21, 33, 52, 55, 56, 58, 59, 66, 77 y 78 y se derogan los párrafos séptimo y octavo del artículo 19 con todas sus fracciones e incisos, la fracción XXXIX del artículo 33 y los artículos 53 y 54 de la Constitución local.

Solo nos referiremos a algunas de esas reformas: La más comentada fue la relativa a la elección del próximo gobernador y diputados a celebrarse en 2016, la cual, para adecuarla a las elecciones presidenciales en 2018, será por sólo dos años, pero hay otras modificaciones interesantes. Al cambiarse la denomina-

---

\* Maestra en Ciencias Penales y candidata a Doctora en Derecho Público por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

ción y atribuciones del anterior Instituto Federal Electoral, ahora llamado Instituto Nacional Electoral también el organismo estatal sufre alteraciones sustanciales ya que se retira la facultad del Congreso Estatal para designar a los Consejeros del Instituto Electoral Veracruzano, denominado Organismo Público Local en la nueva Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales. Ahora dicha atribución corresponde al Consejo General del INE. Los integrantes del IEV serán un consejero presidente y seis consejeros Electorales con derecho a voz y voto; el Secretario Ejecutivo y representantes de los partidos políticos con registro nacional o estatal, con derecho a voz pero no voto (artículo 99 LGIPE y artículo 66 CONSTITUCIÓN VERACRUZ). Mucho tiempo se esgrimió que los gobernadores estatales tenían control desmedido y absoluto sobre los organismos electorales, ahora será el INE quien tiene la mayor parte de decisiones reduciéndose las atribuciones de los poderes estatales. Veremos si ahora verdaderamente se cumple con los principios de legalidad, imparcialidad, objetividad, certeza, independencia, profesionalismo, máxima publicidad, equidad y equidad como lo proclaman los ordenamientos vigentes. También se retira al Congreso de Veracruz la posibilidad de delimitar los distritos electorales. Obviamente se expresa en la Constitución local la obligada referencia a lo dispuesto en la Constitución Federal y las leyes electorales federales respecto al régimen de los partidos políticos. Con lo anterior ¿se vuelve a un centralismo?; ¿así habrá más democracia? Algunas atribuciones aún pertenecen a los estados como la regulación de las asociaciones políticas. En la misma reforma se aumenta a tres por ciento del total de la votación emitida para las listas regionales de las circunscripciones plurinominales para que los partidos políticos mantengan su registro y puedan tener diputados plurinominales. Y se determina ahora que la campaña de gobernador durará 60 días y la de diputados y ediles 30. Muy bien esto para los sufridos escuchas de los spots publicitarios pero ya se empieza a resentir lo abrumador e intensivo de los mismos.

Los presidentes municipales y ediles podrán ser reelegidos por dos veces y los diputados hasta por cuatro períodos consecutivos. Esta disposición también responde a las críticas sobre la necesidad de tener políticos de carrera y especializados, con la esperanza de que no se vote nuevamente por aquellos que no responden a las expectativas de sus electores. Sin embargo, observamos que muchos legisladores federales y locales eran reelegidos, solo que de manera discontinua, saltando de un puesto a otro y si los respaldan grupos de poder ganan las elecciones en algunos casos mostrando graves carencias o corrupción inocultable. Una atinada aclaración en ley estatal modificada establece que la reelección de diputados será posible a partir de 2016.

En la reforma comentada hay modificaciones respecto a la procuración de justicia estatal, también acordes con la reforma federal. En lugar de Procurador General del Estado, dependiente del Ejecutivo, ahora habrá un Fiscal General autónomo. Siguiendo los lineamientos federales la duración del cargo será de nueve años pudiendo ser ratificado quien estuviera nombrado en ese momento. Por eso continuó Jesús Murillo Karam hasta su renuncia del pasado 27 de febrero y a Ángel Luis Bravo Contreras quienes fueron ratificados por los respectivos poderes legislativos. ¿En verdad serán autónomos?

La necesidad de adecuación al ordenamiento federal implicó incluir a la Fiscalía General dentro de los organismos autónomos y retirar de los mismos al organismo electoral local. Irónicamente se señala en la exposición de motivos que se tendrá que seguir utilizando el término “autónomo” ya que así lo expresa la ley federal. Otro requerimiento es el relativo a la no inclusión del Tribunal Electoral dentro del Poder Judicial Estatal. Haciendo uso del resto de poder que se le deja al estado se decide que los magistrados sean tres, no cinco que es la otra alternativa señalada, pero serán designados por el Senado según un procedimiento fijado en la LGIPE por un término de siete años.

Ya mencionamos que la reforma que más ha sido criticada y cuestionada es la relativa a que el gobernador y los diputados electos a la LXIV Legislatura en 2016 duren en su cargo dos años. El senador priista José Yunes Zorrilla argumentó que “habrá incertidumbre para los inversionistas y el desarrollo” (Imagen del Golfo, martes 24 de febrero de 2015). Por su parte el también senador panista Juan Bueno Torio expuso que: “...ante el estado en que se encuentra la economía, la inseguridad las finanzas públicas y las rendiciones de cuentas en Veracruz, sería una aberración permitir que el próximo sea un gobierno de sólo dos años”. (martes 17 de febrero de 2015, e-consulta.com.Veracruz. La opción propuesta por los senadores José y Héctor Yunes era elegir en 2016 un gobernador de cinco años y hacer concurrentes las elecciones locales y federales hasta el 2021. (Raymundo Jiménez, “Amigos distantes”. Al pie de la letra. Al calor político. 24/02/2015) Hay que recalcar que los senadores Yunes son posibles candidatos y su inconformidad se ha manifestado a pesar de ser del mismo partido del gobernador.

