



DEJURE

Número 10 • Cuarta época • Año 20 • Mayo de 2020

10

UNIVERSIDAD DE COLIMA

DE JURE

Número 10 • Cuarta época • Año 20 • Mayo de 2020

Revista semestral de investigación y análisis editada por la Universidad de Colima, de carácter científico y orientada a la investigación jurídica con un enfoque interdisciplinario hacia las demás Ciencias Sociales.

UNIVERSIDAD DE COLIMA

Mtro. Christian Jorge Torres Ortiz Zermeño
Rector

Mtro. Joel Nino Jr. Secretario General
Secretario General

Mtra. Vianey Amezcua Barajas
Coordinadora General de Comunicación Social

Mtra. Gloria Guillermina Araiza Torres
Directora General de Publicaciones

Dr. Carlos Garibay Paniagua
Director del Instituto Universitario de Investigaciones Jurídicas

COORDINACIÓN EDITORIAL

Mtro. Zeus Adrián Munguía Ramos

ÍNDICES A LOS QUE PERTENECE
istema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, El Caribe, España y Portugal: <http://www.latindex.unam.mx> • vLex México. Información Jurídica: <http://vlex.com.mx> • CLASE UNAM: <http://clase.unam.mx>

Instituto Universitario de Investigaciones Jurídicas

Kilómetro 3.2, carretera Colima-Guadalajara, Colima, México
Teléfono 01 (312) 316 10 29, conmutador 01 (312) 316 10 00, ext. 31101
Correo electrónico: dejure@ucol.mx
<http://portal.ucol.mx/iuij/> • <http://dejure.ucol.mx>

ISSN 1870-2457-DE JURE

No. de certificado de licitud de títulos y de contenido en trámite.
No. de reserva al título de derechos de autor 04-2015-061511393300-102.

De las opiniones sustentadas en los trabajos firmados, responden exclusivamente sus autores. El hecho de su publicación no implica de alguna manera que esta revista del Instituto Universitario de Investigaciones Jurídicas y de la Facultad de Derecho estén de acuerdo con su contenido.

CONSEJO ACADÉMICO

Dr. Jesús Antonio de la Torre Rangel
Universidad Autónoma de Aguascalientes

Dr. Encarna Bodelón González
Universidad Autónoma de Barcelona

Dr. Rafael Rebollo Vargas
Universidad Autónoma de Barcelona

Dr. José Carlos Remotti Carbonell
Universidad Autónoma de Barcelona

Dr. Francisco Javier Gorjón Gómez
Universidad Autónoma de Nuevo León

Dr. Nayibe Chacón Gómez
Universidad Central de Venezuela

Dr. Ángel Guillermo Ruiz Moreno
Universidad de Guadalajara

Dr. Leonel Pérez Nieto Castro
Universidad Nacional Autónoma de México

COMITÉ DICTAMINADOR

Dr. Leandro Eduardo Astrain Bañuelos
Universidad de Guanajuato

Dr. Gloria Aurora de las Fuentes Lacavex
Universidad Autónoma de Baja California

Dr. Myrna Elia García Barrera
Universidad Autónoma de Nuevo León

Dr. Guillermo González Rivera
Universidad Autónoma de México

Dr. Raquel Gutiérrez Nájera
Universidad de Guadalajara

Dr. José Israel Herrera
Universidad Autónoma de Campeche

Dr. María Aurora de la Concepción Lacavex Berumen
Universidad Autónoma de Baja California

Dr. José Manuel López Libreros
Universidad Autónoma de Aguascalientes

Dr. Rafael Luviano González
Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo

Dr. José Ángel Méndez Rivera
Universidad de Colima

Dr. Marcos Pablo Moloeznik Gruer
Universidad de Guadalajara

Dr. Enoc Francisco Morán Torres
Universidad de Colima

Dr. Benjamín Revuelta Vaquero
Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo

Dr. Jessica Cristina Romero Michel
Universidad de Colima

Dr. Oscar Javier Solorio Pérez
Universidad de Colima

Dr. Víctor Alejandro Wong Meraz
Universidad Autónoma del Estado de México

DEJURE

Revista de investigación y análisis
Número 10 • Cuarta época • Año 20 • Mayo de 2020

Contenido

- 3 Presentación
- 5 El derecho penal como medio de perfeccionismo moral.
Una crítica a la prohibición legal del consumo de drogas
Leandro Eduardo Astrain Bañuelos
- 37 Algunos aspectos jurídicos e ideológicos del derecho restitutivo
aplicados como interés superior de la niñez
*Silvia Pérez Romero | Ana María Chávez Hernández |
Jacobo Herrera Rodríguez*
- 67 La restricción constitucional absoluta en el caso
de la prohibición de reinstalar en su cargo a los miembros
de las instituciones policiales en México
Luis Bradis Saldaña Alonso | Xochitl Guadalupe Rangel Romero
- 97 La omisión legislativa como supuesto de responsabilidad
patrimonial del Estado, en México: Análisis del derecho
a una indemnización a través del juicio de amparo
Miguel Ángel Veloz Romo
- 123 Reseña del libro *Cautio Criminalis* (Cautela Criminal)
de Friedrich Spee
Alberto Filippi
- 137 “The sense of injustice: an anthropocentric point of view of Law”.
Reseña bibliográfica de la obra escrita por Edmond N. Cahn
Juan Antonio Remigio Torijano
- 143 Colaboran en esta edición

Presentación

Los cambios estrepitosos en la vida social y política de nuestro país presentan nuevas formas jurídicas para ordenar la vida de la *polis*, esto requiere una actitud de autonomía crítica frente a todo aquello que se presente como un nuevo paradigma.

Bajo este aspecto la ciencia jurídica genera la pregunta cotidiana y recurrente sobre las formas más eficaces de realizar una práctica jurídica en un contexto global desde las diversas propuestas argumentativas que otorguen respuesta al cambio de la realidad socio-jurídica.

Es en ese contexto que el Instituto Universitario de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Colima, que dirijo, está comprometido con la teoría de la ciencia jurídica, con desarrollar preguntas, pero sobre todo con proponer respuestas que permitan abordar el cambio de la vida social desde una visión de autonomía crítica universitaria.

No está de más recordar al jurista Aarnio, para quien los modelos de interpretación jurídicos y argumentación crítica representan las posturas antagónicas que requieren la dialéctica de las propuestas argumentativas que permitan solventar el dilema entre seguridad jurídica y sentido de justicia, esto es, la integración entre la estática y la dinámica de las reglas jurídicas.

Por lo anterior, este número de la revista *DE JURE* propone profundizar en temas jurídicos que generan una pauta de cambio del paradigma jurídico; un cambio sensato frente a los retos de nuestra sociedad actual, un cambio cuyo fin es establecer una autonomía crítica como tarea universitaria primordial.

Así las cosas, en este número una de las colaboraciones versa sobre el derecho penal como mecanismo de perfeccionamiento moral frente al consumo de drogas, otra señala que el contenido ideológico del

derecho está intrincado en el interés superior del niño. Además, nuestros autores reflexionan sobre la restricción constitucional frente a la reinstalación de los miembros de instituciones policiales y se aborda el tópico respecto a la omisión legislativa como supuesto de responsabilidad del Estado mexicano. Por último, tenemos dos reseñas, una trata sobre la *Cautio Criminalis* y otra sobre un excelente libro denominado *The sense of Injustice*.

Como siempre, el Instituto es un lugar abierto a las nuevas ideas, pues sólo la dialéctica de la verdad nos acerca con menos prejuicios a la realidad de la que somos parte; sólo con autonomía crítica somos capaces de ver la esencia y no la apariencia de la caverna platónica.

Es un gusto presentar la edición de la revista *DE JURE* para seguir reflexionando juntos, autores y lectores.

Dr. Carlos Garibay Paniagua
Director del Instituto Universitario
de Investigaciones Jurídicas
Mayo 2020

Peligrosidad versus evaluación de riesgo: reflexiones a la luz del sistema de justicia penal mexicano

Oscar Iván Cortes Pérez
Xochithl Guadalupe Rangel Romero

Resumen

Dentro de los Estados constitucionales que se han consolidado en nuestro hemisferio, se ha ido avanzando al entendimiento de que la peligrosidad ya no encuentra un cimiento específico de actuación efectiva en el Estado, dado que los parámetros de peligrosidad han quedado desfasados. Luego, dentro de los Estados se entiende que el paradigma postmoderno penal implica una comprensión ya no de la personalidad del sujeto activo, sino de las implicaciones riesgosas que de éste se desprenden con base en la conducta; de lo anterior, la evaluación de riesgo como un cambio de paradigma y actuar –iniciado hacia finales del siglo XX por expertos en ciencias sociales y humanidades– pretende modificar las formas de que se obtengan resultados y explicaciones sobre la conducta

Abstract

Within the constitutional states that to date are consolidated in our hemisphere, progress has been made to the understanding that dangerousness no longer finds a specific foundation for effective action in the State, given that the parameters of danger have been out of step with the vital minimum of rights that a State can direct. Then, within the States it is understood that, the evolution in the postmodern paradigm implies an understanding not in itself of the personality of the active subject, but to the risky implications of this one based on the behavior. Therefore, the risk assessment as a new paradigm of thinking and working –started in the end of 20th century by experts in social sciences and humanities– with high reliability and validity, is

Artículo recibido el 10 de junio del 2019 y aceptado para su publicación el 16 de agosto del 2019.

Cortes Pérez, O. I. y Rangel Romero, X. G. | Pp. 5-32

violenta con mayor validez y confiabilidad, es indispensable para afianzar una mecánica de aplicación para la medida cautelar dentro del novedoso sistema de justicia penal en México, que contribuya a enaltecer los principios específicos de presunción de inocencia, bajo el cimiento de la libertad personal versus el internamiento preventivo. Con base en lo anterior, México entendió que la evaluación de riesgo debe ser aprovechada *prima facie* para lograr que la aplicación de la medida cautelar contribuya especialmente a los fines que de ésta se buscan y, sobre todo, se logre consolidar los principios esenciales que emanan de todo el sistema de justicia penal en México.

Palabras clave

Peligrosidad, evaluación de riesgo, sistema de justicia penal.

essential to strengthen the mechanics of application of precautionary measures within the novel criminal justice system, which contributes to extolling the specific principles of presumption of innocence, under the foundation of personal freedom versus preventive internment. Based on the foregoing, Mexico has understood that the risk assessment must be applied on a *prima facie* basis to ensure that the application of the precautionary measure, contributes especially to the purposes of this measure and, above all, manages to consolidate the essential principles that emanate from the entire criminal justice system in Mexico.

Keywords

Dangerousness, risk assessment, criminal justice system.

Introducción

Una parte esencial dentro de los postulados específicos que –hoy– se adentran en el paradigma de derecho penal que encamina el Estado mexicano, versa sobre que la conducta típica es la guía orientadora de la sanción que debe aplicarse a una persona que ha cometido una conducta considerada delito, lo anterior bajo un procedimiento penal con base en la máxima de derecho penal de acto que se establece dentro del sistema garantista que nuestro país encauza. Lo expresado tiene relevancia para el entendimiento de lo que se pretende exponer, y que deriva que la evaluación de riesgo debe gestionarse desde el aparato penal, con toda una motivación especial para la aplicación de ésta.

Dentro del siglo XXI se comprende que la evaluación de riesgo es base indispensable de aplicación dentro del derecho penal mexicano

que se ha consolidado, lo anterior es así, devenido de la evolución que han tenido los códigos penales en nuestro país, en donde se ha alejado la peligrosidad como base orientadora de la sanción penal. Este nuevo paradigma de pensamiento permite centrarse en el entendimiento de la conducta del individuo y no en sus características personales, por lo que, en lugar de establecer un estigma se enfoca en la identificación, análisis, explicación y entendimiento de las conductas que son de relevancia para el derecho penal.

Sin embargo, este entendimiento no fue así hace algunos años atrás, ello debido a que la postura específica que se consolidaba dentro del Estado mexicano se cimentaba sobre la peligrosidad (inicialmente llamada: temibilidad¹) del sujeto para la aplicación de la sanción, preponderando un derecho penal de autor².

Si bien, el concepto de peligrosidad se afianzó dentro de los países de nuestro hemisferio y se consolidó inclusive como una forma para la aplicación de una sanción en internamiento, la mayoría de las legislaciones penales en México, lo tomaron como referente específico para su aplicación.

Así mismo, este concepto terminó por ser incorporado por otras áreas del saber cómo la Psicología, Psiquiatría y/o Criminología, relacionándola con aquellos aspectos de la psicopatología (forense) para el caso de la psicología y psiquiatría, y en la criminología, para el establecimiento y entendimiento de entidades como la conducta delictiva grave, crónica y reiterativa (Pueyo y Arbach, 2014), por lo que la labor de éstas en contextos penitenciarios –especialmente en el caso de la criminología (clínica)– se encontró “predestinada” a responderle al Estado y al derecho penal –quizá bajo un principio de verificabilidad–, no sólo si el sujeto activo en efecto era peligroso, sino también el grado o cantidad de peligrosidad que presentaba.

En años posteriores, comenzó a ser objeto de debate sobre si la peligrosidad de un individuo en realidad se encontraba fundamenta-

1 Véase los estudios de Rafael Garofalo, especialmente su libro *Criminología: estudio sobre el delito y la teoría de la represión*.

2 Aquel donde se visualizan las características particulares de la persona delincuente, sin tomar propiamente dicho la acción u omisión que éste encamina.

da por la ciencia bajo la cual se trabajaba (psicología, psiquiatría, criminología, entre otras) o si, en definitiva, era una simple etiqueta para corroborar lo que el derecho penal pretendía justificar hacia el establecimiento de la pena (sanción). Sin embargo, y derivado del “carácter polisémico” (Pueyo y Arbach, 2014, p. 507) del constructo de peligrosidad, se cuestionó el enfoque bajo el cual se empleaba el vocablo, es decir, si la peligrosidad era considerada a partir del tipo de conducta cometida: ‘a mayor conducta violenta, mayor peligrosidad’, si el diagnóstico de peligrosidad era fundamentada a través de las características psicopatológicas y/o de personalidad de la persona ‘trastorno mental = peligrosidad’, o si es fundamentada a partir de la probabilidad de que la persona pueda cometer otra conducta delictiva (sea considerada grave o no por parte del Estado). Cabe destacar que:

“el imaginario social relaciona a la peligrosidad con los delincuentes sexuales, los asesinos en serie, los terroristas, los miembros de bandas delictivas organizadas, los maltratadores domésticos crónicos jóvenes y los jóvenes que se muestran violentos precozmente [...] También se suele clasificar como peligrosos a los enfermos mentales y a los toxicomaniacos” (Pueyo y Arbach, 2014, p. 506).

Lo cual, ha influido para que las concepciones sobre el estado peligroso de un individuo sean malinterpretadas o no presenten un claro fundamento sobre a qué se hace referencia cuando se establece que “determinada” persona es considerada peligrosa. Consecuentemente, las manifestaciones de la peligrosidad cayeron en desuso con la aplicación efectiva de un paradigma de derechos humanos que permeo con la entrada a la posmodernidad.

Es decir, la incorporación de los derechos humanos y garantías del debido proceso y el principio de presunción de inocencia dio como consecuencia que una persona no pudiera ser sancionada solo por el hecho de ser peligroso, sino que la aplicación de la sanción penal tuviese también que tener un límite, siendo éste el respeto de los derechos humanos de la persona.

Lo anterior permitió que las naciones avanzaran al reconocimiento efectivo de que es la conducta que realiza el sujeto, ya sea activa

u omisiva, y su sinergia con la tipicidad, la única que puede reprocharse, por lo tanto, es el acto realizado por el sujeto activo el que debe estudiarse, y no en sí mismo al autor que realiza la conducta, tomando en consideración su personalidad.

Es por esta razón que el estudio que aquí se pretende encuentra una relevancia singular: dos cortes coyunturales en el entendimiento, un primer momento la aplicación de la peligrosidad como piedra orientadora de todo un sistema penal bajo un paradigma clásico de alcance de normas específicas de aplicación penal, y por el otro, el alcance de que la peligrosidad no puede ser utilizado bajo el cimiento de los estados que se consolidan bajo un paradigma de derechos humanos en pleno siglo XXI.

La peligrosidad: su incorporación al derecho penal

De acuerdo con Pueyo y Arbach (2014), el constructo de peligrosidad tiene al menos, tres perspectivas bajo las cuales se puede definir el vocablo: en primera instancia se encuentra la perspectiva criminológica, el segundo de ellos proviene del enfoque clínico-forense, y el tercero, desde una noción jurídico-penal.

Desde la perspectiva criminológica, la peligrosidad como idea moderna, se construyó dentro de las posiciones de la teoría positivista bajo los postulados específicos de Lombroso, Ferri y Garofalo en el siglo XIX, que constituyeron un movimiento que revolucionó las percepciones sobre la delincuencia y lo que la sociedad habría de realizar al respecto (Varela y García-López, 2014), siendo los anteriores quienes visualizaron que el sujeto que desarrollaba una conducta no encontraba para sí un libre albedrío propiamente dicho, y particularizaban la idea de que, en el sujeto, existía un componente endógeno que lo predestinaba a realizar conductas antisociales, la llamada: temibilidad definida como “la cantidad de mal previsto que se puede temer de parte del delincuente” (Varela y García-López, 2014, p. 539).

Por una parte, las nociones de Lombroso daban cuenta de las características físicas del hombre peligroso. Mientras que las perspectivas

de Garófalo señalaba que, en el diagnóstico de peligrosidad, la gravedad del hecho implicaría simplemente una referencia ya que el elemento significativo de la peligrosidad constituía la personalidad del delincuente, toda vez que el delito era el resultado de anomalías psíquicas o morales (Varela y García-López, 2014).

De esta forma, la perspectiva ‘lombrosiana’ y quizá la perspectiva de Garófalo fueron consideradas el preámbulo de aquellas concepciones psiquiátricas en las cuales, el constructo de peligrosidad comienza a ser asociado con el trastorno mental así como con los deterioros neurológicos graves (adaptado de Pueyo y Arbach, 2014), sobre todo aquellos que tengan incidencia en alteraciones de la personalidad, lo que denota una perspectiva de no conformidad para explicar el comportamiento criminal, es decir, la idea de que la persona, al poseer características innatas que lo convierten en una persona peligrosa habrá de ser regulada o controlada por el Estado, (Bartol y Bartol, 2017).

Sin embargo, hoy en día se conoce que un trastorno mental grave es un factor de vulnerabilidad que aumenta las probabilidades de que la persona sea victimizada, más que en convertirse en un agresor (Loínaz, Echeburúa, Ortíz-Tallo y Amor, 2012, citado en Pueyo y Arbach, 2014; Sinnamon, 2017.)

De acuerdo a lo anterior, las ideas deterministas de la acción que realizaba el sujeto, tendían invariablemente, a que hubiese un cambio total, al entendimiento de la responsabilidad de éste, siguiendo a Sanz Morán “Los autores [...] defienden la idea determinista del hombre, de carácter predominantemente biológico (en Lombroso) o social (en Ferrí), que obliga a plantear en términos diversos el problema de la responsabilidad penal” (cit. en Garro Carrera, 2014, pp. 61-62. Así mismo añadimos que:

“Es en el contexto de la ejecución penal donde se refleja esta visión [criminológica], pues de ella derivan los procedimientos de gestión penitenciaria de [las personas privadas legalmente de su libertad] como lo son la clasificación, la individualización del tratamiento, la gestión de la libertad condicional o de los permisos” (Pueyo y Arbach, 2014, p. 508).

Por otra parte, el concepto jurídico adopta la peligrosidad como: aquella propiedad del delincuente que se encuentra vinculada con la comisión reiterativa o la posibilidad de nuevos delitos independientemente de su gravedad (Pueyo y Arbach, 2014).

El cambio que se observa en la responsabilidad penal derivó en una visualización completamente distinta, dando lugar a los modelos retributivos de la pena, siendo la base que permeó dentro de los estados del siglo XX, y principios del siglo XXI. El pedestal de derecho penal en la época moderna, se visualiza según refiere Palacios Pámanes en que “La peligrosidad debe inferirse a partir de la personalidad del sujeto, que es la manifestación de un continuo” (2017, p. 29).

Así pues, la sanción que se aplicaba al sujeto caminaba de la mano si éste era a juicio de la autoridad peligroso o no. Por la cual la misma acción realizada por dos personas distintas adquiriría una sanción diferente dependiendo de la consideración de la peligrosidad del sujeto.

Siguiendo dentro de las particularidades de la modernidad, y de acuerdo con Von Kries la peligrosidad es “[...] la cualidad de una persona y no al peligro que reviste en sí un acto o conducta o una cosa como riesgo inminente de lesión para los bienes jurídicos” (cit. en Romeo Casabona, 1986, p. 13).

Importante resulta comentar el choque existente entre la escuela positivista y la escuela clásica del derecho penal, dado que es de recordarse que la escuela clásica preponderaba la idea del libre albedrío y como base de la responsabilidad, la culpabilidad:

“La escuela liberal clásica no consideraba al delincuente como un ser diferente de los demás, sino que se detenía en el delito entendido como concepto jurídico, es decir como violación del derecho y también de aquel pacto social que se hallaba en la base del Estado y del derecho. Como comportamiento, el delito surgía de la libre voluntad del individuo, no de causas patológicas, y por ello, desde el punto de vista de la libertad y de la responsabilidad moral de las propias acciones, el delincuente no era diferente del individuo normal” (Varela y García-López, 2014).

Contrario a la escuela positiva que preponderaba la idea de la no existencia de un libre albedrío, y fundamentando la pena en la temibili-

dad. Entendiéndose por temibilidad lo descrito por Pavón Vasconcelos “[...] la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad del mal previsto que hay que tener de parte del mismo [...]” (2005, p. 16).

Es de decirse que, ante el choque de ideas que permearon en la modernidad, el concepto de peligrosidad se encontraba aislado. Sin embargo, tuvo una vinculación sistemática como lo refiere Romeo Casabona:

“[...] el concepto de peligrosidad no adquirirá (sic) realmente una entidad propia como instituto del Derecho Penal moderno hasta que se le vincule sistemáticamente como una consecuencia del delito distinta de la pena: la medida de seguridad. Esto sucederá a partir de la redacción por Carl Stooss del anteproyecto de código penal suizo de 1893, en el cual se introdujo el llamado sistema dualista (penas y medidas de seguridad, vinculadas al delito, pero con presupuestos distintos)” (1986, p. 17).

Derivado de lo anterior, se une la peligrosidad a las medidas de seguridad en materia penal que se le aplican al sujeto que ha cometido una conducta tipificada. Sin embargo, también es de señalarse que la peligrosidad estuvo así mismo ligado a la pena (sanción) durante varios años.

La decadencia del constructo peligrosidad en México

A lo largo del siglo XX y principios del siglo XXI, se introduce lo que -hoy- podemos denominar peligrosidad con tintes de derecho penal de autor fuertemente dentro de las naciones de nuestro hemisferio, particularmente en México, la idea de peligrosidad moderna se ve plasmada dentro de los postulados del Código Penal de 1871 mejor conocido como “Código Martínez de Castro” (más adelante, Código), para el caso específico si bien, dentro de este cuerpo normativo, no se reprodujo la palabra “peligrosidad” como tal, si deja ver dentro del contenido escrito de esa norma, que se alude a ese concepto.

Así se aprecia lo escrito en el artículo 29 del Código que señala: “Artículo 29. Hay reincidencia punible: cuando comete uno o más deli-

tos, el que antes ha sido condenado en la República o fuera de ella por otro delito del mismo género, o procedente de la misma pasión o inclinación viciosa [...]³ (Hernández López, 2000, p. 36).

De lo precedente, dentro de las posiciones de este Código, se visualiza una carga de peligrosidad al sujeto por sí mismo; otra especificidad dentro de este Código es el artículo 44, que señala: “Son agravantes de primera clase: [...] 7^a. Ser el delincuente persona instruida. 8^a. Haber sido anteriormente de malas costumbres. [...]” (Hernández López, 2000, p. 43).