Para combatir la reforma constitucional en lo relativo a la gubernatura y diputaciones de dos años, se interpusieron amparos por parte de militantes de partidos políticos alegando violaciones al procedimiento. Algunos juicios, promovidos por panistas no fueron ratificados y otros 40 solicitados por integrantes del mismo partido se declararon improcedentes, según resolución de 28 de

enero de 2015. "Los Juzgados de Xalapa, Veracruz y Córdoba desechan amparos por gubernatura de dos años". Roberto Téllez, Córdoba, Veracruz, 17/02/2015; El partido Movimiento Ciudadano también declaró que impugnaría dicha reforma a través de un recurso de inconstitucionalidad por violaciones al procedimiento, independientemente, dijo su dirigente, de que dos años son insuficientes para que el gobernador pueda cumplir con sus obligaciones. e-consulta.com.Veracruz, entrevista con Rosario Quirasco Piña.

Trataremos de dilucidar la legalidad o ilegalidad de dicha reforma en cuanto a este tema: La Constitución General establece que tratándose de reformas constitucionales es necesario que "el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados" (artículo 135) mismo requerimiento para las reformas estatales. Sin embargo la Constitución estatal se reformó en su artículo 84, párrafo primero según Gaceta Oficial de 7 de octubre de 2010 y se estableció una excepción al procedimiento "cuando las reformas tengan como propósito efectuar adecuaciones derivadas de un mandato de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en que se aprueben en una sola sesión ordinaria o extraordinaria, por la misma mayoría, para lo cual el Congreso declarará previamente que se trata de un procedimiento especial."

Por otra parte, la Constitución Federal reformada a la letra expresa que se garantizará que: "Se verifique, al menos, una elección local en la misma fecha en que tenga lugar alguna de sus elecciones federales;" (Artículo 116, fracción g, inciso n). El Ejecutivo estatal en el proyecto de reforma expone que esa disposición es con la finalidad "de reducir procesos comiciales y se evite la continua agitación social que conllevan las campañas..., se disminuyen costos electorales, tanto económicos, como políticos y sociales y por otra parte supone una uniformidad de políticas aplicables en el plano federal y en el estatal." Por ello se propuso, según se afirma en el proyecto, que por única ocasión se reduzca el período de duración para el próximo Gobernador y los Diputados, coincidiendo así las elecciones de los poderes locales con las de los federales a partir de las que se celebren en 2018. El Gobernador de Veracruz simplemente tomó una decisión dentro de las opciones que existían legalmente en ejercicio de su poder. Vemos así, que las críticas e inconformidades surgieron sobre todo de los partidos políticos y posibles candidatos que con toda razón se quejan principalmente porque: "dos años no alcanza para nada" y "por qué en esta ocasión se tiene que ajustar". Consideramos que podrá alegarse injusticia pero no ilegalidad ni

inconstitucionalidad en este punto de la reforma. Mala suerte para quienes vieron cercana la posibilidad de ser cinco o seis años titulares del poder ejecutivo estatal.

## Notas biblio-hemerográficas

CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. México, Leyes y Códigos de México, Comentada por Miguel Carbonell, 17<sup>a</sup>. Edición Porrúa, 2014.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE VERACRUZ DE IGNACIO DE LA LLAVE.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. Lunes 10 de febrero de 2014.

GACETA OFICIAL DEL ESTADO DE VERACRUZ. No. 504, Extraordinaria. 18 de diciembre de 2014.

GACETA LEGISLATIVA DEL H. CONGRESO DEL ESTADO DE VERACRUZ. N 65, 11 de diciembre de 2014. Anexo A. Iniciativa con proyecto de Decreto que reforma y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave. Presentada por el Doctor Javier Duarte de Ochoa. Gobernador del Estado en el segundo año de ejercicio constitucional. Primer periodo de sesiones ordinarias, sexta sesión ordinaria. 11 de diciembre de 2014.

e-consulta.com.Veracruz, martes 17 de febrero de 2015. <http://www.econsulta.com.mx/tags/veracruz> consulta de 25 de febrero de 2015.

Imagen del Golfo. 24 de febrero de 2015. <http://www.imagendelgolfo.com.mx/> Consulta internet de 23 de febrero de 2015.

“Los Juzgados de Xalapa, Veracruz y Córdoba desechan amparos por gubernatura de dos años”, Roberto Téllez, Córdoba, Veracruz, 17/02/2015. [http://www.alcalorpolitico.com/informacion/juzgados-de-xalapa-veracruz-y-cordoba-desecharon-amparos-por-gubernatura-de-2-anios-161017.html#.VPYX8Cy\\_bIM](http://www.alcalorpolitico.com/informacion/juzgados-de-xalapa-veracruz-y-cordoba-desecharon-amparos-por-gubernatura-de-2-anios-161017.html#.VPYX8Cy_bIM), Internet consulta de 24 de febrero de 2015.

“Amigos distantes”, Raymundo Jiménez, Al pie de la letra. Al Calor Político, periódico virtual, 24/02/2015, <http://www.alcalorpolitico.com/informacion/columnas.php?idcolumna=8939&c=2> consulta de 24 de febrero de 2015.

e-consulta.com Veracruz. Entrevista con Rosario Quirasco Piña, dirigente de Movimiento Ciudadano. <http://www.econsulta.com.mx/tags/veracruz> consulta de 27 de febrero de 2015.

# El Instituto Nacional Electoral y sus retos

Julia Hernández García\*

A partir de la reforma del artículo 41, base IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,<sup>1</sup> de 10 de febrero de 2014,<sup>2</sup> se estableció otra denominación de la autoridad administrativa electoral encargada de organizar las elecciones, se adicionaron y modificaron sus atribuciones; y como consecuencia, se expidió la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LGIPE), el 23 de mayo del mismo año,<sup>3</sup> en la que se desarrolla su funcionamiento.

Lo anterior, tuvo como antecedentes la elección federal celebrada en 2012 en la que se renovaron a los miembros del Congreso de la Unión y al titular del Poder Ejecutivo, año en el que también se celebraron procesos electorales en catorce entidades federativas y dos procesos extraordinarios,<sup>4</sup> en los que se eligieron a Gobernadores, Diputados y miembros de los Ayuntamientos, y sobre cuya organización se cuestionó la intromisión, sobre todo, de quienes ocupaban el Poder Ejecutivo en cada entidad.

Asimismo, el regreso del Partido Revolucionario Institucional a la titularidad del Poder Ejecutivo, quien con las dirigencias de los partidos Acción Nacional y de la Revolución Democrática firmaron el Pacto por México,<sup>5</sup> documento en el cual adoptaron cinco acuerdos, entre ellos, el de gobernabilidad democrática, y esbozaron la propuesta de crear una autoridad electoral nacional y una legislación única que regularía las elecciones federales, estatales y municipales. Sin embargo, después de un amplio debate sobre la pertinencia o no de tal pro-

---

\* Doctora en Derecho por la Universidad de Xalapa y Secretaria de Estudio y Cuenta de la Sala Regional Xalapa del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

1 Además de otras disposiciones que atañen al sistema electoral.

2 Publicada en el Diario Oficial de la Federación.

3 Publicada en el Diario Oficial de la Federación.

4 Estados de Campeche, Chiapas, Colima, Distrito Federal, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, Estado de México, Morelos, Nuevo León, Querétaro, San Luis Potosí, Tabasco y Yucatán; los procesos extraordinarios fueron en Morelia y Michoacán.

5 Firmado el 2 de diciembre de 2012.

puesta, se dio paso a lo que ahora se denomina nuevo federalismo electoral mexicano.

Lo anterior, tuvo como resultado que ahora la función estatal de organizar elecciones se encomiende al Instituto Nacional Electoral (INE) en lugar del Instituto Federal Electoral (IFE) y a los Organismos Públicos Locales (OPLES) en sustitución de los Institutos Electorales Locales.

Así, cabe destacar, entre otras modificaciones, del INE, las siguientes: el procedimiento para integrar a su órgano máximo de dirección, ya que ahora se conforma por un Consejero Presidente y diez consejeros,<sup>6</sup> la convocatoria es pública y la emite la Cámara de Diputados, para lo cual se integra un Comité Técnico de evaluación por siete miembros, tres de ellos nombrados por el órgano de dirección política de la citada Cámara, dos por la Comisión Nacional de Derechos Humanos y dos por el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos, quienes desahogarán el procedimiento de evaluación, e integrarán la relación correspondiente; a partir de la cual el Pleno de la citada Cámara realizará la votación respectiva; ante la ausencia de votación o de no alcanzarse la requerida se convocará al Pleno para que designe mediante insaculación de la lista; agotadas las dos opciones referidas y de no concretarse la designación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación realizará la insaculación de la lista presentada por el citado Comité.

En la integración del INE, continúan los representantes de los partidos políticos, consejeros del Poder Legislativo y el Secretario Ejecutivo; adiconándose como principio rector de su función el de máxima publicidad.<sup>7</sup>

En cuanto a sus atribuciones, mantiene las otorgadas sobre las elecciones federales, los derechos y prerrogativas de candidatos y partidos políticos, la preparación de la elección, la jornada electoral y sus resultados; y se amplían, respecto a la organización concurrente de elecciones federales y locales, sobre rubros como la capacitación, la geografía electoral, el padrón y listas de electores, la ubicación de casillas y la designación de funcionarios de éstas, lineamientos de resultados preliminares, encuestas o sondeos de opinión, observación electoral, conteos rápidos, impresión y producción de materiales electorales, así como la fiscalización de ingresos y egresos de partidos políticos y candidatos.

---

<sup>6</sup> Los actuales integrantes fueron designados el 4 de abril de 2014.

<sup>7</sup> Consecuencia de la reforma del artículo 6 de la Constitución Federal publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 7 de febrero de 2014, que establece como pública toda la información en posesión de los órganos autónomos (INE) y partidos políticos.

La facultad de designar y remover a seis consejeros y un consejero presidente como integrantes de los OPLES;<sup>8</sup> asimismo, se previó que en los procesos electorales locales las funciones de capacitación electoral, ubicación de casillas y designación de funcionarios de éstas serían a cargo de los citados OPLES.<sup>9</sup>

A partir de lo anterior, se establecen atribuciones especiales del INE, pudiendo ser de asunción y atracción; las primeras, implican asumir directamente la realización de todas las funciones que le corresponden a dichos órganos; y las segundas, atraer a su conocimiento cualquier asunto de la competencia de éstos, cuando la trascendencia así lo determine o para sentar un criterio de interpretación.

La asunción se aprobará, de ser procedente, por el Consejo General del INE, previo desahogo del procedimiento previsto ante la Secretaría Ejecutiva, que deberá iniciarse hasta antes de que empiece el proceso electoral respectivo y a petición fundada y motivada, de al menos cuatro de sus consejeros, o de la mayoría del consejo de los OPLES.

Los supuestos establecidos para la asunción, consisten en acreditar y justificar que existan diversos factores sociales que afecten la paz pública o pongan a la sociedad en grave riesgo en el Estado de que se trate, y que se infrinjan los principios rectores en la contienda electoral e impidan la realización de la organización pacífica de la elección por el órgano local; o que no existan condiciones políticas idóneas, por injerencia o intromisión comprobable de algunos de los poderes públicos que vulneren indebidamente la imparcialidad de los OPLES en la organización del proceso.

También se prevé el supuesto de que en cualquier momento del proceso electoral local, la mayoría de los consejeros de los OPLES pueden solicitar al Instituto que asuma parcialmente alguna actividad, la cual será resuelta por el Consejo General del INE por mayoría de cuando menos ocho votos, y tendrá efectos sólo durante el proceso de que se trate.

En cuanto a la atracción, se puede realizar en cualquier momento, previa aprobación de la mayoría de cuando menos ocho votos del Consejo General del

8 El 30 de septiembre de 2014, el Consejo General designó a los integrantes de los OPLES en diecisiete entidades federativas en las que se celebrará elección concurrente a la federal en 2015: Baja California Sur, Campeche, Colima, Chiapas, Distrito Federal, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, San Luis Potosí, Sonora, Tabasco, y Yucatán; de forma excepcional a los de Oaxaca en la que se celebran elecciones municipales por usos y costumbre o sistemas normativos internos; y por mandato de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, a los de Zacatecas, el 18 de diciembre de ese mismo año.