Nuevamente dentro del Código se particulariza sobre el sujeto (autor), tomando como referencia a este último para la aplicación de la sanción, y no en sí el acto que este cometió. Particularidades como ésta se encuentran dentro del Código⁴, que permiten apreciar que efectivamente dentro de las posiciones normativas penales dentro de nuestro país, si existió una tendencia de peligrosidad.

Ahora bien, hemos de recordar que, en el desarrollo penal de nuestro país, se abroga el Código, y se implementa la creación del Código Penal de 1929 (más adelante, Código de 1929), mismo que también continúa con la línea de peligrosidad, el ejemplo claro se encuentra en el artículo 52 del texto original, que a la letra dice: “Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiaridades del delincuente”⁵(cit. en Pavón Vasconcelos, 2005, p. 23).

Se puede dar cuenta que se retoma específicamente la idea de la peligrosidad como una cuestión determinante, así mismo en la reproducción del Código de 1931, se continua con la concepción de la peligrosidad. Como bien lo señalaría Pavón Vasconcelos “[...] El Código de 1931 pretendió adoptar el sistema de la peligrosidad del delincuente como factor importante para establecer la pena aplicable [...]” (2005, pp. 23-24).

Las particularidades de la crítica hacia la construcción de la peligrosidad dentro de nuestras normas penales devenían de los avances

3 Lo subrayado se coloca como énfasis por parte de los autores.

4 Véase los numerales 99 y 100 del Código.

5 Lo subrayado se coloca como énfasis por parte de los autores.

de la teoría del delito y el debate entre las escuelas causalistas, finalistas y funcionalistas, que se encaminaban. Dando paso a una verdadera evolución de ideas de cómo ir encuadrando los aspectos de la culpabilidad y la responsabilidad penal.

En el año 2002 en México, la peligrosidad fue alejada de la norma penal como sustento de la sanción, y se caminó hacia formas específicas del entendimiento de la culpabilidad, en donde se define en el numeral 5° del Código Penal Federal: “No Podrá aplicarse pena alguna, si la acción o la omisión no han sido realizadas culpablemente. La medida de la pena estará en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto respecto del hecho cometido, así como de la gravedad de éste” (Código Penal Federal, 2002).

Lo anterior, da como consecuencia que se visualice el incipiente principio de peligrosidad por un principio de culpabilidad. Lo preliminar, dio como derivación que la peligrosidad como fuente orientadora de un sistema penal punitivo se alejara de la conciencia estatal.

Hacia una nueva conceptualización: riesgo

Las ciencias penales y forenses en la postmodernidad, dieron como consecuencia inmediata una nueva forma de entendimiento del *ser* y de la conducta (antisocial) que éste realiza, dando como resultado que parte de la terminología que fue empleada en contextos relacionados con la investigación legal o forense, dentro de áreas del conocimiento como la Psicología, Psiquiatría y –específicamente– la Criminología, fue criticada significativamente.

Para el caso que ocupa, conceptos como peligrosidad cuyo origen data de los modelos teóricos de la Criminología Positivista y, posteriormente consolidado y adecuado en el derecho penal, este último concepto terminó coexistiendo como constructo propio de estas áreas “*psi*”. Sin embargo, la eficacia u objetividad con la cual eran referidas tanto en la teoría como en la *praxis*, no mostraban los resultados que se esperaban.

De convertirse en un vínculo entre la ciencia y el derecho, terminó por mostrar discrepancias tanto conceptuales como operacionales; por lo que demostrar a partir de la ciencia, lo que el derecho estableció como peligrosidad, terminó siendo –si no más que imposible– carente

de un sustento y contradictorio a lo que inicialmente las perspectivas clínicas y criminológicas proponían.

Lo anterior, dio como respuesta que las ciencias sociales aportaran un nuevo campo conceptual –sobre todo– de forma conjunta con la criminología. Derivado de la limitada capacidad predictiva y los problemas para su operacionalización, el constructo de peligrosidad comienza a ser sustituido por el concepto de valoración de riesgo (Pueyo y Arbach, 2014), por diversos profesionistas en el campo de las ciencias sociales y humanidades a finales del siglo XX.

De esta forma, se comienza a cambiar el paradigma que venía vertiéndose e introduce permutas importantes, cuando refiere que el ser humano puede cambiar de forma favorable o desfavorable, optando más por una perspectiva de aprendizaje, la cual señala que las personas no son buenas por naturaleza, tal y como lo establecía la perspectiva de conformidad, pero tampoco son ‘malvadas’, como lo refería la perspectiva de no conformidad; al contrario, señala que el comportamiento violento y/o criminal son producto de variables multifactoriales que han sido producto del aprendizaje de la persona (adaptado de Bartol y Bartol, 2017) y que han influido de alguna u otra manera en la comisión y potencialización de conductas violentas, mismas que así como son aprendidas, pueden ser modificadas, por lo que algunas conductas tanto antisociales como pro-sociales pueden ser aprendidas de la misma forma.

La idea que señala Palacios Pámanes, implica el conjuntar lo que otras áreas están usando, “[e]n la psicología y en la psiquiatría, el concepto de “peligrosidad” ha quedado casi en desuso [...], los criminólogos hablan de factores “crimino-impelentes”, cuando los psicólogos y psiquiatras emplean el término de factores de riesgo” (2017, p.129). Por lo tanto:

“Si la evaluación de la peligrosidad se basaba en identificar y valorar disposiciones de personalidad y diagnosticar estados mentales patológicos, la valoración de riesgo tiene otros referentes que se relacionan con la cadena causal del comportamiento violento. Tres elementos tienen un papel decisivo en cualquier proceso de estimación de la probabilidad futura del comportamiento violento:

1) lo que se busca predecir, definido como resultado o criterio (por ej. Un determinado suceso criminal o delictivo); 2) los predictores o factores de riesgo que anteceden al comportamiento violento y, 3) el tiempo que media entre la presencia o acción de los predictores y la ocurrencia del criterio” (Pueyo y Arbach, 2014, p. 514).

La evaluación de riesgo de violencia

De acuerdo con la Real Academia Española (RAE, 2014) la palabra riesgo es definida como: “contingencia o proximidad de un daño”. Si bien, la palabra riesgo se puede definir como el conjunto de variables que se encuentran asociadas a un evento en particular, es comúnmente coligado a una serie de elementos que pueden generar algún evento negativo. El vocablo riesgo puede tener vastas definiciones, mismas que varían de acuerdo con el área o contexto bajo del cual se trate de emplear este término, pero que, paradójicamente tienen una orientación descriptiva hacia un fenómeno negativo. Por ejemplo, en el área de la criminología, se habla de riesgo para hacer referencia a una serie de variables que facilitan la presencia de un comportamiento determinado (comúnmente criminal o violento) (Redondo, 2018; Palacios Pámanes, 2017; Gormley y Petherick, 2015; Andrews, Bonta y Wormith, 2006, citados en Pueyo y Arbach, 2014).

Una evaluación de riesgo, entonces, hace referencia a “[...] la probabilidad de que un individuo se involucre en un comportamiento en particular en el futuro” (Gomley y Petherick, 2015, p. 173). Esta evaluación comprende una mayor variedad de elementos no sólo a partir de las características endógenas como lo hacía la peligrosidad (comúnmente de índole psíquica); al contrario, toma en consideración una amplia variedad de factores tanto endógenos como exógenos. “Se trata de una tarea analítica que consiste, esencialmente, en seleccionar información relevante y significativa para cada caso particular, dejando de lado información irrelevante para el tipo de violencia cuyo riesgo se desea estimar” (Pueyo y Arbach, 2014, p. 513)

“Un planteamiento científico sobre la criminalidad no es esencialmente incompatible con la idea de “libre albedrío” o de vo-

luntariedad en la comisión de los delitos. Aun así, desde una perspectiva científica, tal voluntariedad no se concibe como algo absoluto en el sentido de que cuando alguien decide cometer un delito no exista ningún elemento que haya podido influir y modular su conducta. Más bien se considera que la decisión de una persona de efectuar un delito (que, en términos absolutos ciertamente podría decidir no efectuar) se adopta en un contexto de opciones de comportamiento no ilimitadas [,] sino condicionadas por las circunstancias internas y externas de cada individuo y de cada situación particular. Con carácter general, ese es precisamente el planteamiento esencial de las ciencias: el intento de localización de elementos susceptibles de influir sobre los fenómenos de cuya explicación se ocupan. Y ese es también el proceder de la ciencia que se ocupa de la criminalidad, con la finalidad de describir, explicar, predecir y prevenir la conducta delictiva” (Redondo, 2018, p. 61).

La conducta violenta se predice, generalmente, a partir de un conjunto de medidas que incluyen aquellos factores de riesgo estáticos, factores de riesgo dinámicos, así como la consideración de aquellos factores protectores para producir “puntajes” compuestos, los cuales, posteriormente son utilizados en la focalización de intervenciones y/o para opciones de sentencia (adaptado de Norris, Griffith y Norris, 2017; Redondo, 2018). Es importante enfatizar que, su validez estará dictada por el proceso o método empleado.

Enfoques en la evaluación de riesgo

Se han particularizado diversos enfoques de la evaluación de riesgo, mismos que permiten tener una apreciación en cuanto a los alcances que se pretende con este tipo de evaluaciones. Se reconocen tres enfoques que dotan de sentido específico al estudio que se pretende.

El enfoque: juicio clínico

Denominado también Juicio Clínico–Intuitivo (Palacios, 2017), es considerado el tipo de evaluación de riesgo más antiguo (McGrath y Torres, 2010), consiste en la recopilación de información a través de una entrevista y la recolección de otra información colateral, por ejemplo, la observación longitudinal (Palacios, 2017) para proveer una especie de

predicción de riesgo. Comúnmente este tipo de evaluaciones las realizan expertos como psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales, entre otros. Cabe señalar que, la evaluación clínica de la peligrosidad empleaba este enfoque, pero para establecer un resultado dicotómico sobre la presencia o ausencia del atributo, mismo que estaba determinada por la experiencia del clínico (Pueyo y Arbach, 2014).

Una de las ventajas de este método, radica en que este tipo de evaluaciones son conducidas por un clínico a partir de su experticia (Gomley y Petherick, 2015), además de ser considerada una evaluación cualitativa (Palacios, 2017). Sin embargo, existen críticas significativas, entre las cuales destaca la elevada subjetividad bajo el cual las inferencias son dictadas. Un clínico puede establecer que el individuo tiene un “bajo riesgo de reincidencia”, mientras que otro experto puede determinar que el mismo individuo tiene un “alto riesgo de reincidencia”, aun y cuando se tenga la misma información que sustenta la conclusión, de tal forma que, la diferencia entre estos dos expertos radica en el entendimiento que cada uno tenga, sobre lo que es bajo, medio o alto riesgo (McGrath y Torres, 2010).

Una segunda debilidad de este método se encuentra asociada a la ausencia de pautas metodológicas para la realización de este tipo de evaluaciones, siendo consideradas informales. Aunado a lo anterior, los clínicos no contemplan tanto aquellos factores estables, como aquellos dinámicos. Quinsey, Harris, Rice y Cornier (1998, citados en Pueyo y Arbach, 2014) compararon la eficacia predictiva por parte de expertos en salud mental y otros participantes no expertos. Los resultados concluyeron que, tras la ausencia de diferencias significativas entre los dos grupos, el uso de intuición clínica y la experiencia no muestran eficacia para predecir la violencia. Así mismo, Monahan (1981, citados en McGrath y Torres, 2010, y en Gomley y Petherick, 2015), encontró que los clínicos no podían realizar predicciones de forma efectiva sobre un comportamiento violento futuro bajo este método, toda vez que, los profesionistas de salud mental tienden a sobreestimar los falsos positivos, mientras que los expertos en sistema de justicia y penal, tienden a subestimar el riesgo de conducta violenta o de reincidencia (Monahan, 2002, citado en Pueyo y Arbach, 2014).

El enfoque: actuarial

Tras las carencias que presentaba el método clínico (juicio clínico), se comenzaron a realizar estudios con una carga estadística para poder predecir conductas futuras, con esto se aseguraba que no hubiese una interferencia subjetiva por parte del evaluador y así mostrara resultados más confiables. A este método se le denomina: actuarial. Una primera referencia histórica sobre el uso de técnicas actuariales (no de evaluación de riesgo *per se*), de acuerdo con Pueyo y Arbach (2014), data de 1959 en el cual Glueck y Glueck construyeron tablas sociales de predicción, en las cuales a partir de información demográfica (sexo, edad, nivel educativo, antecedentes criminales) se proponían opciones para que el juez determinara una resolución en función de la probabilidad de reincidencia para cada caso. Es así que, el enfoque actuarial involucra la evaluación de aquellos factores de riesgo, comúnmente pre-determinados a través de análisis empíricos o de estadísticas, para determinar el nivel de riesgo que una persona posee (Cooper *et al.*, 2008, citado en Gomley y Petherick, 2015). La forma en que se trabaja este método es el siguiente:

En el contexto del comportamiento criminal, la evaluación de riesgo sigue una especie de proceso de “correspondencia” que busca alinear al individuo [que se evalúa], con un agresor “prototipo” o conjunto de indicadores de estilo de vida. Estos proveen probabilidades estadísticas como una *posibilidad* de que el comportamiento del individuo [evaluado] sea de forma similar que el mostrado [en las estadísticas]. Simplemente, deseamos saber la probabilidad de que cualquier persona “x” cometa “y” delito si se presenta la característica “z”. Por ejemplo, si queremos saber si Mary (variable “x”) es probable que sea atrapada por hurto (variable “y”), entonces sabemos que tiene una posibilidad significativa de que esto ocurra, si estos tienen problemas de dependencia hacia sustancias [característica “z”] (Norris, Griffith y Norris, 2017, p.213).

En este tipo de evaluaciones de riesgo, se comienza a emplear un nuevo paradigma, apareciendo el concepto de factor de riesgo, como tal. Sin embargo, este método se caracteriza por realizar una evaluación de aquellos factores estáticos, es decir, aquellos que mantienen una es-

tabilidad con el paso del tiempo, tales como: rasgos de la personalidad, enfermedad, sexo, lesión (física u orgánica), antecedentes penales, entre otros. (Palacios, 2017; Norris, Griffith y Norris, 2017; Pueyo y Arbach, 2014).

Las ventajas de este modelo implican la ausencia del uso de la subjetividad que en el modelo preliminar presentaba, por lo que los criterios de riesgo se encuentran ya establecidos. Así mismo, permite un mayor ingreso de variables, permitiendo establecer un análisis con un fundamento más sólido a diferencia del método clínico. Sin embargo, existen ciertas limitaciones, entre las cuales destaca la incapacidad de intercambiar variables o actualizarlas, lo que solo permite predecir, mas no controlar las variables de riesgo. Estos instrumentos requieren de una estandarización para el contexto socio- cultural que se vaya a utilizar, sin mencionar que la información recabada sea válida y no sea malinterpretada. Además, no contempla el tiempo, modo y lugar de la conducta en particular, siendo más general la conclusión.

El enfoque: juicio profesional estructurado

Conocido también como actuarial estructurado (McGrath y Torres, 2017) o mixto (Palacios, 2017), este método combina las características científicas del método actuarial con los beneficios de la opinión clínica, la diferencia de este método y los dos anteriores, radica en la consideración de no solamente aquellos factores estables, sino también, aquellos que no son predefinidos o predestinados, y son producto de procesos de aprendizaje, conocidos como: factores de riesgo dinámicos (Gomley y Petherick, 2015); este tipo de factores son definidos como aquellos que contribuyen, o disminuyen, el nivel de riesgo para que un individuo cometa una conducta violenta determinada, por lo que este tipo de factores pueden ser manejados, modificados y monitoreados (Redondo, 2018, Palacios, 2017; Bartol y Bartol, 2017; Gomley y Petherick, 2015; Pueyo y Arbach, 2014).

Toda evaluación de riesgo no debe centrarse exclusivamente en aquellos datos que aportan información sobre el aumento de riesgo de reincidencia, sino también en aquellos factores que reducen dicho riesgo, a este tipo de factores se les denomina: factores protectores. Éstos

comprenden todas aquellas características de la persona y de su contexto, el cual reduce el riesgo de que una conducta negativa –comúnmente criminal– se presente (Norris, Griffith y Norris, 2017).

Derivado de la extensa red de interacciones que ocupan los factores de riesgo, algunos pueden ocasionar que nuevos factores de riesgo sean creados, a lo anterior se le ha denominado modelo de cascada de desarrollo (Bartol y Bartol, 2017), mientras que otros puedan ser potencializadores para que una conducta violenta sea realizada, a lo anterior se le conoce como: modelo de riesgo acumulado (Bartol y Bartol, 2017). Ambos modelos parten de un enfoque criminológico del desarrollo⁶, que permiten establecer hacia dónde hay que dirigir la intervención y/o prevención, también señalan la importancia de considerar los factores protectores (Véase cuadro 1.0). De esta forma, el riesgo estará influenciado por los factores de riesgo estables, dinámicos, factores protectores y factores de oportunidad para la comisión de conductas violentas.

Tabla 1
Aspectos clave de los modelos del riesgo acumulado y de cascada del desarrollo

Modelo de riesgo acumulado	Modelo de cascada del desarrollo
También llamado modelo de riesgo múltiple.	También se conoce como modelo de cascada dinámica.
Predice los resultados emocionales y de salud mental negativos durante la vida.	Predice resultados conductuales negativos en la vida, pero también predice resultados positivos.
Enfoque aditivo (ya que se basa en una suma) para evaluar los efectos generales de los riesgos sobre el desarrollo.	Método interactivo para evaluar los efectos de los riesgos presentes en las rutas de desarrollo.

6 Este enfoque examina las influencias y modificaciones (factores de riesgo) a lo largo de la vida de una persona que pueden contribuir o influir para que una conducta delictiva sea llevada a cabo (Bartol y Bartol, 2017).

Se enfoca en las influencias ambientales, psicológicas y sociales dañinas, las cuales aumentan el riesgo de un desarrollo inadecuado.

Se enfoca en el desarrollo de competencia y resiliencia para reducir el desarrollo inadecuado

Presta atención especial a la identificación de los niños que enfrentan múltiples factores de riesgo y al desarrollo de formas para reducir esos factores.

Presta atención especial a las intervenciones oportunas y dirigidas con precisión, diseñadas para promover cascadas positivas a través del desarrollo de competencia y resiliencia.

Fuente: Bartol y Bartol, 2017, p. 30

Una de las ventajas de este método, consiste en la capacidad no sólo de señalar el nivel de riesgo, sino que permite controlar aquellos factores de riesgo, es decir, realizar recomendaciones sobre cómo intervenir y controlar factores de riesgo dinámicos que pudiesen contribuir a la probabilidad de reincidencia de una persona (Gomley y Petherick, 2015). Así mismo, permite tener un mayor entendimiento sobre tiempo, modo y lugar en el cual pudiese presentarse una conducta violenta en particular (violencia sexual, violencia doméstica, violencia física, entre otras), puesto que se centra en las circunstancias dinámicas presentes en el evaluado.

La desventaja de este método consiste en la probable presencia de sesgos o errores heurísticos por parte del evaluador, lo que predispondría a que ciertos resultados estuviesen basados en prejuicios de este y no de la evidencia empírica o del contexto del evaluado.

A continuación, se presentan las diferencias de cada una de los métodos de evaluación de riesgo, para quedar como sigue:

Tabla 2

Diferencias básicas entre los enfoques de evaluación de riesgo

	Juicio Clínico	Actuarial	Juicio Profesional Estructurado
Tipo de factores que evalúa	Factores de riesgo estáticos (endógenos)	Factores de riesgo estáticos	- Factores de riesgo estáticos y dinámicos - Factores protectores
Principal fuente de información	Entrevista	Información estadística	-Entrevista -Información estadística
¿Qué evalúa?	Riesgo de reincidencia	Riesgo de conducta violenta	-Riesgo de conducta violenta -Gestión de riesgos
Fundamento	Basado en la experiencia y la intuición del examinador	Correspondencia de características entre el evaluado y los datos empíricos	Análisis de los factores protectores (resiliencia) y de riesgo de un caso en particular que aumentan o disminuyen la probabilidad de una conducta violenta determinada
Ventajas	Realizado por un clínico con experiencia	Basado en información empírica -Libre de la subjetividad	-Contempla factores dinámicos y protectores - Establece qué variables pueden ser controladas y cuales han de ser potencializadas

Desventajas	-Subjetivo -Sin criterios homologados	- Estandarización - Recae en la generalización	- Riesgo de que presenten información sesgada o prejuicios
-------------	--	---	--

Fuente: Información adaptada a partir de Palacios–Pámanes, 2017; Norris, Griffith y Norris, 2017; Gormley y Petherick, W., 2015; Pueyo y Arbach, 2014 y McGrath y Torres, 2010.

Así mismo, algunos autores (McGrath y Torres, 2010; Gomley y Petherick, 2015) recomiendan que los resultados sean expresados en términos de porcentajes, o en categorías claramente definidas, a fin de evitar dicotomías sujetas a malinterpretaciones derivadas de la subjetividad de los evaluadores, como lo hacía la peligrosidad.

En lo que respecta a la evaluación de riesgo, los resultados que presenten los expertos en este tipo evaluaciones tendrán cuatro tipos de resultados finales (véase tabla 3). Lo recomendable y esperable es que las evaluaciones presenten un verdadero positivo o un verdadero negativo, esto es, que en los casos en los cuales se concluya una predicción de reincidencia, una conducta re–incidente se presente, así mismo, en casos cuya conclusión fue una predicción de no reincidencia, una conducta reincidente no se presente.

Tabla 3

Cuatro posibles resultados al reportar la predicción del riesgo

PREDICCIÓN ESTABLECIDA	RESULTADO REAL	
	COMISIÓN DE CONDUCTA VIOLENTA	SIN COMISIÓN DE CONDUCTA VIOLENTA
Predicción de conducta violenta	Verdadero Positivo	Falso Positivo
Predicción ausencia de Conducta Violenta	Falso Negativo	Verdadero Negativo

Fuente: Adaptado de Gormley y Petherick, 2015.

La evaluación de riesgo es útil en diversos contextos entre los cuales destacan: 1) la valoración de riesgo en contextos penitenciarios permite prevenir aspectos como reincidencia delictiva, así como otro tipo de incidentes⁷; 2) la evaluación de riesgo aplicada en contextos de evaluación psicológica forense que da cuenta del riesgo de conducta violenta que tengan implicaciones psicopatológico-forenses tales como el análisis cognitivo y volitivo del sujeto; 3) medidas de protección para la víctima; 4) intervención y prevención de conductas delictivas⁸ (adaptado de Pueyo y Arbach, 2014).

La validez y confiabilidad de los resultados estarán determinados por el método de evaluación empleado, “las consecuencias de una predicción imprecisa [inválida y sin confiabilidad], puede ser devastadora para el agresor, las víctimas, y la comunidad en general” (Gormley y Petherick, 2015, p.173). Es por esta razón que no cualquier persona debe realizar estas labores, por ello es importante que el profesionalista que realice este tipo de evaluaciones tenga una vasta formación en la materia, además de contar con conocimientos derivados de una formación profesional en ciencias del comportamiento.

Diferencias específicas entre peligrosidad y riesgo

Con el objeto de dejar precisión sobre las diferencias específicas entre peligrosidad y riesgo, y sobre todo los alcances de cada uno de los conceptos, se analizan cada una de las características de estos constructos con el objeto de precisar las trascendencias de ambos vocablos.