9 Sin embargo, ello fue reasumido por el INE mediante acuerdo de 14 de julio de 2014.

INE; se establecen dos formas para iniciar el procedimiento, ya sea que lo soliciten cuatro Consejeros del INE o la mayoría del Consejero General de los OPLES. En cualquier caso, debe acreditarse que se trata de una cuestión trascendente, que reviste un interés superlativo reflejado en la gravedad del tema, es decir, en la posible afectación o alteración del desarrollo del proceso electoral o de los principios de la función electoral local; o que se trata de un asunto a fin de sentar un criterio de interpretación, para lo cual, el INE deberá valorar su carácter excepcional o novedoso, así como el alcance que pueda producir para la sociedad y la función electoral local.

En cambio, la delegación de funciones a los OPLES, tendrá carácter excepcional antes de que inicie el proceso electoral local respectivo; el Consejo General del INE deberá valorar de forma positiva las capacidades profesionales, técnicas, humanas y materiales, para considerar el cumplimiento eficiente de la función por dichos órganos, luego, aprobarse por el voto de al menos ocho Consejeros; la o las funciones delegadas, podrá reasumirlas el Consejo General del INE, en cualquier momento, con aprobación de la misma mayoría.

Otras atribuciones novedosas, son: el otorgamiento de fe pública para actos de la materia, a través de una oficialía; organizar los procesos internos de dirigencia de los Partidos Políticos que lo soliciten, con cargo a sus prerrogativas;<sup>10</sup> únicamente investigar las presuntas violaciones a la normatividad relacionada con el acceso a los medios de comunicación y propaganda, integrar el expediente y remitirlo para su resolución a la Sala Especializada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación;<sup>11</sup> verificar el cumplimiento del dos por ciento de los ciudadanos inscritos en la lista nominal para realizar las consultas populares, así como la organización, desarrollo, cómputo y declaración de resultados;<sup>12</sup> en el caso de las iniciativas de leyes formuladas por los ciudadanos, que éstas sean por al menos el cero punto trece por ciento de la lista nominal.

---

<sup>10</sup> El Partido de la Revolución Democrática fue el primero en convenir la organización de la elección de su dirigencia nacional, misma que se celebró el 7 de septiembre de 2014.

<sup>11</sup> Fue instalada el 10 de octubre de 2014.

<sup>12</sup> A la fecha ha verificado las formuladas por el Partido de la Revolución Democrática y Movimiento Regeneración Nacional, relativa a la reforma energética; la del Partido Acción Nacional sobre el salario mínimo; y la del Partido Revolucionario Institucional respecto a la eliminación de 100 diputados y 32 senadores de asignación plurinominal bajo el principio de representación proporcional, las cuales fueron declaradas improcedentes por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Cabe señalar, que la reforma citada también incluyó al régimen de partidos políticos<sup>13</sup> y la regulación de candidaturas independientes, cuyas disposiciones, desde luego, se correlacionan con las atribuciones del Instituto, en específico la de fiscalización, en atención a que se incluyeron como causales de nulidad de elección: excederse en un 5% del monto aprobado de gastos de campaña; la compra o adquisición de cobertura informativa o tiempos en radio y televisión fuera de los supuestos previstos; recibir o utilizar recursos de procedencia ilícita o recursos públicos en las campañas.

Ahora bien, dado que el procedimiento de designación de los actuales integrantes del Consejo General del INE no estuvo exento de cuestionamientos por los perfiles de algunos de ellos, lo cual se repitió en el procedimiento que éstos a su vez realizaron para designar a los Consejeros de los OPLES, lo relevante a valorar, es sin duda, la eficacia de la reforma en cuanto al ejercicio de sus atribuciones en su conjunto, esto es, si alcanza su objetivo de proteger la función electoral en los ámbitos federal y local.

Lo anterior, en la aplicación del proceso electoral federal<sup>14</sup> y los diecisiete procesos electorales locales en curso, en las que debe fiscalizar los recursos que ejercen partidos políticos nacionales y locales, verificar el funcionamiento de la casilla única,<sup>15</sup> y la superación de otras problemáticas derivadas, por ejemplo, de la inseguridad que impera, entre otros Estados, en Guerrero, Michoacán y Tamaulipas, que impactan en la organización de la elección tanto federal como local en las dos primeras entidades, en las que eventualmente, podrían presentarse solicitudes para que el Consejo General del INE ejerza sus facultades de atracción. Asimismo, en la pulcritud del procedimiento de designación de los Consejeros de los OPLES en el resto de las entidades federativas<sup>16</sup>, en los que también podrían presentarse solicitudes de asunción de atribuciones.

Será el balance cualitativo de la reforma en comento, la que llevará a reflexionar sobre la eficacia de la transformación realizada a la autoridad administrativa electoral y si ello debe modificarse o no, previo a la siguiente elección presidencial a verificar en 2018, en la que los ciudadanos elegirán sobre la continuidad del actual partido.

13 Para tal efecto, se emitió la Ley General de Partidos Políticos, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 23 de mayo de 2014.

14 Inició el 7 de octubre de 2014.

15 Aprobada el 13 de agosto de 2014 para los diecisiete procesos electorales en curso.

16 En los que celebran elección en 2016 pero cuyo inicio de proceso electoral será en 2015: Aguascalientes, Baja California, Coahuila de Zaragoza, Chihuahua, Durango, Hidalgo, Nayarit, Puebla, Quintana Roo, Sinaloa, Tamaulipas, Tlaxcala y Veracruz.

## Bibliografía

DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de transparencia, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 2014.

DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia política-electoral, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de febrero de 2014.

DECRETO por el que se expide la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales; y se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, publicado el 23 de mayo de 2014.

DECRETO por el que se expide la Ley General de Partidos Políticos, publicado el 23 de mayo de 2014.