Por lo que respecta a la peligrosidad, se analiza de la siguiente manera:

7 Véase los trabajos de Alicia Nijdam-Jones (2017)

8 Véase Modelo de Triple Riesgo Delictivo de Santiago Redondo (2018)

Tabla 4
Peligrosidad y sus características

Característica	Comentario
El delincuente es el protagonista	Es de establecerse que, con la peligrosidad, el autor, es el centro principal de atención del aparato punitivo.
Polisémico	Existe una diferencia en el uso de conceptos desde diversas áreas del saber (clínico-forense, criminológico, derecho penal) que tienden a contradecirse.
Las características personales del sujeto son tomadas en consideración para la aplicación de la sanción	Las características personales y peculiaridades del sujeto son retomadas por el aparato punitivo para la aplicación de la sanción.
Peligrosidad es igual a personalidad	Se retoma la idea que no solo los aspectos particulares del sujeto deben estudiarse, sino que la personalidad del sujeto es el criterio específico de peligrosidad.
La pena no es proporcional al daño sino al delincuente.	La pena que se aplica como sanción no toma como base el daño causado por éste, sino en sino sus particularidades de ser peligroso.
Parte de una perspectiva de no conformidad	Parte de la idea de que el individuo nace con características (psicológicas o biológicas) tendientes a la comisión de conducta delictivas que lo hacen “peligroso”
El grado de peligrosidad es determinada a través de un estudio de personalidad	La evaluación de rasgos de personalidad son la principal fuente de información que determina si el individuo posee una peligrosidad alta, media o baja.
Peligrosidad base de la individualización de la sanción	La peligrosidad del sujeto se toma como cimiento específico del aparato punitivo para aplicarle una sanción.

Centrado en el aislamiento	Los argumentos establecidos, estarán enfocados en aislar al individuo de la sociedad.
----------------------------	---

Fuente: Elaboración propia.

Ahora bien, dejando precisión en las características de la peligrosidad, nos acotaremos a las particularidades del riesgo, para quedar como sigue:

Tabla 5
Riesgo y sus características

Característica	Comentario
La conducta (antisocial) es la protagonista	La conducta realizada en un tiempo, modo y lugar es el principal objetivo a evaluar.
Parte de una perspectiva de aprendizaje	No concibe al individuo como malo o bueno por naturaleza. Las conductas son producto de la interacción de factores que han sido aprendidos, codificados e interpretados por la persona, por lo que estos factores pueden ser monitoreados y modificados.
El constructo nace de las aportaciones de las ciencias sociales	Son las ciencias sociales las que nutren el campo teórico para la identificación y estudio de los factores de riesgo y aquellos factores protectores.
Los factores de riesgo son el objeto de estudio	Los factores de riesgo pueden estar establecidos o consolidados (personalidad, edad, sexo), pero existen otros que fueron aprendidos y pueden ser modificados.

Importancia en los factores protectores	No solo existen factores que pueden ayudar a que una conducta vuelva a ser cometida. Existen otros factores que pueden ayudar a que la conducta (antisocial) no sea llevada a cabo, y estos pueden ser identificados y potencializados.
Los factores pueden ser gestionados	Pueden ser controlados para disminuir los factores de riesgo y aumentar los factores protectores .
Centrado en la individualización del tratamiento	El aislamiento no es el objetivo, sino dotar de herramientas al individuo que son necesarias para poder desenvolverse de forma positiva en la sociedad.

Fuente: Elaboración propia.

De lo anterior, se puede observar de forma palpable que la evolución del constructo de peligrosidad hacia el riesgo evoluciona de forma significativa, que da como derivación una nueva forma de entender y comprender los alcances de la evaluación de riesgo en el derecho.

Las implicaciones que tiene la evaluación de riesgo para el derecho penal con énfasis especial en las medidas cautelares

Con la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimiento Penales (más adelante, Código Nacional) en el año 2014 en México, se incorpora a este conjunto normativo la evaluación de riesgo, especialmente, en el apartado de las medidas cautelares que pueden aplicarse al imputado de una conducta típica.

Es de establecerse que la aplicación de la medida cautelar que se desprende del numeral 153 del Código Nacional, tiene finalidades específicas, siendo éstas: (1) asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, (2) garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del

testigo, y (3) evitar la obstaculización del procedimiento (Código Nacional de Procedimiento Penales, 2014). De lo anterior se desprende que la aplicación de una medida cautelar tiene una finalidad que deberá de cumplirse, y debe preponderarse siempre ese fin. Ahora bien, el Código Nacional establece en su artículo 156, que la aplicación de la medida cautelar tiene principios específicos que debe cumplir, siendo éstos: el principio de idoneidad y el de proporcionalidad.

Se infiere que la medida impuesta al imputado debe ser las más adecuada (idónea) y así mismo debe cubrir un criterio de proporcionalidad a la conducta realizada. Dando como derivación que el legislador, dentro de este numeral, tomara como base para lograr la idoneidad y la proporcionalidad aludida, a la evaluación de riesgo. Como lo establece el numeral en cita que refiere: “[...] Para determinar la idoneidad y proporcionalidad de la medida, se podrá tomar en consideración el análisis de evaluación de riesgo realizado por personal especializado en la materia, de manera objetiva, imparcial y neutral en términos de la legislación aplicable” (CNPP, 2014, p. 49).

El énfasis de la evaluación de riesgo dentro del Código Nacional, para la aplicación de la medida cautelar, tiene, en un primer lugar, que garantizar cualquiera de los fines específicos ya señalados, y al mismo tiempo dotar de una científicidad a la actuación judicial al momento de la toma de la decisión de qué medida debe imponerse al imputado.

Conclusión

Hoy en día, dentro del paradigma de derechos humanos que han adoptado los estados constitucionales, debe mirarse hacia la protección máxima de la persona. Si bien, en México se ha desterrado de los aparatos normativos penales la base de la peligrosidad como máxima específica, no menos cierto lo es que, es necesario comprender de nueva forma las particularidades de la evaluación de riesgo, como guía orientadora de aplicación penal. Es decir, la evaluación de riesgo, que ha sustituido a la peligrosidad, también debe estudiarse y conocerse, dado que su aplicación sólo ayudará al sistema penal mientras más conocimiento se tenga de este novedoso paradigma.

Como se ha mencionado, la peligrosidad a lo largo del estudio del derecho penal en México ganó terreno inmediatamente, por lo cual tomar en cuenta, para la sanción penal, al sujeto delincente, y no así el delito que este último cometió, fue la base la peligrosidad. Sin embargo, lo anterior -hoy- en pleno siglo XXI violenta todos y cada unos de los principios y derechos humanos de la persona, por lo cual, fue necesario que el Estado dejara atrás el uso de la peligrosidad.

Si bien la evaluación de riesgo supone un nuevo paradigma de pensamiento y trabajo, no es un modelo de evaluación infalible, ya que aún contiene ciertas limitaciones, por lo que es requerido un mayor desarrollo teórico y empírico, de tal manera que, en efecto, no lo convierta en una ciencia exacta. Sin embargo, lo anterior no implica que no se puedan obtener mejores resultados con un mayor nivel de validez. A pesar de la infinidad de métodos, es necesario que México desarrolle investigaciones empíricas que sostengan los argumentos sobre la reincidencia, aunque en esencia esta investigación no se basa en los argumentos de la reincidencia como tal, es importante la investigación de la evaluación del riesgo en estos casos.

Este cambio de pensamiento refleja un punto de partida que muestra diferentes resultados positivos e inclusive mayor validez que los que proporcionaba la evaluación de peligrosidad, dejando fuera la estigmatización, y centrándose –más– en cómo abordar el problema de la conducta antisocial en cada caso en particular. Por último, cabe señalar que cuando las evaluaciones no son realizadas por profesionistas especializados en la materia, se corre el peligro de que lo que concluya o argumente el profesionista impacte de forma negativa, perjudicando no solo a los procesos legales, sino a todas aquellas personas involucradas.

Bibliografía

- Bartol, C. y Bartol, A. (2017). *Comportamiento Criminal: Una perspectiva psicológica*. Madrid: Pearson
- Garofalo, R. (2001). *Criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la Represión*. 2da. Reimpresión. México: Ángel.
- Garro Carrera, E. Coord. (2014). *Delincentes peligrosos*. España: Trotta.

- Gormley, J. y Petherick, W. (2015). Risk Assessment. En W. Petherick, *Applied Crime Analysis: A social science approach to understanding crime, criminals and victims* (pp. 172–189) Boston: Anderson Publishing.
- Hernández López, A. (2000). Código Penal de 1871, México: Porrúa.
- McGrath, M. y Torres, A. (2010). Forensic Mental Health Experts. En W. Petherick, B. Turvey y C. Ferguson, *Forensic Criminology* (pp. 477–500). San Diego: Academic Press.
- Norris, G.; Griffith, G. y Norris, H. (2017). Risk assessment in youth justice: A child-centered approach to managing interventions. En W. Petherick y G. Sinnamon (Eds.), *The psychology of criminal and antisocial behavior: victim and offender perspectives* (pp. 211–231). San Diego: Academic Press.
- Palacios Pámanes, G.S. (2017). *Criminología Clínica Contemporánea: Práctica basada en evidencia*. México: Porrúa.
- Pavón Vasconcelos, F. (2005). *Peligrosidad, principio de la culpabilidad e individualización de penas*. México: SCJN.
- Pueyo, A. y Arbach, K. (2014). Peligrosidad y valoración del riesgo de violencia en contextos forenses. En E. García-López, *Psicopatología forense: comportamiento humano y tribunales de justicia* (pp. 505–525). Bogotá: Manual Moderno.
- Redondo, S. (2018). Modelo del Triple Riesgo Delictivo (TRD), o la potenciación recíproca entre las influencias que llevan a la criminalidad. En V. Garrido, *La criminología forense y el informe criminológico*. (Ed. Mexicana) (pp. 57–78). Ciudad de México: Tirant Lo Blanch.
- Romeo Casabona, C.M. (1986). *Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo*. España: Bosch.
- Sinnamon, G. (2017). Psychopathology as a Mediator of Antisocial and Criminal Behavior. En W. Petherick y G. Sinnamon, *The Psychology of Criminal and Antisocial Behavior: Victim and Offender Perspectives*. (pp. 01-50), Boston: Academic Press
- Varela, O. y García-López, E. (2014). Evolución del concepto de peligrosidad en la psicología jurídica y forense. En E. García-López, *Psicopatología forense: comportamiento humano y tribunales de justicia* (pp. 526–552). Bogotá: Manual Moderno.

Normatividad referenciada

Cámara de Diputados. (2014). *Código Nacional de Procedimientos Penales*. México.

Secretaría de Gobernación. (2002). *Código Penal Federal*. México: SEGOB.

Algunos aspectos jurídicos e ideológicos del derecho restitutivo aplicados como interés superior de la niñez

Silvia Pérez Romero
Ana María Chávez Hernández
Jacobo Herrera Rodríguez

Resumen

Este artículo presenta un rastreo de los conceptos legales e ideológicos de los adolescentes infractores, y el tema de la rehabilitación social que se pueden encontrar en condiciones internacionales, así como en el precepto legal mexicano. La idea principal es la revisión desde una perspectiva legal abstracta, que tan pronto como sea posible, busca la adaptación de este adolescente en una sociedad con respuesta mutua. Éste ha sido un amplio seguimiento jurídico para explicar el comportamiento del delincuente adolescente, en el municipio de Guanajuato, Guanajuato, México.

Abstract

This paper consolidates a research update on legal and ideological concepts on behalf of adolescents as offenders, and the issue of social rehabilitation. These can be found in international conditions, as well as in Mexican legal precept. The main idea is the review from an abstract legal perspective, which as soon as possible, seeks the adaptation of this teenager in a society with mutual response. This has been a broad legal tracing to explain the behavior of the teenage offender, in the municipality of Guanajuato, Guanajuato, Mexico.

Artículo recibido el 19 de agosto de 2019 y aceptado para su publicación el 27 de noviembre de 2019.

Pérez, S.; Chávez, A. M., y Herrera, J. | Pp. 37-65

Palabras clave

Derecho Restitutivo, Desviación social, Adolescencia, Reinserción social, Guanajuato.

Keywords

Restitutive Law, Outsider, adolescence, social rehabilitation, Guanajuato.

Introducción

El Derecho se perfila en nuestra época como el imperio de la ley y la razón. Marca, delimita y moldea las conductas de los individuos a través de la sujeción de la ley y estatutos normativos, que una vez sobreentendidos, se perciben como coercitivos y obligatorios sin la necesidad de revisar la palabra escrita. El sujeto en el que recae esta estructura de la norma y el artículo, no es un sujeto pasivo frente a la generalidad de la coerción, sino actúa conforme a ella y paradójicamente la recrea, la hace posible. La creencia posibilita el desarrollo de la construcción de la normatividad imperante, puesto que le sirve como fundamento para operar a nivel de la realidad social. Es aquí, entonces, donde se percibe una *brecha* entre la ley escrita y su ejecución en la realidad a través de la creencia en esa misma ley (Florez, 2016, p. 13). Por tanto, ese “como si” es la generalidad y coercividad del hecho social durkheimiano en la cual descansa la creencia en la ley.

Por otro lado, el acto fundador factual de la ley es la ruptura del orden establecido; es la instauración por medio de la violencia del soberano; que a su vez inicia sus propias diferencias (Schmitt, 2009). Por tal motivo, la ley es sostenida por un aparato coercitivo y burocratizado, que permite, tanto con la ejecución de la violencia como con su amenaza, el dominio de un territorio. Sin embargo, las diversas crisis del Estado-Nación que se experimentan en la actualidad debido al cambio de paradigma de los mercados, las fronteras, los choques culturales producto de la globalización, han marcado una progresiva pérdida de eficacia de la soberanía estatal. Este fenómeno, en relación con los aspectos externos, produce cambios endógenos, sutiles movimientos de nuevas construcciones; dando como resultado un:

[...] Estado [que] se desarticula; descentra sus funciones volviéndolas, al mismo tiempo, más penetrantes y menos jerár-

quicas: se organiza cada vez más en los términos del gobierno y de la “gubernamentalidad” y cada vez menos en los términos estructurales y jerárquicos de la “Estatalidad” (Marramao, 2013, p. 81).

Por tanto, surgen *nuevas* vinculaciones con los actores que aparecen de los procesos de globalización, no desapareciéndolos u orillándolos, sino más bien *ubicándolos* dentro del espectro ideológico-legal, para así poder llevar su control, su administración, y su gubernamentalidad. Las fuentes de validación de estas estrategias están sustentadas en preceptos ideológicos sobre el cuidado del cuerpo y la integridad, la búsqueda y satisfacción de beneficios materiales, tanto como beneficios identitarios (Marramao, 2013, p. 87). De esta manera, la posición de los actores sociales en su búsqueda de protagonismo y dirección de la historicidad, definida como la modificación del sistema social desde los valores, normas y formas de organización (Touraine, 2014, p. 218), es principalmente por la vía del Derecho.

Así, en este orden de ideas, se presentan algunos aspectos del panorama jurídico-ideológico del Derecho Restitutivo aplicado a los niños y adolescentes, que se posicionan ya no como pequeñas personas que pasan desapercibidas, o simplemente al cuidado de los padres o tutores, sino como *sujetos de derechos* acorde a su edad, su género, clase, y estatus. Es principalmente la edad la que, a través del discurso sobre el Interés Superior de la niñez, perfila a los niños y adolescentes como nuevos actores, dentro de los procesos internacionales y nacionales.

El texto inicia con una aproximación al Derecho Restitutivo desde la perspectiva del sociólogo Emile Durkheim, para pasar luego a su reflexión a la luz de conceptos como el de ideología; también a la luz de preceptos de instancias Internacionales y el panorama descriptivo de las leyes constitucionales mexicanas; y finalmente, en el código civil del estado de Guanajuato.

El derecho restitutivo

El sociólogo Emile Durkheim (2001) concibe al Derecho como uno de los *hechos sociales* funcionales más coercitivos en sociedades u “organismos” complejos. El *tipo* de Derecho que opera en estas sociedades es *Restitutivo*, el cual busca la restauración del orden que fue alterado por

algún o algunos individuos, enmarcado en un proceso de múltiples inter dependencias (Durkheim, 2001, p. 74). Éste se encarga de los agravios a través de la creación de órganos especializados, como lo son tribunales administrativos, magistrados, abogados, policías ministeriales, entre otros. El Derecho en esta sociedad burocratizada-funcional, por tanto, cumple con tres características claves, a saber:

[1] El orden legal, esto es, el régimen que adapta las relaciones y coordina las conductas mediante la aplicación sistemática de la fuerza, procedente de una sociedad políticamente organizada; [2] la base en que se asienta la autoridad de los órdenes, que delimitan los conflictos en semejante sociedad, es decir, el conjunto de una técnica autoritaria, conforme a las tradiciones de autoridad, característicos de aquella sociedad, y [3] lo que B. Cardozo llamara el “proceso judicial”, al cual añadiremos el proceso administrativo (Azuara, 1991, p. 262).

La relación objetiva que existe entre este tipo de Derecho y los individuos en general es de una *solidaridad negativa*, es decir, que la reglamentación con la ley propuesta existe no para la represión directa, sino para la *prevención* de la violación de ésta. La competencia de la norma por tanto no radica en la inobservancia de una falta que debe ser reprimida de inmediato (como en el Derecho de la sociedad mecánica), sino que la desobediencia devenida en falta está envuelta en circunstancias determinadas tanto por la ley, como por otras instancias (asociaciones civiles, jueces especializados, opinión pública, etcétera), que en conjunto actúan para que la infracción no vuelva a ocurrir (Durkheim, 2001, p.77).

A hora bien, es pertinente observar la coordinación de estas instancias para lograr la reducción de falta de la ley, y sobre qué marco de referencia están montadas. El acoplamiento de alguna ley relativa a este Derecho Restitutivo sobre algún precepto ideológico, pasa desapercibido si no se vuelve sobre el cómo se va a restituir la falta, como también de qué tamaño es la *distancia* entre la proposición de la misma ley y su intervención positiva en la realidad social. Analicemos entonces, brevemente, la textura ideológica de los principios que sostienen el esquema de este tipo de Derecho.

El factor ideológico del derecho restitutivo

El Estado de Derecho como sometimiento de los individuos al imperio de la ley y la razón sujeta al gobernante y a los gobernados de cualquier sociedad a un universo ético, con base en la idea de justicia y a la elaboración de leyes perfiladas con prudencia y responsabilidad, o inscritas en un devenir democrático (Chiguindo Miranda, 2009). Un régimen de Estado de Derecho democrático en palabras de Guillermo O'Donnell es un régimen que presupone: a) un Estado que delimita dentro de su territorio quiénes son considerados como ciudadanos políticos y b) un sistema legal de ese mismo Estado que asigna ciudadanía política sobre una base incluyente y universalista (O'Donnell citado por Chiguindo, 2009); de esta forma a todo individuo inserto y regulado por el Estado le son garantizados los llamados derechos de expresión, de reunión, asociación, etcétera. Es decisión del Estado que no sólo se ejerza el poder con base en leyes, sino que lo ejerza dentro de los límites derivados del reconocimiento constitutivo de los llamados derechos inviolables del individuo (Bobbio, 2005).

Por lo tanto, por Derecho entendemos el modo de codificación del *poder* legitimado del aparato de Estado, en la figuración final de *un Estado de Derecho*; ya que es a través de este como se reglamenta la buena conducta y la ejecución de su imperio. Por otro lado, es posible definir *La ley Decretada* por esta figuración como discurso ideológico, si se asume que las funciones de dirección social y regulación se aplican mediante las instituciones (extensiones) del mismo Estado (Ruso & Cebada, 2016, p. 14). Por consiguiente “hay que olvidar, de una vez, la piadosa representación del Derecho como un orden normativo con validez propia y revestido además de poder, y abrir los ojos a la verdad inconcusa de que el Derecho es esencialmente poder” (García, 2014, p. 5).

El Estado representa y organiza, en suma, el interés político no sólo de una clase, sino también de un *bloque* o una fracción hegemónica amplia (Poulantzas, 2007, p. 152). De modo que los grupos detentadores del poder político (policías, militares, etcétera), como de la directriz legal-judicial (magistrados, jueces, senadores, diputados, etcétera) operan un tipo de separación relativa de las relaciones entre la representación simbólica de la ejecución de la ley, y la aparición del deto-

nante de dicha ley en la realidad; en otras palabras, las fórmulas emitidas en abstracto pueden llegar a mostrarse indescifrables, inoperantes, o sesgadas por alguna tendencia facciosa, ante el acto que las activa.

No es posible acceder a este desfase o pretensión facciosa en la realidad del acto, sin conocer la forma estatuida del mismo Derecho sobre lo que quiere restituir. Se logra acercar a ésta, apelando a su perspectiva ideológica del mantenimiento del orden social, y de igual manera cómo está pensado aplicarlo. En este sentido, por ideología entendemos una:

[...] forma de ocultamiento en la que los intereses y preferencias propios de un grupo social se disfrazan, al hacerse pasar por intereses y valores universales, y se vuelven así aceptables por todos. En el lenguaje ordinario, se emplea continuamente en este sentido: por ejemplo, al llamar ideológica una concepción moral que pretende imponérsenos, cuando nos parece responder a prejuicios y preferencias limitadas a un grupo o a una época (Villoro citado por García, 2014, p. 13).

Por tanto, jueces, abogados, secretarías, en conjunto todos los individuos dedicados a “hacer valer el Derecho”, se permiten operar con autonomía con respecto a la desviación —en este caso sobre los niños y adolescentes— detrás del lenguaje abstracto de la ley, la burocratización de los procesos, términos ambiguos, entre otras consideraciones. Finalmente el ser social de los ejecutores directos de estas instancias del Estado (policía, tribunales, prisiones, etcétera), como de las demás instituciones sociales (familia, religión, partidos políticos, entre otros), es sostenido por estas mismas relaciones abstractas-asimétricas de autoridad (García, 2014).

En conclusión, la brecha ideológica del Derecho Restitutivo específicamente para el tratamiento de los adolescentes, se analiza desde dos frentes: a) como la identificación de la orientación de los lineamientos del Derecho Restitutivo para tratar la desviación; y b) como aparece en la realidad, en forma de *brecha*, entre lo que propone la restitución de una conducta desviada, y la experimentación de esa misma restitución por parte del individuo desviado. De esta manera se revisa aquí únicamente el primer frente, es decir, el contenido abstracto de las leyes y normatividades que promueven el tratamiento particular de los

menores infractores, tanto como si existen o no manifestaciones fraccionales de clase; sin profundizar si éstas coinciden o no con sus expresiones en la realidad.

A continuación, se analiza brevemente el cuerpo de justicia Restitutivo para adolescentes que existe en instancias de Orden Internacional, pasando por los preceptos constitucionales mexicanos, y finalmente los establecidos dentro del estado de Guanajuato. Esto con la finalidad de dar cuenta, desde una perspectiva durkheimiana, cómo se persigue el tratamiento propio de la desviación.

Revisión del sistema jurídico restitutivo para menores desviados o infractores

En instancias internacionales

A continuación, se analizan los instrumentos que hoy en día son base para la consolidación de criterios jurídicos que permitan entender mejor el fenómeno de la desviación juvenil, y la expectativa para moderar estas conductas.

Convención sobre los derechos del niño, CDN (1989)

Congruente con la necesidad de una atención especial para los adolescentes, La Convención de Los Derechos del Niño promulgada en 1989, propone al menos tres objetivos que las jurisdicciones particulares de los países que la integran, entre ellos México, tienen que cumplir; a saber:

- A. Responder a las diversas necesidades de los menores de edad y al mismo tiempo proteger sus derechos básicos.
- B. Satisfacer las exigencias de orden del Estado, reintegrando a los adolescentes que lo incumplan a un escenario más propicio para su desarrollo.
- C. Aplicar cabalmente y con justicia las reglas específicas de la materia jurídica minoril (Jiménez, 2013, p. 40).

La Convención Sobre Los Derechos Del Niño acepta que el menor es, ante todo, un ser humano en proceso formativo; reconoce que “por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuida-

dos especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento” (Organización de las Naciones Unidas, 1989, p.9). La particularidad de la condición de menor es la base del comienzo no sólo del proceso legal para determinar el estatus delictivo; sino también del espectro ideológico del cual parten las sanciones y las restituciones; principalmente porque *la condición de infante* no debe ser embotada por el supuesto de criminal o delincuente, sino que es preciso mantenerla hasta el final del proceso; incluso luego de ser sentenciado por cualquier infracción. Sobre esta determinación, el primer punto del Artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, estipula que:

Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, y en la que se tengan en cuenta la edad del niño o la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad (Organización de las Naciones Unidas, 1989, p.27).

En cuanto a la reincorporación social de los menores, el documento prevé que todo Estado autónomo debe disponer:

[...] de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, de asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y la formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción (Organización de las Naciones Unidas, 1989 p.28).

El *espíritu*, definido como el “criterio interpretativo de las normas jurídicas, que atiende principalmente a la intención del legislador o finalidad que inspiró su adopción” (Real Academia Española, s/f); de estas leyes, llega hasta las conductas antisociales e irregularidades más pronunciadas, ya que reconoce la íntima vinculación entre *la etapa previa de la infracción*, pasando por la ejecución, *hasta la prevención* y comprensión de esta conducta desviada, para una *posible* indivi-

dualización del tratamiento más pertinente, encaminado a la restauración de la vida en sociedad. De siempre que dichas medidas, en su fundamentación y aplicación, respeten los derechos minoriles.

Por otro lado, la particularidad ideológica de estas estipulaciones, descansa en la aceptación integradora del individuo-menor con las estructuras sociales propias para la formación de la desviación: planes de desarrollo no equitativos, disfunción familiar, falta de educación, migración del campo a la ciudad, discriminación por género, promiscuidad y/o abuso sexual; conflictos armados o revolucionarios, turismo sexual, pornografía infantil, prostitución y trata de niños, entre otros (Organización de las Naciones Unidas, 1989, p. 41). Esta perspectiva clarifica más adecuadamente el marco *relacional* en el que la desviación se hace presente; puesto que, si las normatividades al momento de ser estatuidas tipifican una pena olvidando el contexto (telón de fondo), es decir las consideraciones macro sociológicas, las penas quedan definidas en la abstracción y fuera de contexto. Con respecto a este lineamiento el Artículo 39 de la Convención Sobre Los Derechos Del Niño precisa que los Estados Partes:

[...] adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.(Organización de las Naciones Unidas, 1989, p. 26).

Por lo tanto, el menor que comete una infracción no es un “criminal pequeño” —como el planteamiento que prevaleció durante los siglos XVII y XVIII, el cual consideraba a los niños como adultos en cuerpos frágiles o “adultos pequeños” (Yutzis, 2008, p. 56)— sino un tipo específico de *individuo desviado-marginal* que infringe la ley penal, independientemente del sistema jurídico que cada país tenga (Organización de las Naciones Unidas, 1989, p. 8).

Finalmente, la normatividad internacional busca homologar criterios en cuanto al régimen jurídico que se considera más adecuado para

los menores, sin proponer o imponer para estos últimos un tipo de justicia necesariamente penal. Son los regímenes jurídicos de cada país, independientemente de su naturaleza o del ámbito donde se encuentren, los que consideran ajustarse o no al perfil de jurisprudencia minoril reflejado en las recomendaciones.

Por otro lado, siguiendo la perspectiva de La Convención Sobre Los Derechos del Niño, es posible recurrir a tres distintas instancias internacionales para la observancia del correcto trato del adolescente y el niño, así como la persuasión sobre la ubicación de ámbitos innegables al humano, como lo es su reinserción social:

Declaración universal de los derechos humanos, DUDH (1948)

La Declaración Universal de Los Derechos Humanos retoma el principal instrumento para el Derecho inviolable de la Infancia, el cual es el recibimiento de los cuidados y asistencias especiales proclamado en el Artículo 25; este precepto establece que:

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

La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social (Organización de las Naciones Unidas , 1948, p. 52).

De igual manera, la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño del año 1924, establece en el principio número dos, al promulgar leyes relativas a la protección y desarrollo de la niñez, “la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño” (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2018, p. 2).

Por otro lado, las declaraciones sobre los derechos de los menores se encuentran ya en convenciones que reafirman intereses estrechamente vinculados, como es el caso de las madres y sus hijos.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CETFDCM (1981)

Los derechos de los menores mencionados en La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1981), se relacionan con el primer contexto social que el individuo experimenta, es decir la familia y la educación que se le proporciona. Este componente estructural refleja la atención adecuada de significaciones que terminan por perfilar al niño; si no son consideradas las primeras tutorías del aprendizaje, la reincorporación del individuo desviado en sociedad no se llega a completar. Sobre esto, la convención citada en su Artículo 5 fundamenta que:

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos (Organización de las Naciones Unidas, 1981, p. 3).

De igual manera en su Artículo 16, se continúa afirmando que:

[...] adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial (Organización de las Naciones Unidas, 1981, p. 6).

Finalmente, en estas tres instancias internacionales queda reflejado el compromiso con la integración adecuada de los infantes a su entorno, y en caso de cometerse una irregularidad en estos procesos sociales, el infante queda protegido ante los aparatos legales de los diversos países que lo conforman.

No obstante, si se analizan estas consideraciones internacionales desde otro ángulo, se infiere que las disposiciones de los Derechos

Humanos están montadas sobre un marco de igualdad, esto es, que *La Humanidad* como ser genérico es puesta como un todo; un todo *a priori* deshabilitado de cualquier ordenamiento legal particular. Este vaciamiento de contenido conlleva un espectro ideológico que, en casos donde existe un tratamiento de individuos concretos: sean menores o mayores de edad que practiquen delitos, es necesario precisar. Puesto que el contexto que sostiene su ser social (creencias, valores, clase social, estatus) es desplazado por la abstracción generalizadora del Derecho Humano, y si son borradas las características “propias y adquiridas” socialmente por estos individuos, mediante la “despolitización” de estos mismos Derechos; deviene el siguiente desfase: ¿cómo será posible rastrear las relaciones entre problemas estructurales y las prácticas de estos actores que “los llevan a volverse” delincuentes? La extensión de este argumento conduce:

[...] directamente a la noción del *homo sacer* planteada por Agamben, el ser humano reducido a la «vida desnuda». En una dialéctica propiamente hegeliana de lo universal y lo particular, es precisamente cuando el ser humano queda privado de la identidad socio política particular que explica su ciudadanía determinada cuando —en un solo movimiento— cesa de ser reconocido o tratado como humano. Paradójicamente, quedo privado de los derechos humanos en el momento preciso en el que quedo reducido a un ser humano «en general» y me convierto en el portador ideal de esos «derechos humanos universales» que me pertenecen independientemente de la profesión, el sexo, la nacionalidad, la religión, la identidad étnica, etcétera (Zizek, 2005, p. 195).

Como siguiente punto se revisa el contenido del Derecho Restitutivo, existente en las Leyes y Normas que México y principalmente el Estado de Guanajuato tiene para la tipificación, tratamiento integral y sanción del adolescente desviado.

En la jurisprudencia mexicana

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, CPEUM (1917)

Cada jurisdicción nacional procura promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables especialmente a los menores desviados-delinquentes (basadas o no en consideraciones internacionales); así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones administrativas de justicia minoril. En el caso de México, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su Artículo 18 que:

La Federación y las entidades federativas establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia para los adolescentes, que será aplicable a quienes se atribuya la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad. Este sistema garantizará los derechos humanos que reconoce la Constitución para toda persona, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos a los adolescentes. Las personas menores de doce años a quienes se atribuya que han cometido o participado en un hecho que la ley señale como delito, sólo podrán ser sujetos de asistencia social. Reformado el 29-01-2016.

En el artículo 5 de la Carta Magna queda estipulado que:

Todas las decisiones y actuaciones del Estado se velarán y cumplirán con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez. Reformado el 12-10-2011.

Queda referida la asistencia particular que los adolescentes y menores de edad requieren para salvaguardar su dignidad y su condición. Estos principios satisfacen *de forma* la necesidad del acompañamiento en caso de ser cometida una falta. La restitución y reintegración de los adolescentes es expuesta para su desdoblamiento en otras instancias gubernamentales a partir de estas directrices constitucionales. La

generación de justicia y legislación, como de políticas públicas, *deben* por tanto subvencionar *el interés superior de la niñez*.

Por Interés Superior de la Niñez se entiende: el conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible (Red Por los Derechos de la Infancia en México, 2003). Este interés representa el principio rector –en abstracto– de la garantía que tienen los menores a no ser olvidados o apartados, a su debilidad institucional-social y la participación en el devenir de los movimientos del país; puesto que se presenta *una perspectiva de niñez* para la toma de decisiones, como de cualquier juego político. Así, por ser ellos *la expectativa* de un país, deben de ser apartados, cuidados y *reincorporados* a los diversos proyectos y políticas públicas, no como minoría, sino como prioridad para mantener una sociedad sana. Para Miguel Cillero (citado por la Red Por los Derechos de la Infancia en México, 2003) el principio superior de la niñez tiene funciones precisas que se llevan a cabo transicionalmente, a saber:

- A. Ayudar a que las interpretaciones jurídicas reconozcan el carácter integral de los derechos del niño y de la niña.
- B. Obligar a que las políticas públicas den prioridad a los derechos de la niñez.
- C. Permitir que los derechos de la niñez prevalezcan sobre otros intereses, sobre todo si entran en conflicto con aquéllos.
- D. Orientar a que tanto los padres como el Estado en general, en sus funciones que les son relativas, tengan como objeto “la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo” (s/p.).

La posición de atenderse como una “necesidad básica” impone una obligación Jurídica a los Estados y sus legislaciones, para que sea esta perspectiva la que ponga freno al uso discrecional de medidas coercitivas, punitivas o de aislamiento contra menores. Esta importancia constantemente recalcada, vuelve a colocar como base los posibles conflictos especulativos entre la presentación del interés superior de un

niño, desde un punto de vista más individual, hasta los de un grupo de niños en colectividad. Así logra salvarse esta *paralaje de aplicación de interés*, definida en este caso como la recuperación de la legislación, de las distintas observaciones de todas las partes, puesto que existen diferentes casos y prioridades particulares, devenidas de variaciones de clase, genero, estatus, ubicación geográfica, entre otras.

En otro orden de ideas, la materia legal conforme a Derechos Humanos de niñas, niños y adolescentes manifiestas como reformas constitucionales en 2011, facultó en 2014 al Congreso de la Unión para realizar reformas directas, y la creación de dos leyes para el tratamiento más preciso en temas de niñez y adolescencia; estas leyes son la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y la Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil. A continuación, se muestra brevemente el contenido de estas leyes relacionado con el tema principal del Derecho Restitutivo y el específico en la cuestión del adolescente desviado.

Ley general de los derechos de niñas, niños y adolescentes, LGDNNA (2011)

La Ley General de Los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes tiene como principal objetivo promover los principios jurídicos que consideren las siguientes partes: 1) la participación y consideración de los aspectos culturales, éticos, afectivos, educativos y de salud de niñas, niños y adolescentes, hasta la madurez, 2) Fundar los mecanismos de seguimiento para la implementación de políticas públicas, programas gubernamentales restituidos y la legislación conforme a tratados internacionales.

En materia restitutiva, se articulan las distintas dependencias gubernamentales para la promoción de la reintegración a la vida común de adolescentes que han sufrido tanto la violación a sus derechos humanos, como los que han llegado a cometer delitos, puesto que la ampliación de la norma, de acuerdo al Interés Superior de la Niñez, cubre todos los modelos de vulnerabilidad. En este sentido el Artículo 48 de la LGDNNA precisa que:

Las autoridades federales, de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de Mé-

xico, en el ámbito de sus respectivas competencias, están obligadas a adoptar las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la restitución de derechos de niñas, niños y adolescentes para lograr el pleno ejercicio de sus derechos y garantizar su reincorporación a la vida cotidiana. La recuperación y restitución de derechos [...] se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud física y psicológica, el respeto y la dignidad de niñas, niños y adolescentes.

La atención de la condición adolescente no queda sólo en la procuraduría de sus derechos, como aspecto meramente jurídico-abstracto, sino también en el descenso a prácticas específicas de instituciones que llevan este acompañamiento y reflejan el panorama *estructural*. De igual manera se ven implementadas, mediante la canalización de estas instituciones, una restitución y efectiva protección, de acuerdo al Artículo 122:

[...] al establecer contacto y trabajar conjuntamente con las autoridades administrativas de asistencia social, de servicios de salud, de educación, de protección social, de cultura, deporte y con todas aquellas con las que sea necesario para garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Ley general de prestación de servicios para la atención, cuidado y desarrollo integral infantil, LGPSACDII (2014)

Por otro lado, en lo relativo a las infracciones o delitos que los menores puedan cometer, tanto si éstos son víctimas de alguna violación de sus derechos, queda establecido en la Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil, la creación de Centros de Atención para este tipo de situaciones. Los Centros están orientados de acuerdo a un programa propuesto por Protección Civil, que procura un tratamiento en la modalidad de asistencia para ellos; el cuidado y desarrollo integral de esta cadena de Centros de Intención a lo largo del país, está avalado para cumplir los siguientes objetivos:

- I. Garantizar el reconocimiento de la dignidad de niñas y niños, a partir de la creación de las condiciones necesarias de respeto, protección y ejercicio pleno de sus derechos.

- II. Promover el acceso de niñas y niños con discapacidad, que se encuentren en situación de calle, que habiten en el medio rural, migrantes o jornaleros agrícolas, comunidades indígenas y en general población que habite en zonas marginadas o de extrema pobreza, a los servicios que señala esta Ley, sin importar sus condiciones físicas, intelectuales o sensoriales, acorde con los modelos de atención.
- III. Definir criterios estandarizados de calidad y seguridad.
- IV. Contribuir al mejoramiento progresivo y al fortalecimiento de los servicios para la atención, cuidado y desarrollo integral infantil.
- V. Promover pautas de convivencia familiar y comunitaria fundadas en el respeto, protección y ejercicio de los derechos de niñas y niños.
- VI. Fomentar la equidad de género.
- VII. Garantizar criterios cuantitativos y cualitativos de los servicios, de conformidad con las prioridades que defina el Consejo, y de los requerimientos y características de los modelos de atención.
- VIII. Implementar mecanismos de participación de padres de familia y de quienes ejercen la tutela de niñas y niños, para el diseño, implementación, monitoreo y evaluación de los servicios que presten los Centros de Atención.

Ley nacional del sistema integral de justicia penal para adolescentes, LNSIJPA (2016)

Siguiendo con este argumento, la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (2016), refrenda la responsabilidad que se tendrá a lo largo del proceso legal para el cumplimiento de una sanción, como son: medidas de una auténtica presunción de inocencia, privación de la libertad cumpliendo el menor tiempo posible, y protocolos para la restitución de la vida en sociedad del adolescente.

El Interés Superior de la Niñez cruza diametralmente cada artículo de esta Ley favoreciendo los derechos de los adolescentes infractores, como también los que son víctimas de algún delito. La racionalidad de esta serie de normatividades radica en un proceso integral, que

fomenta todos los ámbitos posibles de desarrollo individual. En el caso específico de reinserción a la comunidad, la LNSIJPA en su Artículo 28 reivindica la exigencia de medidas jurisdiccionales preventivas al manifestar que:

La reintegración social y familiar es un proceso integral que se debe desarrollar durante la ejecución de la medida de sanción, cuyo objeto es garantizar el ejercicio de los derechos de la persona adolescente encontrada responsable de la comisión de un delito.

La reintegración se llevará a tres diversos programas socio-educativos de intervención destinados a incidir en los factores internos y externos, en los ámbitos familiar, escolar, laboral y comunitario de la persona adolescente para que genere capacidades y competencias que le permitan reducir la posibilidad de reincidencia y adquirir una función constructiva en la sociedad.

Por tanto, las acciones restitutivas y de integración reconocen la perspectiva más amplia, en la cual un adolescente se desenvuelve y llega a adquirir prácticas desviadas frecuentemente delictivas. El tratamiento estructural de estas disposiciones transversales refleja un reconocimiento —aun sea de manera abstracta— de las vicisitudes que los adolescentes encuentran en contextos marginados, excluidos; tanto como la serie de prejuicios que llegan a experimentar por parte de otros grupos sociales. El reconocimiento también del tratamiento con los primeros grupos como son la familia y la escuela es básico para “combatir y prevenir” el desvío, como las prácticas delictivas; ya los ejemplos representativos en la identificación del individuo se dan principalmente en las figuras de autoridad y prestigio, tanto de la familia, como de los grupos (bandas, pandillas, etcétera) (Bandura & Walters, 1974; Becker, 2009).

Ahora bien, sobre el valor de la educación como eje rector para la transmisión de valores, los Artículos 29 y 30 de la LNSIJPA lo vincula con la reinserción social afirmando *la reinserción social y el carácter socioeducativo de las medidas de sanción*; teniendo para el primero la “restitución del pleno ejercicio de los derechos y libertades tras el cumplimiento de las medidas ejecutadas con respeto a los derechos hu-

manos de la *persona* adolescente.”¹ Y para el segundo, el carácter socioeducativo desde donde se proveerá:

[...] la formación de la persona adolescente, el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, el fomento de vínculos socialmente positivos y el pleno desarrollo de su personalidad y de sus capacidades.

En la ejecución de las medidas se deberá procurar que la persona adolescente se inserte en su familia y en la sociedad, mediante el pleno desarrollo de sus capacidades y su sentido de la responsabilidad.

Finalmente se considera pertinente reproducir en su extensión las Tesis 2006011 y 2008546 que la Suprema Corte de Justicia de la Nación emite sobre la supervisión de las instituciones encargadas de velar la constante actualización del Interés Superior de la Niñez. Estas explicitaciones a manera de petición se colocan como una dirección inviolable, puesto que esta institución corresponde al máximo poder judicial del país y siendo así, la administración de justicia para los niños y adolescentes descansa en un fundamento, al cual no se le puede emitir una contradicción que suspenda esta probidad. A saber:

*Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,
Tesis Número: 2006011*

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. FUNCIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL. En el ámbito jurisdiccional, el interés superior del niño es un principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse a un niño en un caso concreto o que pueda afectar los intereses de algún menor. Este principio ordena la realización de una interpretación sistemática que, para darle sentido a la norma en cuestión, tome en cuenta los deberes de protección de los menores y los derechos especiales de éstos previstos en la Constitución, tratados internacionales y leyes de protección de la niñez. Cuando se trata de medidas legislativas o administrativas que afecten derechos de los menores, el interés superior del niño demanda de los órganos jurisdiccionales la realización de un escrutinio mucho más estricto en relación

¹ Las itálicas son nuestras.

con la necesidad y proporcionalidad de la medida en cuestión. (Tesis 1a/J. 18/2014 (10a).

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

Tesis Número: 2008546

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO ELEMENTO DE INTERPRETACIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL. El interés superior del menor tiene un contenido de naturaleza real y relacional, que demanda una verificación y especial atención de los elementos concretos y específicos que identifican a los menores, por lo que el escrutinio que debe realizarse en controversias que afecten dicho interés, de forma directa o indirecta, es más estricto que el de otros casos de protección a derechos fundamentales. Particularmente, en el ámbito jurisdiccional el interés superior del menor es tanto un principio orientador como una clave heurística de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que deba aplicarse a un niño en un caso concreto o que pueda afectar sus intereses. Así, el interés superior del menor ordena la realización de una interpretación sistemática que considere los deberes de protección de los menores y los derechos especiales de éstos previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los tratados internacionales y en las leyes de protección de la niñez; de este modo, el principio del interés superior del menor se consagra como criterio orientador fundamental de la actuación judicial; de ahí que conlleva ineludiblemente a que el juzgador tome en cuenta, al emitir sus resoluciones, algunos aspectos que le permitan determinar con precisión el ámbito de protección requerida, tales como la opinión del menor, sus necesidades físicas, afectivas y educativas; el efecto sobre él de un cambio; su edad, sexo y personalidad; los males que ha padecido o en que puede incurrir, y la posibilidad de que cada uno de sus padres responda a sus posibilidades. En suma, el principio del interés superior del menor debe informar todos los ámbitos de la actividad estatal que estén relacionados directa o indirectamente con los menores, lo que necesariamente implica que la protección de los derechos del niño se realice a través de medidas reforzadas o agravadas, ya que los intereses de los niños deben protegerse siempre con una mayor intensidad. (Tesis 1a. LXXXIII/2015, 10a)

En la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Guanajuato, LJAEG (2006)

Para el caso del Estado de Guanajuato respecto al tratamiento del menor, existe la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Guanajuato, en la que de acuerdo a su Artículo Número 2, son sujetas a esta ley:

[...] las personas que al cometer un hecho señalado como delito por las leyes del Estado o en otras leyes que deban aplicar los tribunales del Estado, tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad. [Y] Quienes al realizar un hecho señalado como delito en las leyes del Estado o en otras leyes que deban aplicar los tribunales del Estado, sean menores de doce años, sólo serán sujetos a asistencia social conforme a las disposiciones legales aplicables y tendrán la protección que en su favor establecen las disposiciones jurídicas específicas.

Por consiguiente, corresponde a las autoridades: Procuraduría General de Justicia del Estado (PGJE), por conducto del Ministerio Público Especializado (MPE), la íntegra competencia para su aplicación. En lo concerniente a la investigación de los hechos señalados como delitos en las leyes del estado, así también en la investigación de los hechos atribuidos al adolescente, el Ministerio Público Especializado se auxiliará de una Policía Minoril Especializada (PME).

El Poder Judicial del Estado (PJE) a través de sus tribunales particulares para adolescentes, juzga la determinación de las medidas aplicables a los menores, y las funciones que le corresponden en el control de la ejecución de medidas cautelares. Por otro lado, la Secretaría de Seguridad Pública del Estado de Guanajuato (SSPEG), por conducto de la Dirección General de Reintegración Social para Adolescentes (DGRSA), se encarga mediante aplicación de:

[...] una estrategia que estriba en implementar programas integrales, con enfoque multidisciplinario y esquemas de seguimiento y valuación permanentes de las acciones orientadas[;] *a lograr una verdadera reintegración social de los y las adolescentes.*² Mismo que fortalece una serie de principios tales como el interés superior del adolescente, su protección integral, la certeza jurídi-

² Las cursivas son nuestras.

ca, mínima intervención, especialización, celeridad procesal, sensibilidad, equidad, oralidad, reintegración social y familiar (Secretaría de Seguridad Pública, 2019b).

La estrategia con “enfoque multidisciplinario” deriva en tres *Programas y Actividades de Readaptación Social*, que son: trabajo, educación y capacitación para el trabajo. Cada una de éstas trata la reintegración social de acuerdo a sus directrices, a saber:

Trabajo: Consiste en el desarrollo de actividades en talleres, tales como artesanías en madera, carpintería, tejido plástico, manualidades variadas, talabartería, herrería, asesoría educativa y servicios en beneficio de la comunidad. Por otra parte se cuenta también, en algunos centros, con convenios de maquila con industrias privadas, tales como la industria balonera en el cereso de Pénjamo y Valle de Santiago o la de calzado en León, etcétera.

Educación: Se basa en los programas formales de instituciones educativas que brindan servicio al interior de los ceresos, tales como el INEA, VIBA, UNIDEG, etcétera. Gracias a ello en la actualidad se tiene implementado en todos los ceresos del estado los niveles educativos desde alfabetización hasta el nivel medio superior y en cinco de ellos se cuenta con el nivel superior de estudios.

Capacitación para el trabajo: Se capacita según las características de la población penitenciaria y de la propia zona geográfica donde esté enclavado el cereso, así como de la oferta laboral que se origine según la época del año. Actualmente la mayoría de la capacitación en los ceresos gira en torno a la computación básica, tallado de madera, carpintería, electrónica, manualidades, grabado en diferentes materiales, etcétera. (Secretaría de Seguridad Pública, 2019a).