<http://pactopormexico.org/PACTO-POR-MEXICO-25.pdf>

[http://www.ine.mx/archivos3/portal/historico/recursos/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2014/Julio/CGex201397-14\\_01/CGex201407-14\\_ap\\_6.pdf](http://www.ine.mx/archivos3/portal/historico/recursos/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2014/Julio/CGex201397-14_01/CGex201407-14_ap_6.pdf)

[http://www.ine.mx/archivos3/portal/historico/recursos/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2014//Agosto/CGex201408-13/CGex201408-13\\_ap\\_6.pdf](http://www.ine.mx/archivos3/portal/historico/recursos/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2014//Agosto/CGex201408-13/CGex201408-13_ap_6.pdf)

[http://www.ine.mx/archivos3/portal/historico/recursos/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2014/Septiembre/30septiembre/CGex201409-30\\_ap\\_4.pdf](http://www.ine.mx/archivos3/portal/historico/recursos/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2014/Septiembre/30septiembre/CGex201409-30_ap_4.pdf)

[http://www.ine.mx/archivos3/portal/historico/recursos/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2014/Diciembre/CGor201412-18/CGor201412-18\\_ap\\_14.pdf](http://www.ine.mx/archivos3/portal/historico/recursos/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2014/Diciembre/CGor201412-18/CGor201412-18_ap_14.pdf)

## Desarrollo y medio ambiente: Caso Jilotepec

Manuel Cruz Florencia\*

Martha Cristina Daniels Rodríguez\*\*

Comenzaremos diciendo que el derecho humano al ambiente, consagrado en el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, implica el reconocimiento de intereses difusos; éstos se refieren a los derechos que, aunque tengan reconocimiento jurídico, por ser de naturaleza social, no contienen claridad en cuanto a su titular, sus alcances y cómo se puede hacer efectiva su exigencia; aunque se han presentado avances legales en este sentido, como señalamos más adelante.

El mismo artículo constitucional establece que “toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible”.

Por otra parte, el artículo 25 del mismo ordenamiento señala la obligación estatal de fomentar la competitividad y el crecimiento económico, promoviendo la inversión y generando empleos. Esta disposición se refiere al impulso a las actividades productivas, aunque siguiendo una política de protección ambiental, lo que resulta interesante, ya que se establece la obligación estatal de brindar apoyo a las empresas que generen desarrollo para la comunidad (como la que ganó la licitación para la construcción del libramiento Xalapa-Perote) y, al mismo tiempo, el Estado debe garantizar la protección al ambiente y un desarrollo sustentable; es decir, los mexicanos tenemos derecho al ambiente, al agua y a la competitividad y crecimiento económico. Todos ellos son derechos consagrados en la Carta Magna, por lo que las autoridades deben procurar su cumplimiento. En el caso que a continuación anotamos, existe una clara pugna entre estos derechos.

Antes del año 2010, en los contornos de Jilotepec todo era rusticidad y paz. Y de pronto el bosque se vio invadido por las máquinas; las veredas se perdieron

---

\* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, tutorado de investigación en el Proyecto, “La prevención social de la violencia y el delito”. No. Registro DGI, 154672013154.

\*\* Investigadora del Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana.

bajo toneladas de polvo y anchas vías cruzaron el verdor de los sembrados; y el agua, líquido siempre suficiente, comenzó a escasear. La construcción del Libramiento Xalapa-Perote, dañó y sigue dañando los manantiales que abastecen el agua potable al municipio de Jilotepec, Veracruz.

Recientemente, ante los reclamos de los habitantes por la escasez del vital líquido, la alcaldesa del municipio, María de Lourdes Lara López, ha admitido en los medios de información, los daños ambientales que la construcción del tramo carretero Xalapa-Perote, provocó en su municipio.

En 2009, durante el sexenio de Felipe Calderón, se comenzó la construcción de la obra de infraestructura carretera que comunicaría en menor tiempo la ciudad capital, Xalapa, con el municipio de Perote. Pero antes de finalizar el año 2010, comenzaría un controversia entre los habitantes del municipio Jilotepec y la empresa encargada de la obra. Y es que, la constructora española Isolux Corsán, conocida por escándalos de corrupción e incluso inhabilitada en 2006 por proporcionar información falsa, empezó a talar árboles y a secar manantiales del tramo que atraviesa el territorio del municipio.

Frente a estos trabajos, los vecinos del barrio de San Juan comenzaron movilizaciones y manifestaciones, con la intención detener las afectaciones a los manantiales de la región, y además acordar con la empresa constructora algunas medidas de preservación de la biodiversidad de la zona.

Transcurridas algunas semanas sin que sus peticiones fueran escuchadas por la transnacional, los habitantes del Barrio de San Juan se organizaron para impedir que los trabajos de la constructora siguieran perturbando los tres principales manantiales: *"El manzano"*, *"Cerro Pelón"* y *"La cascada"*.

Frente a la negativa de la constructora española Isolux Corsán de modificar o detener los trabajos para salvaguardar la integridad del ecosistema de la región, los agraviados decidieron organizar y formalizar su contienda. Para esto, el 10 de junio de 2011, presentan una denuncia contra Isolux Corsán por delitos contra la biodiversidad y gestión ambiental. Igualmente, el 29 de agosto del mismo año, conforman la Asociación Civil *"Patronato de Reforestación y Conservación de Manantiales del Barrio de San Juan de Jilotepec, Veracruz"*, con el interés de proteger el medio ambiente, y específicamente velar por la preservación de los manantiales que surten el servicio del agua potable de su comunidad.