A continuación, se muestran los componentes del Poder Judicial del Estado en materia de Atención a adolescentes:

Defensores públicos y derechos de los adolescentes

Los defensores públicos especializados tendrán adicionalmente a las facultades y obligaciones previstas en la Ley de la Defensoría Pública Penal del Estado de Guanajuato para los defensores públicos y, en lo conducente, el Código Nacional y demás ordenamientos legales aplicables, las siguientes:

- I. Mantener comunicación con el adolescente, sus padres, tutores, quienes ejerzan la patria potestad o la custodia, para informarles del estado procesal que guarda la investigación, el proceso o la ejecución de la medida.
- II. Vigilar, en los asuntos de su conocimiento, el respeto a la integridad y dignidad del adolescente, así como el estricto cumplimiento de sus derechos.
- III. Promover formas alternativas de solución de conflictos establecidas en esta ley.
- IV. Realizar todos los trámites o gestiones necesarias para la adecuada defensa legal, conforme a derecho, atendiendo al interés superior del adolescente.
- V. Gestionar que el adolescente internado mantenga contacto directo y permanente con su familia.
- VI. Solicitar la inmediata libertad del adolescente, cuando sea procedente.
- VII. Verificar que, inmediatamente a la detención del adolescente, se le hayan hecho saber por parte de la autoridad la imputación que existe en su contra y los derechos que tiene a su favor.
- VIII. Asesorar al adolescente previo a sus intervenciones y hacerle saber sus derechos.
- IX. Ofrecer y desahogar las pruebas para una adecuada defensa legal.
- X. Intervenir en todas las audiencias de derecho durante el proceso.
- XI. Consultar las actuaciones de la investigación y del proceso para la defensa legal del adolescente y explicarle su contenido y alcances.
- XII. Verificar que se deje constancia del día, hora y lugar de la detención del adolescente.
- XIII. Solicitar que se le asigne traductor o intérprete cuando el adolescente no hable o entienda el idioma castellano. En caso de ser sordo o mudo se le interrogará por medio de intérprete; si sabe leer y escribir se le podrá interrogar por escrito.
- XIV. Vigilar que el adolescente no sea sometido a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y en su caso realizar las acciones necesarias para evitarlos.

- XV. Cuidar que el adolescente no sea privado de su libertad de manera ilegal.
- XVI. Interponer medios de impugnación, incidentes y demás actos conducentes.
- XVII. Realizar visitas periódicas al adolescente en el centro de internación en donde se encuentre a fin de mantenerlo informado de su situación jurídica y explicarle la misma.

Juez para adolescentes

En lo respectivo a los jueces para los adolescentes, el Artículo número 15 estipula que:

Corresponde exclusivamente al Juez para Adolescentes, en primera instancia: Declarar si el adolescente fue o no autor o partícipe del hecho atribuido, señalado como delito.

Juez de impugnación

Al Juez de Impugnación, con esa denominación o cualquier otra, le corresponde, según el Artículo número 16:

[...] conocer y resolver de los medios de impugnación interpuestos en el proceso instaurado al adolescente, que realiza los demás actos que le son previstos en esta ley, así como aquéllos que conforme al Código Nacional, la Ley Orgánica u otras leyes correspondan a los juzgadores de segundo grado.

Juez de ejecución

El Artículo 17 establece que el Juez de Ejecución es:

[...] el encargado de conocer y resolver lo relativo a la ejecución de las medidas previstas en las fracciones III a VII del artículo 101 de esta Ley, para lo cual tendrá las siguientes facultades: I. Resolver lo relativo a la suspensión, cumplimiento y variación de las condiciones de ejecución de las medidas impuestas por el Juez para Adolescentes.

Centros de internación

De acuerdo a lo establecido más arriba, los Centros de Internación deben, aplicando sus tres ejes principales de reinserción social, en función del Artículo 22, llevar acabo:

[...] las acciones necesarias a fin de lograr mediante el internamiento, la reinserción y reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. También serán responsables de la custodia de los adolescentes sujetos a internamiento preventivo.

En otro orden de ideas, queda prohibido detener a cualquier adolescente sin orden librada por autoridad judicial competente, excepto cuando se trate de flagrancia o bien de casos urgentes de hechos señalados como delito enlistados en el Artículo número 26 A de esta Ley. De encontrarse así deberá ser puesto a disposición de la autoridad competente dentro del plazo a que se refiere el Artículo número 69 de esta Ley.

Sólo el Ministerio Público Especializado con sujeción a dicho precepto, acordará de inmediato si el adolescente quedará en calidad de detenido, sin perjuicio de las facultades que en su momento correspondan al juez para adolescentes. El adolescente detenido en contravención a lo previsto en esta ley será puesto inmediatamente en libertad, haciendo penalmente responsable al Ministerio Público.

También se ordenará su inmediata libertad cuando el Ministerio Público Especializado no pretenda solicitar internamiento preventivo a pesar de tratarse de un hecho señalado como delito contemplado en el artículo 41 de esta ley; y en los casos en que el adolescente sea menor de catorce años. Lo anterior, sin perjuicio de que el Ministerio Público aplique las medidas de protección que considere indispensables.

Conclusión

En un sistema garantista, con arreglo a la horizontalidad que el Interés Superior de la Niñez ofrece, los adolescentes son beneficiados con ciertos criterios jurídicos de interpretación de la Ley; de no ser así, el camino sería opuesto, suponiendo que sólo el ámbito represivo y judicial llegue a garantizar el espíritu de las directrices internacionales y que,

siendo así, estas reglas mundiales fundamenten dicho régimen represivo minoril. Como se revisó a lo largo del texto, es exactamente lo contrario: los sistemas jurídicos de menores de edad que infringen la ley penal deben ser más preventivos, menos represivos y en lo posible, deben evitar la judicialización y favorecer la conciliación. Asimismo, los límites de edades establecidos por la Convención y por las Reglas son también un lineamiento universal que busca armonizar criterios.

Actualmente, los adolescentes son vulnerables a los cambios en los procesos de estructuración social, a los modelos económicos; no se consideran lo suficiente maduros para tomar decisiones, o todavía no asumen la responsabilidad de sus actos, en ese hecho de rebeldía o represión actúan contra el Estado o contra las instituciones que generan un tipo de anomia subversiva. Se manifiestan, en ocasiones, con todo lo contrario que refiere al sistema educativo, judicial, ya sea con daños, hechos señalados como delitos; o faltas administrativas.

Ahora bien, el adolescente es vulnerable a delinquir o para cometer alguna infracción, además, existen diversos aspectos que generan circunstancias para actuar de cierta forma, al parecer todo comienza como una forma de rebelarse sin existir un dolo o intención de hacer daño, lo grave es cuando imita o aprende de modelos negativos que se encuentran en la familia o en la propia sociedad con quien interactúan.

Entonces desde una perspectiva de reinserción, los Centros de Internación para adolescentes enjambran en la sociedad delincuentes peligrosos, con perfeccionamiento en su conducta delictiva, por lo que se tiene que fortalecer medidas de control y estrategias para la readaptación definitiva de esos adolescentes que, cumpliendo los cinco años, no existe una garantía de dejar en libertad a adolescentes corregidos, al parecer esos adolescentes comparten información y experiencias con otros, por lo que modifican la forma de su propio proyecto de vida de cada adolescente, incluso lo más grave, que dentro de los Centros de Internación tienen contactos con el crimen organizado.

Otro aspecto más grave aun es que al cumplir una resolución de internamiento decretada por autoridad competente, regresan al entorno familiar y social, con algunos conocidos que delinquen, relaciones familiares violentas, crianza parental inadecuada, modelajes negativos,

alto índice de criminalidad, drogadicción y consumo de alcohol, como resultado un entorno social es negativo e incierto.

Es claro que la prevención es uno de los ejes estratégicos de las políticas del Estado en materia de adolescentes, lograr impulsar acciones para consolidar una amplia política de prevención y participación ciudadana.

Por otro lado, actualmente existe un exceso de normas o protocolos, aunado al problema de la aplicación efectiva de la ley; al parecer, en nuestro País hay un exceso de normatividad, con lo cual puede asumirse que las instituciones no vigilan el correcto cumplimiento, esto podría generar que los adolescentes sean proclives para infringir los ordenamientos sociales o convencionales, debido a que no pueden limitar sus deseos, aunado al entorno social de violencia, narcoviolen- cia, incertidumbre y modelajes negativos, lo que impide que el adoles- cente infractor se desarrolle plenamente; en resumen, en los Centros de internación no se priva la libertad de pensamiento, sólo es el castigo corporal, sin embargo, no han disminuido las cifras de la criminalidad.

Finalmente cabe señalar que todas las legislaciones coinciden en el aspecto del interés superior del menor, pero sobre todo el adolescen- te por esa misma condición no puede desprenderse del entorno social, pero al parecer no sólo se debe atender el ámbito jurídico, sino el fami- liar, ya que la violencia familiar es evidente, y por un lado se focaliza al adolescente infractor, dejando a un lado su condición de víctima de la propia ruptura entre las instituciones y el entorno social, que en ciertos casos también ellos se asumen como desviados e infractores buscando un “privilegio de ser adolescentes” ya que por su condición de la edad pueden evadir la justicia, siendo beneficiados por la impunidad.

Bibliografía

- Azuara Pérez, L. (1991). *Sociología* (Decimoprimer). México D.F.: Editorial Porrúa.
- Bandura, A., & Walters, R. H. (1974). *Aprendizaje social y desarrollo de la per- sonalidad*. México D.F.: Alianza Editorial.

- Becker, H. S. (2009). *Outsiders: Hacia una sociología de la desviación*. México: Siglo Veintiuno Editores.
- Bobbio, N. (2005). *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2018). *El interés superior de niñas, niños y adolescentes, una consideración primordial* [Descriptivo]. México: Coordinación del Programa sobre Asuntos de la Niñez y la Familia.
- Congreso Constituyente. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917).
- Congreso de La Unión. Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y adolescentes y Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil (2011).
- Congreso de La Unión. Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (2016).
- Chiguindo Miranda, C. (2009). *Los retos de la reforma policial y la capacitación* (Maestría en derechos humanos y democracia). Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, México, México.
- Durkheim, É. (2001). *La división del trabajo social*. México: Editorial Akal.
- Florez Muñoz, D. (2016). ¿Por qué un abogado debe leer a Zizek? Derecho, Ideología y Psicoanálisis. En *International Journal of Zizek Studies*, 5(4).
- García, G. L. (2014). *Ideología, delito y pena*. México: Miguel Ángel Porrúa Librero-editor.
- Jímenez, A. M. (2013). *Compilación de la Normativa internacional y nacional en materia de Derechos de los Niños, las Niñas y Adolescentes*. Bogotá, Colombia: Defensoría del Pueblo, Organización Internacional para las Migraciones (OIM).
- Marramao, G. (2013). *Contra el poder*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948).
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer* (1981).
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Convención sobre los Derechos del Niño* (1989).
- Poulantzas, N. (2007). *Poder político y clases sociales en el estado capitalista* (trigésima en español). México: Alianza Editorial.
- Quincuagésimo Novena Legislatura Constitucional del Estado de Guanajuato. *Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Guanajuato* (2006).

- Real Academia Española (s/f). Espíritu de la ley. En *Diccionario del español jurídico*. Disponible en <https://dej.rae.es/lema/esp%C3%ADritu-de-la-ley>
- Red por los Derechos de la Infancia en México (2003). El principio del Interés Superior de la Niñez [Informático]. Recuperado de Derechos Infancia México website: http://www.derechosinfancia.org.mx/Derechos/conv_3.htm
- Ruso, J., & Cebada, C. (2016). Confianza, seguridad y vulnerabilidad ciudadana (Guanajuato, México). En 1. *Violencia, seguridad y Estado de Derecho*. México: Consejo Mexicano de las Ciencias Sociales Centro Universitario de Ciencias sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara.
- Schmitt, C. (2009). El concepto de lo político. Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios (R. Agapito, ed.). México: Alianza Editorial.
- Secretaría de Seguridad Pública (2019a). Programas y Actividades de Readaptación Social [Informativo]. Recuperado de Programas y Actividades de Readaptación Social website: <http://seguridad.guanajuato.gob.mx/penitenciario/programas-y-actividades-de-readaptacion-social/>
- Secretaría de Seguridad Pública (2019b). Reintegración Social para Adolescentes [Informativo].
- Tesis: 1a./J. 18/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, arzo de 2014, p. 406.
- Tesis 1a. LXXXIII/2015, Gaceta del Semanario Judicial de la federación, Decima Época, t II, febrero de 2003, p. 1397.
- Touraine, A. (2014). *Crítica de la modernidad*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Yutzis, D. (2008). *La administración del cuerpo infantil en el siglo XVIII: Una lectura sobre el inicio de la ortopedia infantil* (Tesis presentada para la obtención del grado de Magíster en Educación Corporal). Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Argentina.
- Zizek, S. (2005). *La suspensión política de la ética* (primera edición). Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica.

La restricción constitucional absoluta en el caso de la prohibición de reinstalar en su cargo a los miembros de las institucionales policiales en México

Luis Bradis Saldaña Alonso
Xochithl Guadalupe Rangel Romero

Resumen

Con la reforma del año 2011 en materia de derechos humanos, se generó un nuevo modelo de regularidad constitucional. Por lo cual, las restricciones constitucionales y la visualización de la prevalencia del contenido constitucional deben analizarse de forma más amplia y pertinente en conjunción con el principio pro-persona y las cláusulas de interpretación conforme para proveer un mejor derecho. Este trabajo tiene como encomienda principal, analizar si las cláusulas de restricción constitucional anulan o no el principio de pro-persona, las cláusulas de interpretación conforme, y el adecuado ejercicio del control difuso de convencionalidad. Lo anterior, se realizará con un estudio descriptivo de la norma y con contenido específico jurisprudencial que ha estable-

Abstract

With the reform of 2011 in the field of human rights, a new model of constitutional regularity was generated. Constitutional restrictions and the visualization of the prevalence of constitutional content should be analyzed in a broader and more relevant manner, in conjunction with the pro-person principle and the conforming interpretation clauses. The main task of this work is to analyze whether the clauses of constitutional restrictions annul or not the pro-person principle, the clauses of conforming interpretation, and the adequate exercise of diffuse control of conventionality. The foregoing will be carried out with a descriptive study of the norm and with specific jurisprudential content

Artículo recibido el 10 de junio de 2019 y aceptado para su publicación el 21 de febrero de 2020.

Rangel, X. G., y Saldaña, L. B. | Pp. 67-95

cido la Suprema Corte de Justicia de la Nación para el caso específico de la prohibición de reinstalar en su cargo a los miembros de las instituciones policiales.

Palabras clave

Derechos humanos, restricción constitucional, interpretación conforme, pro-persona, control difuso de convencionalidad.

that has been established by the Supreme Court of Justice of the Nation.

Key words

Human rights, constitutional restrictions, conforming interpretation, pro-person, diffuse control.

Introducción

Con la llegada el 10 de junio de 2011 de la reforma en materia de derecho humanos, se generó un nuevo modelo de regularidad constitucional, a través del reconocimiento de diversas pautas interpretativas y el establecimiento de un catálogo de derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados de los que México es parte, con el objeto de favorecer a las personas en todo momento.

Los derechos humanos, con independencia de su fuente, constituyen el parámetro de control de regularidad conforme al cual debe analizarse la validez de todas las normas y actos de autoridad que forman parte del ordenamiento jurídico mexicano. Sin embargo, dicho criterio se matizó bajo el principio de la no contradicción con la Constitución, al resolverse que cuando en la Constitución exista una restricción expresa al goce y ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional. Con esto, las restricciones constitucionales se constituyen en reglas absolutas y generales que hacen prevalecer siempre al texto constitucional, sin posibilidad de emprender un ejercicio de armonización o de ponderación entre derechos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (más adelante, SCJN) se ha decantado en lo relativo a las restricciones en el goce de los derechos humanos previstas en la Constitución. Sin embargo, la posición que ha asumido la SCJN no contribuye a una correcta impartición de justicia por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales en materia

de protección de derechos humanos, sino que la incorporación de una cláusula de no contradicción con la Carta Magna, abre la puerta a posibles violaciones a derechos humanos e, incluso, a una potencial condena contra el Estado mexicano en sede internacional al no acatar las normas convencionales. Ello porque se excluye de forma absoluta y general la posibilidad de someter a escrutinio judicial las restricciones al ejercicio de los derechos humanos contenidas en la Constitución, como es el caso de la prohibición de reinstalar en su cargo a los miembros de las corporaciones policiacas, a pesar de tratarse de una remoción, cese o baja injustificada, cuyo supuesto encuentra protección en el Protocolo de San Salvador.

Reforma constitucional de junio de 2011 en materia de derechos humanos

Reforma constitucional: sus alcances

El 10 de junio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1, 3, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 apartado B, y 105, fracción II). La reforma al primer párrafo del artículo 1, eleva a rango constitucional las normas de derechos humanos de fuente internacional, de manera que éstas servirán al igual que las normas constitucionales, como parámetro de la regularidad de los actos, omisiones y el resto de las normas del ordenamiento; de donde surge que los jueces nacionales, en los asuntos de su competencia, deben realizar el estudio y análisis *ex officio* sobre la convencionalidad de las normas de derechos humanos.

En el párrafo segundo, se incorpora el sistema de interpretación conforme, al tiempo que se realza el reconocimiento de la progresividad de los derechos humanos mediante la expresión clara del principio *pro persona* como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, privilegiando aquéllas que brinden mayor protección a la persona.

Criterios interpretativos de las normas de derechos humanos previstos en la reforma constitucional en materia de derechos humanos

Regularmente los derechos se establecen en las constituciones sin precisar cuál es su significado concreto, por lo que es necesario desarrollar un ejercicio interpretativo de los mismos para su debida aplicación a un caso en particular. Este ejercicio, que alcanza las normas nacionales e internacionales de derechos humanos, está sujeto a reglas específicas. En esta labor “los órganos jurisdiccionales asumen un rol trascendental, en la medida en que la interpretación jurídica que debe prevalecer es la que desarrollen éstos” (García y Morales, 2011, p. 90), de acuerdo con diversos métodos o pautas. En la doctrina se habla de cuatro teorías de interpretación de derechos humanos: positivista, del orden de los valores, institucional y jusnaturalista crítica (Peña, 2017, pp. 301-316). No obstante, estas teorías no serán desarrolladas en este lugar, ya que su explicación excede con mucho los propósitos de la presente investigación.

En cuanto a este tema, los primeros tres párrafos del artículo 1 de la Constitución³ son la base de un nuevo modelo de interpretación y aplicación de las normas jurídicas integradoras del sistema jurídico mexicano. El segundo párrafo ordena que las normas sobre derechos humanos sean interpretadas acorde o de conformidad con la Constitución y disposiciones del derecho internacional de los derechos huma-

³ Artículo 1: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

nos, en cuyo ejercicio debe privilegiarse en todo momento la interpretación más favorable a la persona. De esta directriz constitucional se extraen dos métodos interpretativos de los derechos humanos, la cláusula de interpretación conforme y principio *pro persona*.

Cláusula de interpretación conforme

Uno de los métodos constitucionales para alcanzar la armonización entre el derecho nacional y el derecho internacional es mediante la denominada cláusula de interpretación conforme, la que ha sido definida por Ferrer Mac-Gregor (2012) como la “técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales, para lograr su mayor eficacia y protección” (p. 357-358).

En esa lógica, dicha cláusula se trata de un proceso interpretativo de armonización, que implica, incluso, en algunos casos, inaplicar la norma internacional y, en otros, la norma nacional, según la que tenga un menor alcance protector, en términos del principio *pro persona*, y derivado también de la obligación general de respetar los derechos y libertades contenidas en los tratados internacionales (Ferrer, 2012, p. 358-359).

Para el juez de la Corte IDH, los destinatarios de la interpretación conforme son las autoridades o particulares, de manera que los jueces, legisladores, y órganos de la administración pública, deben acudir a esta pauta interpretativa, cuyo objeto y materia son los derechos humanos tanto de rango constitucional como infra constitucional, sin importar su jerarquía normativa, así como normas sustantivas y adjetivas. La expresión *tratados internacionales* prevista en dicho criterio debe leerse bajo la connotación a que se refiere el artículo 2.1.a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante CVDT).⁴

⁴ Dicha disposición normativa señala: “Para los efectos de la presente Convención. Se entiende por ‘tratado’ un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

Asimismo destaca que la cláusula de interpretación conforme contiene un principio de armonización entre la Constitución y los tratados internacionales de los que México sea parte; así, cuando la ley fundamental señala que las normas de derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales, no se está refiriendo a dos interpretaciones sucesivas, primero la interpretación conforme a la Constitución y luego la interpretación conforme al tratado internacional, sino a una interpretación conforme que armonice ambas. Entonces esto implica una función hermenéutica, cuyo objetivo es la armonización de interpretaciones obtenidas de la Constitución y tratados internacionales, y de entre las posibles interpretaciones se deberá elegir aquélla que proteja de mejor forma a la persona, conforme al principio *pro persona* (Ferrer, 2012, pp. 363-368).

De ahí que, en el marco del sistema de interpretación constitucional, la implementación de un ejercicio de interpretación conforme persigue dos objetivos: a) asegurar la ampliación de las normas de derechos humanos para que resulten más protectoras, y b) abonar al proceso de integración normativa de cara al fortalecimiento y funcionalidad del sistema jurídico en cuanto a su relación con los derechos humanos.

No obstante, la interpretación conforme opera en un plano *extrasistema e intrasistema*. Bajo la primera hipótesis, todas las normas, con independencia de su posición u origen normativo, deben ser interpretadas a la luz de esta cláusula con la finalidad de garantizar el respeto de los derechos humanos. El segundo supuesto radica en que las normas de derechos humanos, cuyo origen radique en la propia Constitución o en los tratados internacionales, también deben ser objeto de remisiones interpretativas por medio de este sistema.

Lo anterior implica que ni la Constitución ni los tratados internacionales están exentos para el desarrollo de este ejercicio interpretativo, esto es, todas las normas del sistema jurídico, incluidas las constitucionales, sean de fuente convencional o constitucional, son objeto de remisión interpretativa, en términos de lo ordenado en el segundo párrafo del artículo 1 constitucional. Lo cual significa que a virtud de la interpretación conforme es posible visualizar, en un mismo plano, tanto a la Constitución como a los tratados internacionales y demás orde-

namientos en materia de derechos humanos (Caballero y García, 2016, pp. 37-43).

Por otra parte, es criterio de la SCJN⁵ que la interpretación conforme implica que si una norma admite dos o más entendimientos posibles, se debe elegir, de ser posible, aquella interpretación mediante la cual sea factible preservar la constitucionalidad de la norma impugnada, a fin de garantizar la supremacía constitucional y, simultáneamente, permitir una adecuada y constante renovación del orden jurídico. Asimismo, ha establecido que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia (principio *pro persona*). De manera que dicho mandato implica que una ley no puede declararse nula cuando pueda interpretarse en consonancia con la Constitución y con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, dada su presunción de constitucionalidad y convencionalidad.

Por lo que, antes de considerar a una norma jurídica como constitucionalmente inválida, es necesario agotar todas las posibilidades de encontrar en ella un significado que la haga compatible con la Constitución y que le permita, por tanto, subsistir dentro del ordenamiento; de manera que sólo en el caso de que exista una clara incompatibilidad o una contradicción insalvable entre la norma ordinaria y la Constitución, procedería a declararla inconstitucional.

Es decir —aclara la SCJN—, los tribunales, en el marco de sus competencias, sólo pueden declarar la inconstitucionalidad de una ley cuando no resulte posible una interpretación conforme con la Constitución, por tanto, el principio de interpretación conforme de todas las normas del ordenamiento a la Constitución, se ve reforzado por el principio *pro persona*, contenido en el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual obliga a maximizar la interpretación conforme en aquellos escenarios en los cuales dicha inter-

⁵ Jurisprudencia 1a./J. 37/2017 (10a.) de rubro: INTERPRETACIÓN CONFORME. NATURALEZA Y ALCANCES A LA LUZ DEL PRINCIPIO PRO PERSONA. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, libro 42, mayo de 2017, tomo I, página 239.

pretación permita la efectividad de los derechos fundamentales de las personas frente al vacío legislativo que puede provocar una declaración de inconstitucionalidad de la norma.

Principio *pro persona*

El segundo párrafo del artículo 1 constitucional no sólo establece que la interpretación de normas sobre derechos humanos se hará de conformidad con la Constitución y los tratados, sino también indica: “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. De lo que se extrae el principio de interpretación *pro persona*.

Para Mónica Pinto, dicho principio es el “criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trate de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria” (citada en Castañeda, 2018, p. 16).

En el ámbito internacional, el principio *pro persona* se encuentra reconocido a través de diversas cláusulas, en múltiples tratados internacionales. De manera enunciativa se pueden destacar: Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁷ Convención sobre la eliminación de todas las formas

⁶ Artículo 29: “Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

⁷ Artículo 5: “Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos

de discriminación contra la mujer,⁸ Convención sobre los Derechos del Niño,⁹ Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión,¹⁰ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes,¹¹ y Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992).¹²

En México, la SCJN se ha referido al principio *pro persona* en los mismos términos en que lo hizo Mónica Pinto. Señaló, además, que este principio permite definir la plataforma de interpretación de los derechos humanos y otorga un sentido protector a favor de la persona humana, por lo que ante la existencia de varias posibilidades de solución a un mismo problema, el Estado mexicano se ve obligado a optar por proteger en términos más amplios.¹³

humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

⁸ Artículo 23: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres y que pueda formar parte de: a) La legislación de un Estado Parte; o b) Cualquier otra convención, tratado o acuerdo internacional vigente en ese Estado”.

⁹ Artículo 41: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado”.

¹⁰ Principio 3: “No se restringirá o menoscabará ninguno de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres so pretexto de que el presente Conjunto de Principios no reconoce esos derechos o los reconoce en menor grado”.

¹¹ Artículo 1.2: “El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”.

¹² Artículo 21: “Las disposiciones de la presente Declaración son sin perjuicio de las disposiciones enunciadas en la Declaración Universal de Derechos Humanos o en cualquier otro instrumento internacional y no deberán interpretarse como una restricción o derogación de cualquiera de esas disposiciones”.

¹³ Tesis 1a. XXVI/2012 (10a.) de rubro: PRINCIPIO PRO PERSONAE. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS DEBEN ANALIZARSE A PARTIR DE AQUÉL. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, libro V, febrero de 2012, tomo I, página 659.

Estableció que dicho principio opera como un criterio que rige la selección entre: (I) dos o más normas de derechos humanos que, siendo aplicables, tengan contenidos que sea imposible armonizar y que, por tanto, exijan una selección; o (II) dos o más posibles interpretaciones admisibles de una norma, de modo que se acoja aquella que adopte el contenido más amplio o la limitación menos restrictiva del derecho.¹⁴

Igualmente se ha pronunciado en el sentido de que este principio de interpretación más favorable a la persona es aplicable respecto de las normas relativas a los derechos humanos de los que gocen las personas morales conforme a su naturaleza y fines, siempre y cuando no se trate de aquellos derechos cuyo contenido material únicamente pueda ser disfrutado por las personas físicas.¹⁵

De esta forma es posible decir que en el segundo párrafo del artículo 1 constitucional se recoge un criterio de interpretación, conforme al cual, en caso de que exista una discrepancia entre el alcance o la protección reconocida en dos o más normas de derechos humanos, o bien, en dos o más posibles interpretaciones admisibles de una norma, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción.

¹⁴ Tesis 1a. CCVII/2018 (10a.) de rubro: PRINCIPIO PRO PERSONA. SÓLO PUEDE UTILIZARSE EN SU VERTIENTE DE CRITERIO DE SELECCIÓN DE INTERPRETACIONES CUANDO ÉSTAS RESULTAN PLAUSIBLES. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, libro 61, diciembre de 2018, tomo I, página 378.

¹⁵ Jurisprudencia P./J. 1/2015 (10a.) de rubro: PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. ES APLICABLE RESPECTO DE LAS NORMAS RELATIVAS A LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS QUE SEAN TITULARES LAS PERSONAS MORALES. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, libro 16, marzo de 2015, tomo I, página 117.

Control de convencionalidad

Inicio y formación

La doctrina del control de convencionalidad inicia en una serie de votos concurrentes del juez *Sergio García Ramírez*.¹ Pero es establecida por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano*, resuelto el 26 de septiembre de 2006.² En este fallo se estableció: tomando en cuenta que el Estado se halla obligado, en su conjunto, por el Tratado Internacional de Protección de los Derechos Humanos, “el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.³

Posteriormente, en el *caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, se matiza el control de convencionalidad en tres aspectos: I) elimina la expresión “como una especie” de control de convencionalidad; II) procede “de oficio” sin necesidad de que las partes lo soliciten; y III) debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia. (Ferrer, 2012, p. 374).

El control de convencionalidad es reiterado además en diversos casos contenciosos, entre los que se encuentran: *La Cantuta vs. Perú*

¹ *Cfr.* sus votos en los casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, resuelto el 25 de noviembre de 2003, párr. 27; *Tibi vs. Ecuador*, del 7 de septiembre de 2004, párr. 3; *Vargas Areco vs. Paraguay*, reparaciones y costas, del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 155, párrs. 6 y 12.

² *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párrs. 123-125.

³ Párrafo 124 de la sentencia.

(2006);⁴ *Boyce y otros vs. Barbados* (2007);⁵ *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008);⁶ *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (2009);⁷ *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (2010);⁸ *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010);⁹ *Fernández Ortega y otros vs. México* (2010);¹⁰; *Rosendo Cantú y otra vs. México* (2010);¹¹ *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia* (2010)¹²; *Vélez Loor vs. Panamá* (2010);¹³ *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (2010);¹⁴ *Cabera García y Montiel Flores vs. México* (2010);¹⁵ y *Gelman vs. Uruguay* (2011).¹⁶

Importa mencionar que en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, la Corte IDH precisa que “todos sus órganos” de los Estados que han ratificado el Pacto de San José de Costa Rica, “incluidos

⁴ *Caso La Cantuta vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de noviembre de 2006, serie C, núm. 162, párr. 173.

⁵ *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de noviembre de 2007, serie C, núm. 169, párr. 79.

⁶ *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 12 de agosto de 2008, serie C, núm. 186, párr. 180.

⁷ *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, párr. 339.

⁸ *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, excepciones preliminares, fondo y reparaciones, sentencia del 26 de mayo de 2010, serie C, núm. 213, párr. 208.

⁹ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de agosto de 2010, serie C, núm. 214, párr. 311.

¹⁰ *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de agosto de 2010, serie C, núm. 215, párr. 234.

¹¹ *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2010, serie C, núm. 216, párr. 219.

¹² *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 10 de septiembre de 2010, serie C, núm. 217, párr. 202.

¹³ *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2010, serie C, núm. 218, párr. 287.

¹⁴ *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de noviembre de 2010, serie C, núm. 219, párr. 106.

¹⁵ *Caso Cabera García y Montiel Flores vs. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C, núm. 220, párr. 225.

¹⁶ *Caso Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221, párr. 193.

sus jueces”, deben velar por el efecto útil del Pacto, y que “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” están obligados a ejercer, de oficio, el “control de convencionalidad”.

Igualmente, en el llamado caso *Gelman 2*¹⁷ se rediseñó la doctrina del control de convencionalidad para determinar que tenía dos manifestaciones. La primera manifestación se presenta cuando existe una sentencia dictada por la Corte IDH contra un Estado, de donde surge el principio de cosa juzgada internacional. En tal supuesto, el control de convencionalidad exige el cumplimiento íntegro y de buena fe del fallo, y que sus decisiones no se entorpezcan por la aplicación de normas nacionales contrarias a su objeto y fin, o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio su cumplimiento. La segunda acaece respecto de los demás Estados que no han sido parte en un proceso internacional seguido contra ellos, quedando obligados a seguir los precedentes y lineamientos jurisprudenciales de la Corte IDH, en el marco de sus respectivas competencias y codificaciones adjetivas respectivas, así como en la emisión y aplicación de sus normas, y en la determinación, juzgamiento y resolución de los casos concretos.

En el mismo caso *Gelman 2*, la Corte Interamericana indica que el control de convencionalidad se practica tanto sobre la *emisión* como sobre la *aplicación* de las normas nacionales, y en la determinación, juzgamiento y resolución de los casos concretos. Del mismo modo, los jueces locales deben realizar conjuntamente el control de constitucionalidad con el de convencionalidad, en cuya concurrencia no hay obstáculo jurídico alguno atento haber aprobado el país del caso y conforme a sus procedimientos constitucionales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁸

Néstor Pedro Sagüés precisa que este control puede tener dos resultados: a) *represivo o destructivo*, cuando la norma doméstica opuesta al pacto o la jurisprudencia de la Corte IDH, es inconvencional, tiene un resultado de mínima: no se aplica al caso bajo examen, se descarta o resulta inválida para el mismo; y b) *positivo o constructivo*, bajo este

¹⁷ *Caso Gelman vs Uruguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, de 20 de marzo de 2013, párrs. 67-69.

¹⁸ Párrafos 69 y 88 de la sentencia.

supuesto los jueces deben aplicar y hacer funcionar el derecho local de acuerdo con las reglas del *corpus iuris interamericano* y la jurisprudencia de la Corte IDH. Esto justifica relecturas adaptativas del derecho nacional, de tipo *armonizante*, en consonancia, esto es, “conforme” con el Pacto y jurisprudencia (Sagües, 2012, pp. 423-426).

Adicionalmente dicho jurista habla de un control *constituyente* y de un control *legisferante* de constitucionalidad, entendido como la obligación de todo órgano con facultad para dictar normas, de cualquier índole, para emitirlas de acuerdo, y no en oposición, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y a la jurisprudencia de la Corte IDH. Facultad que puede traducirse en una especie de control *constructivo* de convencionalidad. Sin embargo, ese órgano no sólo tiene que emitir normas acordes a la convención, sino también debe modificar, o incluso derogar, a las que se opongan a tales parámetros (control *represivo* de convencionalidad). El control *legisferante* es dinámico y fluctuante, ya que debe sintonizar permanentemente con la jurisprudencia, actualizada, de la Corte Interamericana (Sagües, 2012, pp. 339-363).

En fin, de acuerdo con el recién designado profesor emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México, el control de convencionalidad radica en valorar la actuación (actos y normas) de la autoridad nacional a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos, expresados en tratados o convenciones e interpretado, en su caso, por los órganos internacionales competentes. “Equivale, en su propio ámbito, al control de constitucionalidad que ejercen los tribunales de esta especialidad (o bien, todos los tribunales, en supuestos de control difuso) cuando aprecian un acto desde la perspectiva de su conformidad o incompatibilidad con las normas constitucionales internas” (García y Morales, 2011, p. 208).

Cimiento del control de convencionalidad

El fundamento de la doctrina del control de convencionalidad descansa en tres argumentos: 1) el principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de los Estados, quienes se han comprometido a cumplir el Pacto de San José y a obedecer las sentencias de la Corte IDH; 2) el principio del efecto útil de los convenios,

cuya eficacia no puede ser mermada por normas o prácticas de los Estados; y 3) la prohibición de invocar el derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado, de conformidad con los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en lo sucesivo CVDT) (Sagües, 2012, pp. 423-426).

Control de convencional concentrado y difuso

Eduardo Ferrer Mac-Gregor apunta que el control de convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter “concentrada” por parte de la Corte IDH, en sede internacional, y otra de carácter “difusa” por los jueces nacionales, en sede interna. La primera emana de las facultades inherentes de la Corte Interamericana al resolver los casos contenciosos sometidos a su potestad, como guardián e intérprete último de la Convención Americana. Es en realidad con control concentrado. La segunda, “control difuso de convencionalidad”, consiste en el deber de los jueces nacionales de realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte IDH (Ferrer, 2012, pp. 363-371).

Parámetro del control de convencionalidad

Siguiendo al referido jurista mexicano, el parámetro del control de convencionalidad lo comprende la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus protocolos adicionales, instrumentos de similar naturaleza que la integren, así como toda interpretación que la Corte IDH realice de éstos (Ferrer, 2012, pp. 371-374). Incluso, este parámetro puede ser ampliado en sede interna cuando se otorgue mayor efectividad al derecho humano en cuestión (Ferrer, 2012, pp. 391-374). De manera que, tratándose del control difuso de convencionalidad, los derechos humanos contenidos en las normas de derecho interno (constitucionales, generales, federales o locales), constituirán también parámetro de regularidad del control de convencionalidad en sede nacional.

El control de convencionalidad desde la perspectiva de la SCJN

A raíz del caso *Radilla Pacheco*, la SCJN sentó precedente en el sentido de que actualmente existen dos vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano que es acorde con un modelo de control de convencionalidad, a saber:

1. El control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación mediante las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales y el amparo directo e indirecto.
2. El control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.¹⁹

De tal suerte, antes de aplicar una norma jurídica, los jueces deben realizar un control *ex officio* que presupone realizar tres pasos:

- I. Interpretación conforme en sentido amplio, del orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia.
- II. Interpretación conforme en sentido estricto, que se actualiza cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas; esta interpretación deberá realizarse partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, y preferir aquélla que haga a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la ley suprema y en los tratados internacionales en los que México sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.

¹⁹ Tesis P. LXX/2011 (9a.) de rubro: SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, libro III, diciembre de 2011, tomo 1, página 557.

III. Inaplicación de la norma, cuando las alternativas no sean posibles.²⁰

Es más, con motivo de la entrada en vigor de los párrafos segundo y tercero del artículo 1 constitucional modificados en junio de 2011, la SCJN estimó dejar sin efectos las tesis jurisprudenciales P./J. 73/99 y P./J. 74/99, de rubros: “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN”. Y “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN”.²¹

Prohibición constitucional de reinstalar en su cargo a los miembros de las instituciones policiales en México

La relación entre los miembros de los cuerpos policiacos y el Estado es de naturaleza administrativa.²² La regulación de dichos servidores se encuentra prevista constitucionalmente en el artículo 123, apartado B, fracción XIII, que antes de su reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 8 de marzo de 1999, establecía:

Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la Ley.
(...)

²⁰ Tesis P. LXIX/2011 (9a.) de rubro: PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DE-RECHOS HUMANOS. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, libro III, diciembre de 2011, tomo 1, página 552.

²¹ Tesis P. I/2011 (10a.) de rubro: CONTROL DIFUSO. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, libro III, diciembre de 2011, tomo 1, página 549.

²² Jurisprudencia P./J. 24/95 de rubro: POLICÍAS MUNICIPALES Y JUDICIALES AL SERVICIO DEL GOBIERNO DEL ESTADO DE MÉXICO Y DE SUS MUNICIPIOS. SU RELACIÓN JURÍDICA ES DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, materia administrativa, tomo II, septiembre de 1995, página 43.

B. Entre los Poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores:

(...)

XIII. Los militares, marinos y miembros de los cuerpos de seguridad pública, así como el personal de servicio exterior se regirán por sus propias leyes;

El Estado proporcionará a los miembros en el activo del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, las prestaciones a que se refiere el inciso f) de la fracción XI de este Apartado, en términos similares y a través del organismo encargado de la seguridad social de los componentes de dichas instituciones.

Hasta ese momento no había limitación en cuanto a la posibilidad de reinstalar o restituir en el puesto a los integrantes de los cuerpos policiacos, como lo explica la Segunda Sala de la SCJN en la ejecutoria que derivó en la tesis 2a. CV/2001.²³ Es en la reforma publicada el 8 de marzo de 1999, donde se establece implícitamente una limitante, según su redacción:

XIII. Los militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del Ministerio Público y los miembros de las instituciones policiales, se regirán por sus propias leyes.

El Estado proporcionará a los miembros en el activo del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, las prestaciones a que se refiere el inciso f) de la fracción XI de este Apartado, en términos similares y a través del organismo encargado de la seguridad social de los componentes de dichas instituciones; y

“Los miembros de las instituciones policiales de los municipios, entidades federativas, del Distrito Federal, así como de la Federación, podrán ser removidos de su cargo si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento de la remoción señalen para permanecer en dichas instituciones, sin que proceda su reinstalación o restitución, cualquiera que sea el juicio o medio

²³ El rubro de la tesis es: POLICÍAS. LA IMPOSIBILIDAD DE OBTENER SU REINSTALACIÓN EN EL CARGO, ESTABLECIDA EN EL PÁRRAFO TERCERO DE LA FRACCIÓN XIII DEL APARTADO B DEL ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN, NO ES APLICABLE RESPECTO DE AQUELLOS QUE FUERON CESADOS CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA REFORMA RESPECTIVA (DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DEL OCHO DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, materia constitucional, tomo XIV, julio de 2001, página 511.

de defensa para combatir la remoción y, en su caso, sólo procederá la indemnización”. La remoción de los demás servidores públicos a que se refiere la presente fracción, se regirá por lo que dispongan los preceptos legales aplicables.²⁴

La Segunda Sala de la SCJN interpretó en diversos momentos el último párrafo reproducido, concluyendo que no podrán ser reinstalados, únicamente, quienes no cubran el nuevo perfil del policía requerido por la ley secundaria, pero sí podrán serlo quienes lo satisfagan; esto es, en determinados supuestos era procedente la reinstalación o restitución al considerar que la limitante constitucional no era absoluta. Esta interpretación tuvo la finalidad no sólo de evitar remociones arbitrarias e injustas, sino también que pudieran quedar fuera de las instituciones policíacas los buenos elementos.²⁵

Sin embargo, el aludido precepto constitucional se reformó según publicación en el Diario de la Federación del 18 de junio de 2008, en vigor al día siguiente de la publicación. El contenido vigente de la disposición constitucional en comento, dice:

Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

(...)

B. Entre los Poderes de la Unión y sus trabajadores:

XIII. Los militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del Ministerio Público, peritos y los miembros de las instituciones policiales, se regirán por sus propias leyes.

24 Las comillas son nuestras y son para otorgar énfasis.

25 Jurisprudencia 2a./J. 79/2002 de rubro: SEGURIDAD PÚBLICA. EL PÁRRAFO TERCERO DE LA FRACCIÓN XIII DEL APARTADO B DEL ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ADICIONADO POR DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE OCHO DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE, ÚNICAMENTE PROHÍBE LA REINSTALACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LAS CORPORACIONES POLICIALES QUE AL MOMENTO DE LA REMOCIÓN NO LLENARON LOS REQUISITOS DE PERMANENCIA EXIGIDOS POR LAS LEYES VIGENTES. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, materia administrativa, tomo XVI, julio de 2002, página 356.

Los agentes del Ministerio Público, los peritos y “los miembros de las instituciones policiales de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento del acto señalen para permanecer en dichas instituciones, o removidos por incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones. Si la autoridad jurisdiccional resolviere que la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio fue injustificada, el Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho, sin que en ningún caso proceda su reincorporación al servicio, cualquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido”.²⁶

Las autoridades federales, de las entidades federativas y municipales, a fin de propiciar el fortalecimiento del sistema de seguridad social del personal del Ministerio Público, de las corporaciones policiales y de los servicios periciales, de sus familias y dependientes, instrumentarán sistemas complementarios de seguridad social.

El Estado proporcionará a los miembros en el activo del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, las prestaciones a que se refiere el inciso f) de la fracción XI de este apartado, en términos similares y a través del organismo encargado de la seguridad social de los componentes de dichas instituciones.²⁷

El precepto constitucional enuncia dos supuestos jurídicos. El primero radica en que los agentes del Ministerio Público, peritos y miembros de las instituciones policiales de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, pueden ser separados de su cargo si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes señalen para permanecer en el servicio, o bien pueden ser removidos por causa de responsabilidad en el desempeño de sus funciones. El segundo supuesto normativo refiere que si una autoridad jurisdiccional determina que fue injustificada la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio, el Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización, sin que proceda la reincorporación al servicio.

²⁶ Las comillas son nuestras y son para otorgar énfasis.

²⁷ La porción normativa reproducida se reformó según una publicación en el Diario Oficial de la Federación del 29 de enero de 2016, sin sufrir modificaciones sustanciales que alteren el contenido de este apartado.

Ante lo cual, el artículo 123, apartado B, fracción XIII, constitucional prohíbe la reincorporación de los agentes del Ministerio Público, de los peritos y de los miembros de instituciones policiales, aun cuando la separación (por incumplir con los requisitos de permanencia) o la remoción (por incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones) haya sido injustificada, según declaración de una autoridad jurisdiccional, y el Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho.

Esto es, a partir de la reforma constitucional de junio de 2008, la prohibición de reincorporación al servicio policial es expresamente absoluta, de manera que, si la separación, remoción, baja cese o cualquier otra forma de terminación del servicio fue injustificada, el Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho, más nunca a la reinstalación. Importa destacar que la SCJN determinó que, desde la aludida reforma, la prohibición de reincorporación es absoluta, ya que el poder reformador privilegió el interés general por el combate a la corrupción y la seguridad por encima de la afectación que pudiese sufrir el agraviado la que, en su caso, se compensaría con el pago de la indemnización respectiva, por lo que independientemente de la razón del cese, tiene preferencia la decisión del poder de reforma de impedir que los miembros de las corporaciones policíacas que hubiesen causado baja se reincorporen al servicio.²⁸

En ese sentido, no está por demás mencionar, aunque no se refiera al caso fáctico analizado en este punto, la Segunda Sala de la SCJN en diversos asuntos relacionados con los trabajadores de confianza al servicio del Estado, la cual ha reiterado que si el Constituyente Permanente instituye respecto a sus derechos una restricción constitucional,

²⁸ Jurisprudencia 2a./J. 103/2010 de rubro: SEGURIDAD PÚBLICA. LA PROHIBICIÓN DE REINSTALAR EN SU CARGO A LOS MIEMBROS DE LAS INSTITUCIONES POLICIALES, PREVISTA POR EL ARTÍCULO 123, APARTADO B, FRACCIÓN XIII, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008, ES APLICABLE EN TODOS LOS CASOS, INDEPENDIENTEMENTE DE LA RAZÓN QUE MOTIVÓ EL CESE. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, materia constitucional-laboral, tomo XXXII, julio de 2010, página 310.

resultan inaplicables las normas convencionales sin importar que el tratado que las contenga ya forme parte del ordenamiento jurídico nacional en términos del artículo 133 de la Carta Magna, y por ende, la limitación al derecho en juego no es susceptible de análisis al estar frente a una decisión soberana del Estado mexicano.²⁹

Es así que actualmente, en caso de que los miembros de las instituciones policiales de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, sean separados o removidos de su cargo, bajo ningún supuesto, procederá su reinstalación o restitución, aun cuando el servidor público interponga un medio de defensa en contra de su remoción, cese o separación, y logre obtener una sentencia favorable, ya sea por vicios de procedimiento que propicien la reposición del procedimiento, como por una decisión de fondo, siendo procedente, en tales casos, únicamente su indemnización y de más prestaciones a que tengan derecho.

Conclusión

La reforma constitucional de 10 de junio de 2011 impone la obligación expresa de observar los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, de donde surge que los jueces nacionales, en los asuntos de su competencia, deben realizar el estudio y análisis *ex officio* sobre la convencionalidad de las normas de derechos humanos; realza el reconocimiento de la progresividad de los derechos humanos mediante la expresión clara del principio *pro persona* como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, privilegiando aquéllas que brinden mayor protección a las personas; y establece el sistema de interpretación conforme, cuyo ejercicio permite armonizar las normas nacionales con la Constitución y los tratados internacionales. En este nuevo modelo de regularidad constitucional, los derechos humanos consagrados en la Constitución y los de fuente internacional se armonizan para contar con el mejor parámetro posible de derechos de la persona en casos concretos, sin considerarlos enfrentados entre sí. Por lo que frente a un conflicto normativo no sólo debe prevalecer la norma jerárquica-

²⁹ Jurisprudencias 2a./J. 22/2016 (10a.), 2a./J. 21/2014 (10a.), 2a./J. 22/2014 (10a.), y 2a./J. 23/2014 (10a.).

mente superior, sino que debe realizarse la interpretación de las disposiciones de derechos humanos conforme a la Constitución y tratados y, como resultado, establecer el parámetro más favorable para la persona.