Para 2012, el pleito se agudizó aún más, ya que la empresa transnacional Isolux Corsán, denunció las movilizaciones de los vecinos del Barrio de San Juan. Con todo y las denuncias presentadas por ambas partes, los habitantes de Jilotepec comenzaron reuniones con representantes del gobierno del estado de Ve-

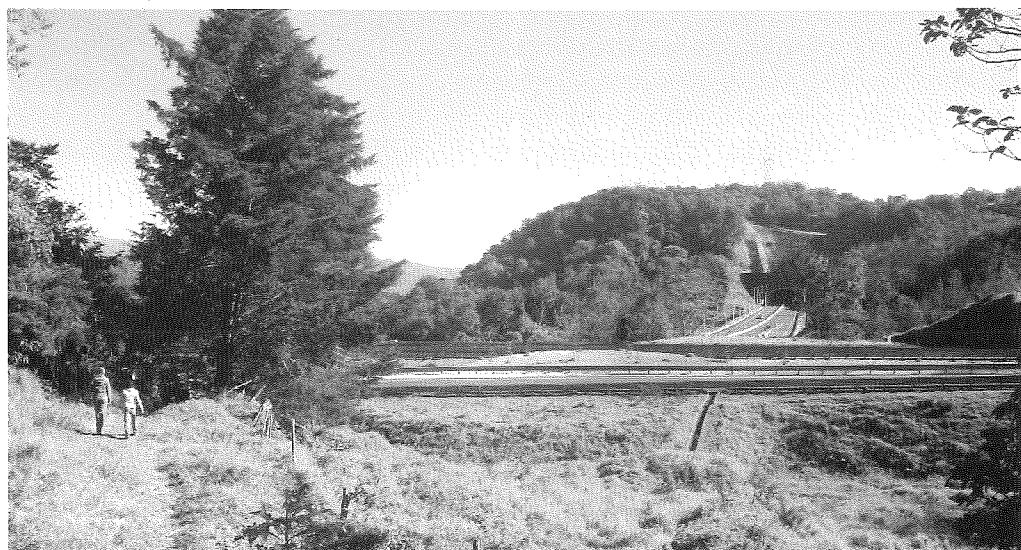
racruz y de la concesionaria de la autopista, con la intención de llegar a un acuerdo y así proteger los acuíferos que abastecen de agua potable a 210 familias, que representa aproximadamente 1300 personas.

Se acordó la construcción de cajas de captación y disipación de agua, de tanques de almacenamiento, líneas de conducción de agua, y además la reforestación de las laderas de los cerros donde se encuentra construida la autopista, sin embargo, los acuerdos no fueron ejecutados de inmediato, por lo que las protestas se prolongaron.

La reacción gubernamental finalmente llegó, se construyeron las cajas de captación y de aislamiento, se instalaron dos tanques de almacenamiento de agua, además se construyó un moderno muro, con tecnología alemana, para evitar el desagüe frontal de las aguas pluviales de la autopista. De esta manera, se detuvo la contaminación a los manantiales.

Pero por increíble que parezca, aún con las obras realizadas, permanecen los problemas relativos al agua en el municipio de Jilotepec. "Ahora ya no nada más es que los manantiales se contaminan con el agua que escurre del libramiento, ahora hay inundaciones y escasez de agua, de agua potable" comenta un vecino afectado.

En este mismo sentido se ha pronunciado la alcaldesa del municipio. A finales del año 2014, el 13 de octubre en el portal *Veracruzanos.info*, destacó la urgen-



cia de construir un colector que retenga las aguas pluviales del libramiento de Xalapa y eviten la inundaciones en el municipio.

“Más de 10 mil familias se han visto afectadas por numerosas inundaciones a raíz de las aguas pluviales que nos llegan del libramiento, se ha ido resolviendo el problema, pero no es un proyecto sanitario completo”, explicó.

Respecto a la insuficiencia de agua, la alcaldesa, aseguró al *Diario de Xalapa*, el 21 de febrero del presente año, que la escasez del vital líquido se agravó con la creación del libramiento de Xalapa. “La construcción del libramiento acabó con la mitad de los manantiales y con ello agudizó la escasez de agua en los poblados” afirmó.

Para mitigar la escasez, planea trasladar agua del municipio de La Joya, utilizando la infraestructura del libramiento, señaló que la idea es colocar líneas de conducción de agua por parte de la autopista Xalapa-Perote; advirtió que la propuesta podría ser aceptada por los concesionarios de libramiento, pues dijo que el daño ecológico que le hicieron al municipio de Jilotepec ha sido mayor.

Los vecinos de barrio de San Juan, beneficiados por las obras realizadas por las autoridades gubernamentales y la concesionaría, aseguran que para el recto funcionamiento de las obras, constantemente tienen que someterlas a mantenimiento, el cual les resulta oneroso. “Ya se nos entregaron las obras, de mucha calidad y tecnología todas, pero ahora les falta mantenimiento, y para eso se necesita tiempo y dinero, lo que menos tenemos”, declaró el Jefe de Manzana de dicho Barrio.

Este caso presenta algunas situaciones jurídicas que consideramos necesario puntualizar: Ya mencionábamos la relativa a la posible colisión de derechos, toda vez que el desarrollador tiene derecho a realizar la obra del libramiento, puesto que la autoridad la consideró viable y otorgó los permisos, tomando en cuenta que el libramiento contribuiría al desarrollo regional. Al mismo tiempo, los habitantes de las comunidades cercanas a la obra, tienen derecho a contar con agua suficiente y, los habitantes en general, a tener un medio ambiente adecuado, que implica la reparación del daño o la compensación, por las áreas que fueron deforestadas y por las inundaciones que ahora se presentan.