Para el caso específico es importante cuestionar: ¿La restricción constitucional absoluta anula la esencia del principio *pro persona*, cláusula de interpretación conforme, así como el ejercicio adecuado del control difuso de convencionalidad? La posición adoptada por la SCJN, al resolver la contradicción de tesis 293/2011, no permite a los jueces nacionales operar con amplitud las herramientas de interpretación contenidas en el artículo 1, segundo párrafo, constitucional, cláusula de interpretación conforme y principio *pro persona*, y obstaculiza desarrollar adecuadamente el control difuso de convencionalidad. Ello al introducir, vía interpretación, una cláusula de no contradicción con la Constitución, consistente en que cuando la Constitución prevea una restricción expresa al goce y ejercicio de los derechos y libertades, se deberá estar siempre a lo que indica la norma fundamental. De modo que el entendimiento jerárquico de la restricción como una regla absoluta y general, hace prevalecer siempre al texto constitucional sin posibilidad de emprender un ejercicio de armonización o de ponderación entre derechos humanos.

Por ende, la decisión alcanzada por la SCJN so pretexto de respetar la supremacía constitucional prevista en el artículo 133, tiene el efecto de excluir del escrutinio judicial las restricciones al ejercicio de los derechos humanos contenidas en la Constitución a la luz de las directrices interpretativas elevadas a rango constitucional, generándose una pauta hermenéutica de carácter general para decidir en todos los casos en favor de la norma constitucional frente a la convencional, lo que implica además pasar por alto las obligaciones contraídas por el Estado mexicano conforme a los tratados internacionales de los que forma parte, pues de acuerdo con la CVDT, México debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo los tratados ratificados y no puede invocar las disposiciones de su derecho interno, aún constitucionales, como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales.

De esta forma se dota al Poder Constituyente, de 1917, y al Poder Revisor de la Constitución de un mando omnipotente e inmune a pesar

de que su actuación pueda implicar violaciones graves a derechos humanos, en la medida en que pueden incorporar figura autoritarias en la Constitución, como es el caso de la prohibición de reinstalar en su cargo a los miembros de las instituciones policiales, que resultarían a prueba de control interpretativo a la luz del principio *pro persona*, cláusula de interpretación conforme y control difuso de convencionalidad, dando lugar a la norma autoritaria perfecta (Silva, 2016, pp. 384-390).

Lo anterior es inaceptable bajo el nuevo modelo de regularidad constitucional y, desde luego, a partir de la incorporación de diversas normas internacionales a nuestro sistema jurídico y reconocimiento contencioso de organismos de protección de derechos humanos, ya que la legitimidad democrática del legislador en determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados, de manera que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales. Así, ante casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo susceptible de ser decidido por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad, cuyo ejercicio atañe a cualquier autoridad y no sólo al Poder Judicial.³⁰

Por eso cuando falla el control *constituyente y legisferante* de constitucionalidad a que hace referencia el maestro Néstor Pedro Sagüés, antes mencionado, el Poder Judicial debe ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y las de fuente internacional aplicables al caso en particular, pues así se ha establecido en la jurisprudencia dictada por la Corte IDH. Por tanto, en aras de proteger los derechos de las personas en nuestro país, no es jurídicamente válido excluir del escrutinio judicial a las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades previstas en la Constitución con la finalidad de emprender un ejercicio de armonización y ponderación sobre las mismas.

³⁰ Párrafo 239 de la sentencia de 24 de febrero de 2011, en el caso *Gelman vs. Uruguay*.

Esas consideraciones ponen de relieve que la posición adoptada por la SCJN se trata de un mero “consenso” que podría estimarse contradictorio *per se* al sostener, por una parte, “[que] las normas de derechos humanos no se relacionan entre sí en términos jerárquicos” y, por otra, al introducir una regla de preferencia de una fuente sobre otra para solucionar los conflictos entre normas de distinto origen. Esto se robustece si se recurre a una interpretación literal, causal y teleológica de la reforma al segundo párrafo del artículo 1 constitucional, en cuyo desarrollo resulta de especial relevancia el proceso legislativo que siguió dicha reforma, pues con base en los dictámenes aprobados el 23 de abril de 2009 y 8 de abril de 2010, tanto por la Cámara de Diputados como por la Cámara de Senadores, en el texto aprobado por éstas, en un primer momento, se estableció un principio de no contradicción con la Constitución y, en un segundo, se eliminó esa cláusula, para después aprobarse la redacción actualmente vigente, en la que no se incluyó dicha cláusula de no contradicción. Máxime, si la Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos advirtió a cada uno de los senadores de la República que el principio de no contradicción constitucional anula la esencia misma del principio *pro persona*.

Consecuentemente, los referidos elementos hermenéuticos generan convicción en cuanto a que la intención del Poder Revisor de la Constitución plasmada en el segundo párrafo del artículo 1 constitucional, se traduce en que la aplicación de la interpretación de las normas de derechos humanos de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos de los que México sea parte, solamente tiene como limitación la de preferir aquélla que resulte más favorable para los derechos de las personas. De tal suerte, la decisión de la SCJN se traduce en un retroceso al constitucionalismo mexicano.

En efecto, puede decirse que bajo el criterio adoptado por la SCJN se coarta la posibilidad de que México logre transitar del Estado de derecho al Estado constitucional, pues el sistema jurídico no por el simple hecho de serlo necesariamente debe cumplirse al pie de la letra, sino que es necesario analizarlo desde una perspectiva humanista para lograr la interpretación y aplicación más favorable a las personas y, ga-

rantizar de este modo, el acceso a una vida digna en el marco del respeto a los derechos más elementales.

Ahora bien, también es importante cuestionar: ¿Elegir una restricción constitucional por encima de un tratado internacional que favorezca en mayor medida o restrinja en menor forma un derecho, se compromete la responsabilidad del Estado mexicano en sede internacional?

En cada caso que con pretexto de privilegiar una restricción constitucional, deje de aplicarse un tratado de derechos humanos que resulte más benéfico para la protección del derecho en juego, o bien, lo restrinja en menor forma, se compromete la responsabilidad del Estado mexicano en sede internacional porque éste no puede invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno como excusa para el cumplimiento de las obligaciones contraídas frente a otros actores internacionales, pues una vez incorporado al ordenamiento jurídico nacional a través de los procedimientos constitucionalmente establecidos, todo tratado obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Por consiguiente, a pesar de la decisión libre y soberana del Estado mexicano para constituir una restricción constitucional a un determinado derecho, la norma de rango convencional no puede inaplicarse en el régimen interno en relación con dicho derecho, ya que al ratificar un tratado internacional sobre derechos humanos está obligado a dictar y, en su caso modificar, las normas internas de acuerdo a la convención de que se trate, o incluso derogar, a las que se opongan a la misma.

La posición que guarda actualmente la corte mexicana en relación con las restricciones absolutas al goce de los derechos humanos establecidas en la Constitución, se ha reflejado en diversos casos, entre los que se encuentra la prohibición de reinstalar en su cargo a los elementos de las corporaciones policiacas, prevista en el artículo 123, apartado B, fracción XIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, existe precedente en el sentido de que dicha prohibición constituye una restricción constitucional que no da lugar a que sea posible emprender un ejercicio de armonización o de ponderación entre derechos, en razón de que al tratarse de una restricción constitucional es una condición infranqueable que no pierde su vigencia ni aplica-

ción, la cual implica una manifestación clara del Constituyente Permanente, que no es susceptible de revisión constitucional, pues se trata de una decisión soberana del Estado mexicano.¹

En este supuesto, como en todos aquéllos que tienen que ver con una restricción constitucional, la SCJN excluye la posibilidad de someter a escrutinio judicial la prohibición de reinstalar en su cargo a los miembros de las instituciones policiales, a fin de armonizar o ponderar, a partir de las particularidades del caso concreto, si la persona que se dice agraviada tiene derecho a la readmisión en el cargo por estar ante una remoción, cese o baja injustificada, a la luz del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), que en su artículo 7, apartado d, establece *el derecho de las personas a una indemnización o a la readmisión en el empleo, o a cualquier otra prestación prevista en la legislación nacional, en caso de despido injustificado*.²

Lo cual, bajo el nuevo modelo de regularidad constitucional, no es jurídicamente válido porque imposibilita de forma absoluta y general maximizar la interpretación conjunta de los derechos humanos de fuente constitucional y convencional en aras de que se otorgue la mayor protección posible a la persona afectada, desconociendo lo dispuesto en el texto del artículo 1 constitucional en la medida en que se desplaza el derecho reconocido en el Protocolo de San Salvador frente a lo dispuesto, no como derecho, sino como restricción, por la Constitución, utilizándose así un criterio jerárquico.

Sin que pueda afirmarse, como lo ha hecho la SCJN en otros asuntos,³ que dicha norma de rango convencional no puede aplicarse en el régimen interno en relación con los miembros de las instituciones po-

¹ Tesis aislada 2a. XXVIII/2014 (10a.) de rubro: SEGURIDAD PÚBLICA. LA PROHIBICIÓN DE REINSTALAR EN SU CARGO A LOS MIEMBROS DE LAS INSTITUCIONES POLICIALES, CONSTITUYE UNA RESTRICCIÓN CONSTITUCIONAL. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, materia constitucional, libro 4, marzo de 2014, página 1083.

² Adoptado en la ciudad de San Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en vigor desde el 16 de noviembre de 1999, y ratificado por nuestro país el 8 de marzo de 1996.

³ Como es el caso de los trabajadores de confianza.

liciales al constituir la prohibición de reinstalación una restricción constitucional; ello porque, tal como lo señaló la Corte IDH en el caso *Heliodoro Portugal*, cada juzgador tiene la obligación de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede merchado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los Derechos Humanos.⁴

Así pues, consideramos que en el caso de una remoción, cese o baja injustificada de un miembro de las instituciones policiales, los jueces nacionales deben emprender un ejercicio de armonización o de ponderación entre la norma constitucional y la de fuente internacional aplicable, favoreciendo en todo tiempo a la persona la protección más amplia, o bien, eligiendo la norma que implique una menor restricción.

Bibliografía

- Caballero Ochoa, José Luis, y García Huerta, Daniel Antonio (2016). El sistema de interpretación constitucional. Apuntes sobre la descripción y funcionalidad de la interpretación conforme presente en el artículo 1º de la Constitución, en *Derechos del pueblo mexicano: México a través de sus constituciones*, V sección segunda, México: Porrúa.
- Castañeda, Mireya (2018). El principio pro persona. Experiencias y expectativas, segunda edición, México: CNDH.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2012). La interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México: Porrúa-UNAM.
- García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta (2011). La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011). México: Porrúa-UNAM.
- Pérez Luño, Antonio Enrique (2017). Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Undécima ed., Madrid: Tecnos.
- Sagüés, Néstor Pedro (2012). El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-

⁴ *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Op. Cit.*, párr. 180.

sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. México: FUNDA.

Silva Garcia, Fernando, (2016), Principio pro homine vs. restricciones constitucionales. ¿Es posible constitucionalizar el autoritarismo?, México: Porrúa-IMDPC

Normatividad

Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en vigor desde el 1 de mayo de 1917.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1984, ratificada por nuestro país el 9 de diciembre de 1985.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena, Austria, el 23 de mayo 1969, y ratificada por nuestro país el 5 de julio de 1974.

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptado en la ciudad de Nueva York, N.Y., el 20 de noviembre de 1989, y ratificado por nuestro país el 21 de septiembre de 1990.

Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Desapariciones Forzadas (resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992).

Derechos del pueblo mexicano: México a través de sus constituciones, V sección segunda, México, Porrúa, 2016, 1169 pp.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, y ratificado por nuestro país el 23 de marzo de 1981.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en la ciudad de San Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en vigor desde el 16 de noviembre de 1999, y ratificado por nuestro país el 8 de marzo de 1996.

La omisión legislativa como supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado, en México: Análisis del derecho a una indemnización a través del juicio de amparo

Miguel Ángel Veloz Romo

Resumen

El reconocimiento de la omisión legislativa como una figura que puede llegar a afectar los derechos de los gobernados, permite considerarla como un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado, y por ende una causa generadora del derecho a una indemnización en aquellos casos en que la misma cause un daño injustificado, por no existir el deber jurídico de tener que resentir el daño. En México la sentencia dictada en el amparo en revisión 1359/2015 promovido por Campaña Global por la Libertad de expresión A19, Asociación Civil, reconoce al juicio de amparo como un mecanismo de protección contra la omisión legislativa, por lo que se afirma que, a través de dicho juicio, es posible en cier-

Abstract

The recognition of the legislative omission as a figure that can affect the rights of the governed, allows it to be considered as an assumption of patrimonial responsibility of the State, and therefore a cause that generates the right to compensation in those cases in which it causes unjustified damage, because there is no legal duty to have to resent the damage. In Mexico, the judgment issued in the amparo under review 1359/2015, promoted by Campaña Global por la Libertad de expresión A19, Asociación Civil, recognizes the Amparo Trial as a protection mechanism against legislative omission, therefore, it is affirmed that through said trial, it is possible in certain cases to obtain compensation for

Artículo recibido el 19 de marzo de 2019 y aceptado para su publicación el 21 de noviembre de 2020.

Veloz, M. Á. | Pp. 97-121

tos casos obtener una indemnización por el daño causado cuando no es posible la restitución al quejoso del derecho violado, lo que implicaría una indemnización por el acto omisivo de una autoridad, independientemente de que la omisión legislativa no sea contemplada como supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado por el ordenamiento constitucional.

Palabras claves

Estado constitucional, omisión legislativa, responsabilidad patrimonial del Estado, indemnización, juicio de amparo.

the damage caused when restitution to the complainant of the violated right is not possible, which would imply compensation for the omisive act of an authority, independently that the legislative omission is not contemplated as an assumption of patrimonial responsibility of the State for the constitutional order.

Keywords

Constitutional state, legislative omission, patrimonial responsibility of the State, compensation, amparo trial.

Introducción

La responsabilidad patrimonial del Estado como figura de protección de los derechos de los gobernados, tiene como fundamento la realización de una conducta por parte de cualquiera de los órganos del Estado, que genere una afectación patrimonial, en la que los mismos no tengan el deber jurídico de resentir el daño. Originalmente se consideró que dicha responsabilidad requería de la realización de una acción por parte de las autoridades, dejando de lado la posibilidad de que a través de una falta de actuación se pudiera llegar a causar un daño.

Partiendo del reconocimiento de la constitución como un ordenamiento que establece los límites de actuación de las autoridades y sus deberes, la realización de una conducta no permitida implica una violación a los límites de su actuación, pero igual de trascendente resultará la no realización de las conductas ordenadas, pues en este caso, también hablamos de una violación al orden constitucional.

La omisión considerada en el ámbito penal fue la que influyó en el derecho constitucional para crear la figura denominada omisión legislativa (Carbonell, Fernandez Rodríguez, & Villaverde, 2018, p. 23),

como una forma de reconocimiento de la falta de cumplimiento de los deberes establecidos para la creación de normas jurídicas.

Entre quienes reconocen la existencia de la figura, existen discrepancias en cuanto a los órganos que pueden incurrir en ella, los elementos que la conforman, así como los casos en que procede; por otro lado, quienes niegan la posibilidad de su existencia como figura jurídica, establecen como principal argumento el hecho de que a través de ella se podría generar una violación al principio de división de poderes.

La omisión ha sido regulada como un mecanismo de control constitucional con la finalidad de revisar si las autoridades han dado cumplimiento a las normas que de manera expresa o implícita establece la Constitución, para que lleven a cabo la emisión de alguna norma que regule los derechos reconocidos en ella.

Una declaración de inconstitucionalidad por omisión sólo puede alcanzar plena eficacia cuando en el fallo respectivo se establecen las reglas aplicables al caso y se sustituye al legislador, siendo el juez constitucional un subsidiario de la función que corresponde a otro de los poderes, atribución que realiza fundamentada en su legitimación democrática y en su función de garante y protector frente a la pasividad del legislador (Carbonell, Fernandez Rodríguez, & Villaverde, 2018, pp. 117-118).

En el caso de México, a primera vista la figura de la omisión legislativa parecería no encontrar cabida como supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado, pues como figura independiente de control constitucional no se encuentra regulada a nivel federal, y el último párrafo del artículo 109 constitucional no la contempla como supuesto para su procedencia en actos de carácter legislativo; a nivel local, ha sido contemplada en la Constitución de Chiapas, Coahuila, Nayarit, Quintana Roo, Tlaxcala y Veracruz, como un medio de control de la constitucionalidad, lo que sólo genera una obligación de hacer que se traduce en la emisión de la norma respectiva en el plazo que para tal efecto se determine, pero no permite la obtención de una indemnización por los daños causados.

Sin embargo, a través de otros mecanismos de protección de derechos de los gobernados se podría llegar a generar el resarcimiento del daño causado por la falta de creación de una norma jurídica, lo que

implicaría un caso concreto de responsabilidad patrimonial del Estado por omisión legislativa.

Aun y cuando en diversas ocasiones se determinó que el juicio de amparo no era un mecanismo que permitiera la protección de los derechos de los gobernados contra actos de omisión legislativa, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha modificado dicho criterio en la resolución emitida dentro del amparo en revisión 1359/2015 promovido por Campaña Global por la Libertad de Expresión A19, Asociación Civil, en donde se concede el amparo y protección de la Justicia Federal en contra de un acto omisivo por parte del Congreso de la Unión, al no expedir la ley reglamentaria del párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución, que establece de manera textual que:

[...] La propaganda, bajo cualquier modalidad de comunicación social, que difundan como tales, los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno, deberá tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social. En ningún caso esta propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público [] (CPEUM, 2019).

El último párrafo de la fracción XVI del artículo 107 Constitucional establece la obligación de que en todos los Juicios de Amparo en que se otorgue la protección constitucional, previo a que se ordene su archivo en definitivo, se debe verificar el cumplimiento de la sentencia, lo que ha llevado a la creación de procedimientos que permitan en naturaleza o a través de un equivalente, restituir al quejoso en el goce del derecho violado.

Así, la actual Ley de Amparo establece un procedimiento denominado incidente de cumplimiento sustituto, mismo que se contempla para lograr el cumplimiento de la sentencia dictada dentro del juicio de amparo, en aquellos casos en que no se pueda ejecutar la sentencia por generar un daño grave a la sociedad, que el daño sea desproporcionado con el beneficio que obtendría el quejoso, o porque por circunstancias materiales del caso sea imposible retrotraer las cosas a la situación en

que se encontraban o se generen de forma desproporcionalmente gravosa para el quejoso.

De esta forma, se logra un cumplimiento sustituto de una sentencia en el juicio de amparo, a través del resarcimiento del daño causado, que en el caso de la omisión legislativa se traduciría en un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado, al lograrse el resarcimiento de los daños causados por un actuar irregular de la autoridad.

La omisión legislativa como supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado: Su regulación en México

Desde un punto de vista gramatical, la palabra omisión puede tener tres acepciones: 1) abstención de hacer o decir; 2) falta por haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una cosa o por no haberla ejecutado; 3) flojedad o descuido de quien está encargado de un asunto (Real Academia de la Lengua Española, 2018).

Si se analiza dicho término con base en su significado, es fácil percatarse de que lo que de él se señala, no se aleja en nada a su significado jurídico, pues el mismo hace referencia a la falta de realización de conductas que se encuentran establecidas en una norma, ya sea de carácter sustantivo o adjetivo, en cualquiera de las materias jurídicas.

Así, la omisión como figura jurídica llevada al ámbito de la autoridad, puede recaer en la no realización de un acto de carácter administrativo, legislativo o judicial, atendiendo a las facultades propias de cada autoridad, y en atención a los deberes que le son impuestos por la Constitución, pues aun y cuando de manera formal cada uno de los poderes realiza una función, desde el punto de vista material se pueden llegar a realizar las otras dos funciones, pues la intención del Constituyente al momento de establecer el principio de división de poderes no fue generar facultades exclusivas, sino que dejó abierta la posibilidad de colaboración de dos poderes para lograr un equilibrio de fuerzas y control recíproco mediante dos mecanismos: 1) la necesidad de que para ciertas funciones participen dos de los poderes, y 2) la posibilidad de

que los poderes emitan actos que materialmente no les corresponden (SCJN, 2011, Tesis: 2a. CXXVIII/2001).

Partiendo de ello, en la actividad legislativa, la omisión lleva en automático a pensar que se trata de la falta de realización de una conducta por parte del Poder Legislativo en cuanto a la generación de algún tipo de norma; sin embargo, la figura no es así de simple, pues como se verá, no existe uniformidad entre los autores en cuanto a los supuestos mediante los cuales se puede llegar a dar, o las autoridades que pueden incurrir en ella, siendo coincidentes sólo en reconocerla como una figura que trae como consecuencia una inconstitucionalidad por tener como base la no realización de un deber constitucional.

En cuanto a los órganos del Estado que pueden situarse en ella, una primera postura parte de la consideración de la figura de la omisión legislativa limitada al Poder Legislativo. Dentro de ella se encuentra Fernández Rodríguez (Carbonell, M., Fernández Rodríguez, J. J., & Villaverde, I., 2018, p. 34), quien la define como “la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación”.

Báez Silva (2009, p. 33) comparte esta postura al establecer que la figura está relacionada con la omisión que comete el legislador de legislar en concreto, cuando le ha sido encargado por el constituyente el desarrollo de una norma constitucional de eficacia limitada, ya que requiere de la intervención del legislador para adquirir la eficacia plena.

Asimismo, para Santos Flores (2011, p. 27), la inconstitucionalidad por omisión se presenta por una vulneración del texto constitucional derivada de una inactividad del Poder Legislativo que inclusive puede ser parcial, con relación a normas que de manera expresa o tácita exigen de él un desarrollo posterior para ser efectivas, cuando el plazo ha vencido, su pasividad sea injustificada o se lesione el principio de igualdad por excluir a un grupo de beneficiarios de la ley.

Mediante esta postura, se reconoce la existencia de una omisión legislativa limitada, pues aun y cuando desde el punto de vista formal es el Poder Legislativo quien tiene a su cargo la creación de normas, desde el punto de vista material el Poder Legislativo y Judicial también

llevan a cabo funciones legislativas dentro de su ámbito competencial, por lo que, ante el incumplimiento de un deber concreto, podrían ubicarse en la figura.

La postura contraria reconoce una omisión legislativa amplia en cuanto a los órganos que pueden ubicarse en ella no haciendo distinción alguna en cuanto a las funciones formales encomendadas, sino a la naturaleza del acto que no se realiza; así González Noriega (2016, pp. 41-63) considera que la responsabilidad por omisión legislativa se presenta cuando un órgano del Estado que debe regular o desarrollar un acto legislativo derivado de una norma superior, política o reconocimiento de derecho no lo lleva a cabo.

Por su parte Núñez Valadez (2018, p. 40) establece que la figura se presenta por la ausencia de normatividad o insuficiente desarrollo normativo que deriva de la no actuación o actuación deficiente de un órgano materialmente legislativo, trasgrediendo una conducta obligatoria o poder de carácter legislativo obligatorio, que se establece en una norma constitucional, legal o convencional, denominando a la figura como omisión normativa.

El tema de la omisión legislativa debe ser considerado de una manera amplia, pues la función de crear una norma para generar la operatividad de un derecho puede recaer en órganos del Estado distintos al Poder Legislativo, por lo que la omisión legislativa como figura jurídica debe partir de un aspecto objetivo en cuanto a la falta de realización de una conducta que implique un deber, independientemente de quien sea el obligado a cumplirlo (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo o Poder Judicial).

Lo anterior ha sido reconocido en México por el máximo tribunal al señalarse que existe la posibilidad de que otros órganos distintos al Poder Legislativo tengan una función materialmente legislativa y se ubiquen en el supuesto de la omisión legislativa cuando tengan un deber constitucional de emitir normas generales, abstractas e impersonales (SCJN, 2018, Tesis: 1a. XX/2018 (10a.)).

Con base en el concepto de los autores señalados con relación a la figura de omisión legislativa, podemos establecer que son coincidentes en tres elementos que la conforman: 1) la no realización de una

conducta ordenada; 2) que esa conducta sea necesaria para hacer operativa una norma; 3) que haya transcurrido un plazo razonable para que se hubiere realizado la conducta.