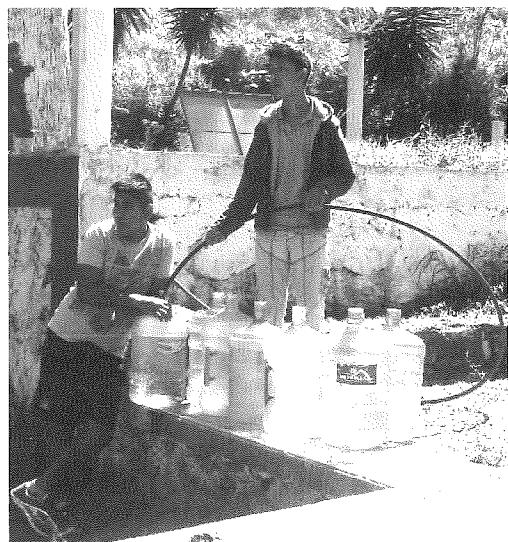
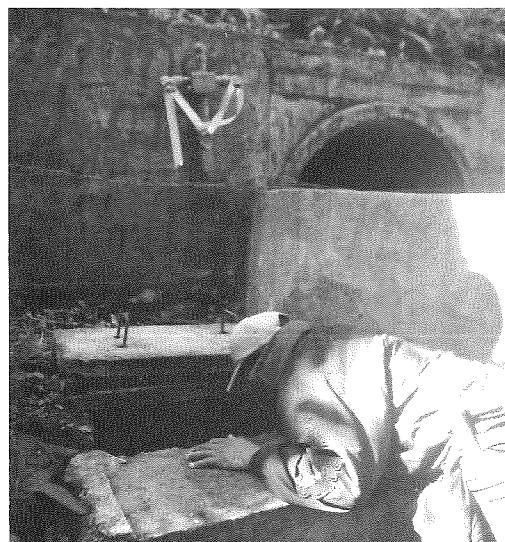
Con relación a la posibilidad de ejercitar acción legal para demandar la responsabilidad ambiental, la fracción I del artículo 28 de Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, vigente desde el año 2013, otorga el interés legítimo a “... las personas físicas habitantes de la comunidad adyacente al daño ocasionado al ambiente”; esto representa, sin duda, un avance en cuanto a la posibilidad de exigir la reparación, compensación y en general, la responsabilidad ambiental

de quienes dañen el ambiente. Sin embargo, aunque físicamente se esté en presencia de un evidente daño ambiental, quien lo provoque no será jurídicamente responsable cuando haya presentado una evaluación de riesgos, señalando las afectaciones ambientales, y la autoridad haya otorgado los permisos correspondientes para la realización de la actividad de que se trate.

Con relación a un posible delito ambiental, señalaremos que el Código Penal Federal contiene sanciones para quienes causen afectaciones al ambiente o deterioren la calidad del agua *de manera ilícita*; por lo tanto, para que la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente presente una querella debe constatar que la empresa haya actuado de manera ilícita, sin sujetarse a los términos de los permisos correspondientes.

Por otra parte, la Comisión Nacional del Agua, con fundamento en la Ley de Aguas Nacionales, tiene la obligación de ejercer las medidas necesarias para controlar y mitigar la contaminación del agua, lo que actualmente es un problema por los escurrimientos del libramiento hacia los manantiales.

No podemos dejar de mencionar que, de acuerdo a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, los servidores públicos tienen la obligación de tomar en cuenta cuestiones ambientales al adjudicar una obra y, por supuesto, dichas autoridades tienen la obligación de justificar su actuación y responder jurídicamente cuando sea el caso.



Por todo lo anterior, se hace evidente que en materia ambiental y, de manera específica, en cuanto a las medidas para hacer efectivas las normas ambientales, los legisladores tienen retos importantes que enfrentar; además, no podemos dejar de lado las cuestiones de impunidad e incluso de corrupción que a veces se presentan.

Por lo pronto, más de 13 mil habitantes del municipio de Jilotepec, incluidos las 210 familias del Barrio de San Juan, podrían estar viendo afectado su derecho humano al agua y al saneamiento.

# NOTICIAS



## **Dra. Martha Cristina Daniels Rodríguez, reciente incorporación al CEDEGS**

A partir del 15 de febrero del presente año, la Dra. Martha Cristina Daniels Rodríguez se incorpora como investigadora de tiempo completo al Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana (CEDEGS-UV) después de realizar examen de oposición para ocupar la plaza de Investigadora. Ella es Doctora en Derecho Público y docente en la Facultad de Derecho de la UV. El protocolo de investigación que presentó fue “La utilización segura de organismos genéticamente modificados (OGM): Su regulación penal en México”, que tiene relación con la línea institucional de “Seguridad y Derechos Humanos” del Centro de Investigación. La profesora señaló que, ante las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías al manipular genéticamente cultivos, es indispensable que el área jurídica estudie las maneras de normar las actividades que involucren este tipo de organismos, para evitar la vulneración a los derechos humanos de todos los involucrados, resaltando el derecho al ambiente. La ponente hizo especial énfasis en el tratamiento penal que actualmente se da a los organismos genéticamente modificados y señaló que su estudio es relevante dado que podría ser violatorio de los principios del derecho penal garantista. Como sus áreas de interés, la Dra. Daniels señaló: Métodos y técnicas de investigación jurídica y derecho ambiental, mientras que sus líneas de investigación son: Derecho y docencia, así como, bioseguridad en el manejo de organismos genéticamente modificados utilizados en agricultura. Es evidente que esta inclusión académica redunda en beneficio del Centro de investigación y viene a fortalecer las líneas institucionales del CEDEGS.



## Lineamientos para los autores

El objetivo de la revista *Letras Jurídicas* es constituirse en un órgano especializado de divulgación científica que presente los resultados de investigaciones relevantes sobre líneas de generación y aplicación del conocimiento, en áreas afines a la ciencia jurídica y con una visión multidisciplinaria, que contribuya a la discusión de problemáticas actuales, tanto locales como globales.

Los textos que se recibirán son: artículos, reseñas y comentarios que pueden ser: legislativos, jurisprudenciales o de casos relevantes. Los artículos se turnarán a dos árbitros especializados, quienes dictaminan acerca de la relevancia y pertinencia del texto aportando, en su caso, observaciones o comentarios al autor. El arbitraje se realiza con el criterio de doble ciego que garantice la confidencialidad de las identidades tanto del árbitro como del autor. El resultado del arbitraje puede ser: a). Publicable en su versión actual, b). Publicable con sugerencias, c). Publicable condicionado a cambios y d). No publicable. En caso de haber diferencia de opiniones entre los árbitros se nombrará un tercer árbitro, cuya decisión será definitiva. En todo momento se informará a los autores del estado y resultado de su colaboración.

En el caso de haber sido aceptado el artículo o reseña, pero con observaciones o comentarios por parte de los lectores especializados, éstos se remitirán al autor, para que sean incorporados al texto en el término que al efecto se le señalará vía electrónica. El comité editorial se reserva el derecho de realizar ajustes menores al texto, que no modifiquen su contenido, como resultado de la revisión de estilo en el proceso editorial para su publicación. Las colaboraciones deberán ser inéditas y en su defecto el autor deberá hacer del conocimiento del comité editorial del lugar donde fue publicado su trabajo previamente, quedando a reserva de éste la autorización de su publicación.

Una vez aceptada la colaboración, el autor deberá remitir dos cartas una de originalidad y una de cesión de los derechos de edición, reproducción, publicación, comunicación y transmisión en los medios impresos, electrónicos, y plataformas de base de datos, para que *Letras Jurídicas. Revista multidisciplinaria del CEDEGS*, disponga de este material.

El comité editorial incorporará las colaboraciones en estricto orden de recepción definitiva y considerando siempre los límites físicos y presupuestales de cada número, quedando en reserva las colaboraciones que no se hubieren incluido para los números subsiguientes, previa aceptación del autor.

Las colaboraciones y las cartas de originalidad y de cesión de derechos, deberán enviarse únicamente al correo electrónico: [letrasjuridicas@hotmail.com](mailto:letrasjuridicas@hotmail.com)

El autor entregará la versión electrónica al correo indicado, sirviéndose para ello del procesador de textos *word*. Se utilizará letra *Book antiqua* en 12 puntos, con hojas numeradas en la parte central, a un centímetro del margen inferior, el cuerpo del texto a interlineado sencillo, con márgenes (superior, izquierdo, derecho e inferior) de 3 cm, una sangría izquierda de .5 cm en la primer línea de cada párrafo, sin dar un espaciado posterior al siguiente párrafo, sólo se separan los títulos o apartados, y con un total aproximado de 30 a 32 líneas.

Los artículos tendrán una extensión de 8 a 15 cuartillas, evitando las transcripciones textuales excesivas o demasiado largas. En la página inicial se dejará un margen superior de 6 espacios. El título del artículo se anotará al centro. Éste deberá escribirse con altas y bajas, en 14 puntos y negritas. A continuación se escribirá el nombre del autor en 12 puntos, sin negritas. Se indicará con un asterisco y nota de pie de página la identificación del autor. En el caso de los autores que participen por primera vez deberán anexar un *curriculum vitae* resumido.

Las reseñas bibliográficas se referirán a libros científicos de reciente publicación que sean relevantes para la investigación o el aprendizaje del Derecho, el autor le otorgará un título conveniente, seguido de su nombre y debajo de este, la ficha bibliográfica del texto que reseña; aportará reflexiones críticas sobre el tema, de ser necesario indicará las fuentes de consulta, no deberá exceder de 4 cuartillas, y los comentarios legislativos o jurisprudenciales de 5. Incluirán un título, abajo nombre del autor y enseguida los datos de identificación del documento que se comenta (libro, artículo, sentencia, reforma de ley, etc.) Se evitará la transcripción excesiva e incluirá un comentario final del autor, para los demás aspectos seguirán los lineamientos de los artículos.

En el caso de los artículos, deberán comenzar con un **resumen** en español y un **abstract** en inglés de no más de 200 palabras, que sintetice el contenido del artículo, y deberá incluir además las palabras clave o *keys words* que permitan la clasificación del contenido de la colaboración.

El artículo incluirá un sumario de contenido con numeración decimal. Los encabezados de cada apartado se escribirán en altas y bajas, en negritas y 14 puntos. El resumen, la introducción, conclusiones y bibliografía no se enumeran.

Respecto a las citas, notas a pie de página, referencias bibliográficas y bibliografía,

1. Las citas, deberá tener presente las indicaciones cuando sean de una extensión de hasta 40 palabras, en cuyo caso deberán ir dentro de cuerpo del texto, entrecomilladas o, si rebasan esta extensión, deberán ir separadas del texto, con margen de 1 cm en la sangría izquierda, sin comillas, con letra 10 puntos, interlineado sencillo y un espaciado posterior de 10 puntos.
2. Las notas a pie de página deberán presentarse de la siguiente manera:  
Las llamadas de nota deberán indicarse con números volados o en superíndices, con un carácter de 10 puntos y sin paréntesis.
3. No deben confundirse las notas a pie de página con las referencias bibliográficas. Dichas referencias deberán comenzar con el apellido del autor en mayúsculas o versales, seguido por su nombre en minúsculas, el título del libro o el nombre de la revista en cursivas, “título del artículo”, editorial, colección, lugar y año de publicación, así como el número de la página de donde se extrae la cita o el número de páginas totales del libro en caso de que sólo se cite una idea general.
4. La bibliografía general se incluirá al final del artículo, sin omitirse en ningún caso, con la leyenda Bibliografía al centro y en la parte superior de la cuartilla en 14 puntos, y con un colgado de 3 cm. aproximadamente del resto del texto, sangría francesa y espaciado sencillo.
5. El apellido o los apellidos del autor se ordenan alfabéticamente (en mayúsculas) y el nombre (minúsculas), en altas y bajas. Después de una coma (,) aparece el *título* (y el *subtítulo* en caso de que lo haya) en cursivas, o el nombre del artículo entrecomillado. Luego de una coma (,) se incluye la editorial, colección, lugar, año de edición y número total de páginas del libro.

En caso de ser aceptado el artículo, cada autor recibirá un ejemplar si son extranjeros, dos para nacionales y tres para locales.

La dirección del Centro de Estudios sobre Derechos, Globalización y Seguridad es Galeana y 7 de Noviembre, Zona Centro, Xalapa, Veracruz, México, C.P. 91000. Para mayor información dirigirse al correo [letrasjuridicas@hotmail.com](mailto:letrasjuridicas@hotmail.com)

Esta revista se terminó de imprimir y encuadernar en el mes de febrero de 2015. En CÓDICE-SERVICIOS EDITORIALES, Xalapa, Veracruz. El tiraje fue de 300 ejemplares. El cuidado de la edición estuvo a cargo de Rebeca Elizabeth Contreras López.