De dichos elementos el trascendental lo es el determinar en qué casos es necesario hacer operativa una norma, para lo cual se debe atender al carácter de la misma ya que no todo incumplimiento a un deber constitucional generaría una omisión legislativa; así las únicas normas que generan una inconstitucionalidad por omisión serían aquellas de carácter programático, pues requieren de una legislación para poderse aplicar (Carpio Marcos & Eto Cruz, 2004, pp. 33-34)

En México a nivel federal, la omisión legislativa no se contempla como un mecanismo de control de constitucionalidad de actos de autoridades, ni se hace referencia a ella de manera expresa, lo que ha generado que sean los Tribunales los que la definan, señalen las formas de omisión que pueden presentarse, así como los requisitos que deben cumplirse para que se dé la existencia de la figura.

El Cuarto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito (2013, Tesis I.40.A.21 K (10a.)), estableció de manera clara que la Constitución es la base de actuación de los órganos estatales, contemplando acciones que deben llevar a cabo los órganos legislativos para poder hacer efectivos los derechos que ella contempla y definió a la omisión legislativa como la falta en que incurre el Poder Legislativo de creación de normas de desarrollo necesario, por un tiempo excesivo, generando la falta de aplicación y efectividad de lo establecido en la Constitución.

Por su parte el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó dos parámetros para clasificar a las omisiones legislativas (2006, Tesis P./J. 11/2006): a) la existencia de un deber de emitir una norma o la libertad del legislador para emitirla o no, y b) la falta de actuación o actuación deficiente para lograr el desarrollo de una norma. Partiendo de estos parámetros, determinó que pueden existir cuatro tipos de omisiones legislativas: 1) en las que el órgano legislativo no emite una norma, teniendo el deber de hacerlo, las cuales denominó absolutas en competencias de ejercicio obligatorio; 2) aquellas en que existiendo el deber de hacerlo, se emite la norma pero de manera incom-

pleta o deficiente, denominadas relativas en competencias de ejercicio obligatorio; 3) en las que al no existir un deber, sino la opción de crearlas o no, el legislador decide no crearlas, a las que denomina absolutas en competencias de ejercicio potestativo; 4) finalmente las que aun y cuando no existe mandato alguno para emitir la norma, se emiten pero de manera incompleta, razón por las cuales les llama relativas en competencias de ejercicio potestativo.

En la práctica fue a través de las controversias constitucionales como se buscó combatir la omisión legislativa, pero sólo en defensa de intereses de los entes públicos con relación a cuestiones económicas y políticas, a fin de lograr que se cree una norma necesaria para hacer operativa alguna actividad o derecho de su ámbito competencial, e inclusive en la actualidad se sigue utilizando este mecanismo por los entes públicos, en contra de las omisiones legislativas cuando afectan sus intereses; un ejemplo claro se encuentra en la resolución dictada el 22 de agosto de 2018 (SCJN, 2018, Controversia Constitucional 13/2018), en donde se reconoció la omisión del Congreso de Baja California para regular el haber de retiro de los magistrados del Tribunal Superior de Justicia de dicha entidad, ordenándole la emisión de las normas necesarias para tal efecto.

A nivel local, sí es contemplada la figura de la omisión legislativa como mecanismo de control constitucional de algunas entidades federativas, sin embargo, sigue predominando un interés político más que el jurídico en su tramitación, situación que resalta del simple análisis de los sujetos legitimados para hacer valer este medio de control.

Las entidades federativas de Veracruz, Chiapas y Quintana Roo, sólo permiten que la omisión legislativa se haga valer en contra del Congreso del Estado y los legitimados a hacerla valer son los propios órganos del Estado, siendo sólo Chiapas el que permite que la hagan valer los ciudadanos que representen el 5% de su padrón electoral.

En el estado de Tlaxcala, se permite que la omisión legislativa sea ejercitada en contra del Congreso del Estado, del Gobernador, los Ayuntamientos y los Concejeros Municipales, acción que puede ser ejercitada por cualquier autoridad estatal o municipal e inclusive por cualquier residente del Estado.

Finalmente, el Estado que regula la figura de una manera más amplia lo es Nayarit, en donde la omisión legislativa puede hacerse valer en contra de cualquier autoridad que no expida una norma general que tenga el deber de desarrollar, pudiendo ejercer el derecho cualquier autoridad o vecino del Estado.

Mediante estos procedimientos de control constitucional local se busca la emisión de la norma, pero nunca el resarcimiento de los daños que en su caso se puedan llegar a causar, siendo éste el interés principal de los particulares cuando la falta de actuación del ente público afecta sus derechos; la figura que contempla el resarcimiento de un daño causado a un particular por la actuación o falta de actuación de un ente público, cuando no exista una justificación que permita la generación del daño, lo es la responsabilidad patrimonial del Estado, misma que en México se encuentra regulada en el último párrafo del artículo 109 constitucional, pero sólo es procedente en caso de actos materialmente administrativos que se realicen de manera irregular (actuación contraria al deber normativo).

Aun y cuando se ha buscado por distintos medios lograr el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado por actos legislativos tratando de demostrar que el Estado incurre en responsabilidad por las actividades de cualquiera de sus funciones, de manera tajante han establecido los Tribunales Federales que el Poder Constituyente decidió no incluir este tipo de actos, por lo que es imposible que proceda un trámite de responsabilidad legislativa a través de la regulación establecida en la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado y las leyes estatales de la materia (DTCMAPC, 2017, Tesis: I.100.A.40 A (10a.)).

Sin embargo, la omisión legislativa como supuesto de responsabilidad patrimonial de un Estado, se presenta por la actuación indebida de un ente público al no realizar aquello que le corresponde (emisión de un norma) causando daño, y se encuentra reconocida a nivel internacional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual a través de diversas resoluciones (caso *Cinco Pensionistas Vs. Perú*, 2003; caso *La Última Tentación de Cristo* (2001, Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile; 2005, caso *Acosta Calderón Vs. Ecuador*; 2006, caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*) ha establecido que la afectación de dere-

chos humanos puede derivar de la acción u omisión de cualquier autoridad pública, generando una responsabilidad internacional del Estado y, por ende, el deber de indemnizar el daño causado.

Si bien es cierto que podría parecer que la responsabilidad patrimonial del Estado regulada en México, y la responsabilidad internacional derivada del Sistema Interamericano de Derechos Humanos son dos figuras completamente distintas, la realidad es que ambas reconocen el derecho a una indemnización por afectación derivada del actuar indebido del Estado; la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado se regula en México con la finalidad de resarcir los daños causados por la actuación indebida de la autoridad dentro de sus atribuciones; por su parte la responsabilidad internacional del Estado deriva de los Tratados Internacionales celebrados por el Estado mexicano, y busca en primer término restituir al individuo del goce del derecho humano violado, pero también da la posibilidad de resarcimiento del daño causado.

Como puede verse, ambas figuras regulan el derecho al resarcimiento al daño causado por la autoridad, por lo que con base en el principio pro persona regulado en el artículo primero constitucional, se debe reconocer en México el derecho a una indemnización por la omisión legislativa de cualquier autoridad, por ser la norma internacional la que contempla una protección más amplia, mediante la aplicación del principio de convencionalidad, ya que la figura en el orden mexicano interno, sólo contempla el derecho de resarcimiento con relación a actos administrativos.

Por ello en México, como en cualquier otro país, la omisión legislativa puede llegar a constituir una causa de responsabilidad patrimonial por actos legislativos, buscando que se reparen los daños causados por la falta de emisión de la norma, pero habrá que analizar cada caso concreto para determinar si la afectación se traduce de manera directa en un derecho subjetivo adquirido por los particulares, o en la violación al texto constitucional por ir en contra de un mandato expreso, o de un deber implícito con base en los principios y valores que son protegidos por la propia Constitución.

Ante la problemática de falta de regulación a nivel federal, y en virtud de la nueva Ley de Amparo que contempla de manera clara en el

artículo primero su procedencia en caso de omisiones de cualquier autoridad que viole un derecho humano o garantías reconocidas para lograr la protección de éstos, en la Constitución o en los Tratados internacionales en que México sea parte, el juicio de amparo se convirtió en el único mecanismo de control constitucional interno viable para los particulares por afectaciones ante una omisión de la autoridad, dentro de ellas la legislativa, pero en ciertos casos dicho mecanismo puede cumplir una doble función al ordenar, por un lado, la emisión de la norma para preservar el orden constitucional, pero también, el cumplir con el fin de la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado que es el resarcimiento del daño causado.

Para ello se ha reconocido que dentro de un juicio de amparo el quejoso puede hacer valer la falta de interpretación del principio pro persona por parte de la autoridad responsable, o solicitar adentro del propio juicio llevar a cabo la interpretación (PTCMPADSC, 2015, Tesis: XVII.10.P.A. J/9 (10a.)), por lo que es a través del juicio de amparo que se puede reconocer la existencia de una omisión legislativa, y en ciertos casos, resarcir el daño causado, tal como se analizará en los apartados siguientes.

La carencia de mecanismos de control constitucional de las omisiones legislativas

En un inicio cuando los particulares se veían afectados en su esfera jurídica por la falta de creación de normas que dotaran de eficacia sus derechos reconocidos, promovieron juicios de amparo por ser el único mecanismo con que contaban; sin embargo, la autoridad federal en un inicio consideró que aceptar la procedencia del juicio de amparo en caso de omisión legislativa, iría en contra de la naturaleza de este medio de control constitucional, pues en términos del artículo 80 de la Ley de Amparo abrogada en el 2013, si se concedía el amparo el efecto sería la emisión de la norma omitida, la cual por naturaleza tiene como característica ser general, circunstancia que a todas luces implicaría contravenir el principio de relatividad de las sentencias.

Lo anterior fue argumentado de manera clara por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al establecer que los efectos que se generarían en una resolución que declarara procedente un juicio de amparo contra omisiones legislativas, no sólo sería vinculatorios para las partes del juicio, sino para cualquier persona que se ubicara en el supuesto normativo (2013, Tesis 2a. VIII/2013 (10a.)).

Con la reforma constitucional llevada a cabo en el año 2011, se modificó el artículo 103 Constitucional en su fracción I, estableciendo ahora la posibilidad de que los Tribunales Federales conozcan de controversias no sólo por actos de autoridad, sino también de omisiones en las que se violen derechos humanos y garantías establecidos en la Constitución, así como en tratados internacionales en que el Estado mexicano sea parte.

De esta forma se dio de manera inmediata un cambio en la regulación de improcedencia del juicio de amparo en contra de omisiones legislativas, estableciéndose que para poder determinar si es procedente o no el juicio de amparo, se requería realizar un análisis más a fondo de cada caso concreto con base en los hechos narrados, las pruebas aportadas y las actuaciones judiciales (PTCMATDPC, 2014, Tesis XI.10.A.T.33 A (10a.)).

Al no ser desechadas las demandas presentadas en ese sentido, se logró que las autoridades federales llevaran a cabo un estudio más adecuado de la omisión legislativa, a efecto de establecer la forma en que los particulares que se vean afectados por una conducta de ese tipo por parte de una autoridad, puedan generar no sólo la emisión de la norma, sino también el pago de daños que por dicha circunstancia lleguen a sufrir, sin que con ello se vaya en contra de los principios que rigen al juicio de amparo.

Sin embargo, fue hasta finales del año 2017 cuando de manera expresa se reconoció en una resolución por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al juicio de amparo como un mecanismo de control de las omisiones legislativas, tal como se verá en el apartado siguiente.

Amparo en revisión 1359/2015. Reconocimiento del juicio de amparo como mecanismo de control de las omisiones legislativas

El reconocimiento del juicio de amparo como un mecanismo de control constitucional de las omisiones legislativas, se dio a través de la resolución dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la sesión de fecha 15 de noviembre del 2017, mediante la cual resolvió el amparo en revisión número 1359/2015, concediendo el amparo y protección de la justicia federal a la quejosa Asociación Civil Campaña Global por la Libertad de Expresión A19, en contra de la omisión legislativa llevada a cabo por la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores, al no expedir la ley reglamentaria del párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución, dentro del plazo señalado para ello por el Constituyente Permanente en el artículo tercero transitorio al momento de realizar la reforma constitucional, el cual establecía que se debía expedir durante el segundo periodo de sesiones ordinarias del segundo año de ejercicio de la LXII Legislatura.

El recurso de revisión fue interpuesto en virtud de que en el amparo indirecto que promovió la quejosa y que fue turnado al Juez del Décimo Primero de Distrito en Materia Administrativa del entonces Distrito Federal, se dictó una sentencia en que se sobreseyó el juicio de amparo al considerar el Juez que existían causales de improcedencia en términos de la fracción XXIII del artículo 61 de la Ley de Amparo (que establece la improcedencia del juicio de amparo en aquellos casos en que exista una disposición al respecto en la Constitución), en relación con el primer párrafo del artículo 107 constitucional (el cual establece que quedan exceptuadas de conocimiento de los Tribunales Federales las controversias en materia electoral) y la fracción II del propio artículo 107 (que dispone que la sentencia que se dicte en un juicio de amparo sólo ampararán y protegerán a los quejosos de la Constitución.

Fueron dos los argumentos que dieron fundamento a la resolución: en primer lugar, se determinó que la naturaleza de la norma que

no fue emitida era de carácter electoral y por ende no era procedente el juicio de amparo; el segundo argumento consistió en establecer que al ser una omisión legislativa el acto reclamado, el juicio de amparo era improcedente ya que la sentencia que se dictare en caso de ser procedente, iría en contra del principio de relatividad de las sentencias.

En el estudio que realizó la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que no se presentaban los supuestos de improcedencia que fueron señalados por el Juez de Distrito, ya que la norma no emitida no tenía carácter electoral pues lo que se busca con ella es desarrollar los principios que deben regir en la comunicación social que realicen los entes públicos; por otro lado con relación al principio de relatividad de las sentencias, la Primera Sala dejó claro que a partir de la reforma constitucional del 11 de junio de 2011, se generó una ampliación del espectro de protección que existe a través del juicio de amparo, ya que ahora no sólo se puede proteger a través de él a los derechos individuales y exclusivos, sino también a aquellos derechos que tienen una naturaleza colectiva y difusa, lo que permite que los efectos de una sentencia de amparo puedan llegar a la esfera jurídica de terceros.

Los argumentos anteriores permitieron revocar la resolución de sobreseimiento del juicio de amparo dictada por el Juez de Distrito, concediendo el amparo y protección a efecto de que la norma omitida fuera dictada; sin embargo, lo trascendente de la resolución es que la Primera Sala reconoce por primera vez al juicio de amparo como un mecanismo de control de las omisiones legislativas, estableciendo que el fundamento de ello deriva de la propia Constitución, ya que el artículo 103 fracción I establece la procedencia del juicio de amparo contra omisiones de autoridad y el artículo 107 fracción VII, la procedencia en contra normas generales; además la fracción II del artículo 107 de la Ley de Amparo establece la procedencia del juicio de amparo indirecto contra omisiones de autoridades distintas a los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, sin que exista ningún supuesto de exclusión contemplado que haga que la figura de la omisión legislativa no sea considerada en dichos casos.

Dicha resolución no sólo establece de manera expresa la posibilidad de promover un juicio de amparo contra una omisión legislativa, sino que además la Primera Sala dejó claro que al tener los Tribunales de Amparo la función de velar por el cumplimiento del orden constitucional, se encuentran facultados para obligar al Poder Legislativo a legislar, pues aun y cuando la facultad de legislar es discrecional, al tratarse de un deber establecido en la Constitución se vuelve una competencia de ejercicio obligatorio (2018, Tesis 1a. XXII/2018 (10a.)).

Por ello el juez de constitucionalidad al momento de emitir la sentencia no despliega una voluntad propia, sino que lo que hace es extender la norma constitucional por encima de los poderes constituidos, sin que por ello se considere que se está dando una afectación a la libertad de configuración del órgano legislativo (Sarmiento Erazo, 2010, p. 23).

A través de este reconocimiento el juicio de amparo se convierte en el mecanismo de control constitucional con que cuentan los particulares en contra de las omisiones legislativas, cuando busquen la protección de un derecho reconocido constitucionalmente, cuya efectividad se encuentra condicionada a la expedición de la norma no emitida.

El cumplimiento sustituto de la sentencia de Amparo en caso de omisión legislativa

El reconocimiento del juicio de amparo como un mecanismo de control de las omisiones legislativas, abre la posibilidad a diversas formas de ejecución de la sentencia que conceda el amparo, siendo en todos los casos el principal el que se emita la norma que en su oportunidad no fue realizada; sin embargo, con la reforma constitucional del 2011 y la creación de la nueva Ley de Amparo del 2013, el cumplimiento de la sentencia sufrió cambios que permiten considerar otros supuestos de ejecución en caso de la omisión legislativa, como el hecho de que la no emisión de la norma pudo haber afectado derechos adquiridos por el quejoso cuya efectividad dependiera de la emisión de la norma, lo que podría traer como consecuencia la imposibilidad de restitución del derecho afectado y la necesidad de una compensación económica por tal circunstancia.

Las bases que se establecen en el actual artículo 107 Constitucional para dar cumplimiento y ejecución a las sentencias de amparo se pueden resumir en dos aspectos: 1) no puede archivarse ningún juicio de amparo sin que se cumpla la sentencia (principio de prosecución judicial); 2) se establecen dos supuestos de incumplimiento de la sentencia de amparo: justificado, por hechos o derechos que hace imposible el cumplimiento, e injustificado, cuando se niega la autoridad a cumplir o se excusa de manera infundada (Vergara López & González Santos, 2014, pp. 22-23).

Para ello la Ley de Amparo dentro de su título tercero regula los procedimientos para llevar a cabo el cumplimiento y ejecución de las sentencias de amparo dictadas dentro de los juicios, contemplando el supuesto de imposibilidad de cumplimiento en naturaleza de la sentencia, y permitiendo el resarcimiento del daño directo causado con la realización del acto reclamado, como una forma de sustituto.

Este supuesto se da a través del denominado incidente de cumplimiento sustituto, que permite cumplir la sentencia de amparo mediante el pago de daños y perjuicios al quejoso en dos casos concretos: 1) cuando de ejecutar la sentencia se generaría una afectación a la sociedad en proporción mayor a los beneficios que obtendrá el quejoso; 2) cuando las circunstancias materiales del caso hagan imposible restituir las cosas al estado en que se encontraban, o se generen de una manera desproporcionalmente gravosa para el gobernando.

En el caso de que en una sentencia dictada dentro del juicio de amparo se conceda éste, los efectos serán restituir al gobernado del goce de sus derechos, mismos que en ninguna circunstancia pueden ser remplazados; sin embargo a través del incidente de cumplimiento sustituto, se busca el pago de una cantidad de dinero que procure reparar la afectación del derecho desde el punto de vista patrimonial (valor económico del derecho afectado).

El procedimiento se inicia a petición de parte o de oficio por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de forma incidental, debiendo ofrecer las pruebas que se estimen necesarias a efecto de acreditar la existencia de los daños que se causaron, así como su cuantificación, procedimiento semejante al que se utiliza a través de la responsabilidad

patrimonial del Estado, en donde se deben ofrecer pruebas para que se tenga por demostrada la relación de causalidad entre la actividad administrativa y la lesión, el valor del daño causado y el monto de la indemnización (SCJN, 2014, Tesis:1a. CLXXVIII/2014 (10a.)).

Cabe señalar que una novedad que presenta al nueva Ley de Amparo en cuanto al cumplimiento sustituto, es la posibilidad de hacer un convenio para el pago de los daños, el cual será sancionado por la autoridad ante la cual se tramitó el juicio de amparo y con él se tendrá por cumplida la sentencia; el convenio como tal sólo deberá proceder cuando se den los mismos supuestos en que se da el cumplimiento sustituto, pues su finalidad sólo es generar economía procesal en cuanto a la cuantía de la indemnización (Ferrer Mac-Gregor & Sánchez Gil, 2014, pp. 234-235).

Lo anterior permite determinar que en caso de que se presente un amparo en contra de una omisión legislativa y la sentencia que se dicte determine la restitución del quejoso en el goce del derecho violado, siendo esto imposible, se podrá acceder al pago de una indemnización con base en los daños que se acredite que se causaron por la imposibilidad de goce del derecho, o a un acuerdo al que lleguen el particular y la autoridad responsable, lo que implicaría la existencia de una responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que esta figura tiene como finalidad reconocer un actuar indebido de la autoridad, y resarcir el daño causado.

Para ello, la autoridad de amparo deberá tener como parámetro para determinar el importe de la indemnización, los criterios que se han establecido para la responsabilidad patrimonial del Estado, pues al igual que en un procedimiento en el que se busque el reconocimiento de aquélla, en el incidente de cumplimiento sustituto de la sentencia de amparo la obligada al resarcimiento es la autoridad responsable.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la nación ha establecido que la determinación del quantum indemnizatorio que debe otorgar el Estado a un particular por su indebida actuación, debe atender a los factores que se presentan en cada caso, a fin de generar una solución justa; dichos factores con relación a la víctima incluyen el aspecto cualitativo (derecho o interés lesionado, existencia del daño y

gravidad de la lesión o daño), y el aspecto patrimonial del daño moral (gastos devengados y gastos por devengar); con relación a la autoridad responsable, se deberá analizar la naturaleza de la relación jurídica en que generó el hecho ilícito, el grado de responsabilidad, la capacidad económica y el hecho de que la indemnización busca reparar el daño causado (SCJN, 2018, Tesis: 1a. CXCIII/2018 (10a.)).

Dicho parámetro sólo se utilizará para determinar el importe de los daños, pero dentro del cumplimiento sustituto de una sentencia de amparo, no cabe la figura de los perjuicios, entendidos éstos como cualquier ganancia lícita dejada de percibir por la falta de actuación del ente estatal, toda vez de que se trata de un supuesto de excepción, y por lo mismo, sólo se contempla como una compensación por la falta de restitución del derecho afectado (SCJN, 1997, P./J. 99/97).

Aun y con las limitantes señaladas y el hecho de que el juicio de amparo sea un mecanismo que no cualquier persona puede ejercer por requerir de conocimiento técnicos en la materia, lo que implica que necesariamente se deba contratar a un especialista en derecho, el reconocimiento que se hace de él como un mecanismo de control de las omisiones legislativas, y la existencia de un procedimiento que permite el cumplimiento sustituto de la sentencia de amparo mediante el pago de daños en caso de que no sea posible restituir al quejoso del goce de sus derechos, abre la puerta para que en ciertos casos se pueda obtener un resarcimiento por la no emisión de una norma por parte de una autoridad, cuando existe el deber constitucional concreto para ello, indemnización que cumple con los fines de la responsabilidad patrimonial del Estado, convirtiéndose el juicio de amparo en un mecanismo de reconocimiento de la responsabilidad por omisión legislativa.

Conclusiones

La omisión legislativa en México no se encuentra reconocida como un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado, ya que esta figura sólo es reconocida para el caso de daños causados por la actividad administrativa llevada a cabo por cualquiera de los tres poderes; como figura independiente, ha sido regulada como un mecanismo de control de constitucionalidad local por entidades federativas como Veracruz, Chia-

pas, Quintana Roo, Tlaxcala y Nayarit, y a nivel federal ha sido aceptada como un supuesto de controversias constitucionales; sin embargo, la finalidad de los procesos que se llevan a cabo en estos supuestos, se enfocan sólo en generar la emisión de la norma no expedida.

Esta limitante y el hecho de que no se reconozca la posibilidad de reclamar una responsabilidad patrimonial del Estado en caso de actos legislativos, ha generado que los particulares que se vean afectados por la no emisión de una norma que establecería el mecanismo para hacer efectivo un derecho ya reconocido, y no puedan reclamar el resarcimiento de los daños causados ante la inactividad de la autoridad.

A través de la resolución dictada el 15 de noviembre del 2017 por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dentro del amparo en revisión número 1359/2015, se reconoce al juicio de amparo como el mecanismo de control constitucional para que los particulares hagan valer la protección de un derecho que no han podido ejercer, debido a la falta de desarrollo legislativo de cualquiera de los órganos del Estado, ya que con ello están incumpliendo un deber concreto establecido en la Constitución.

Este reconocimiento del juicio de amparo como mecanismo de control constitucional contra las omisiones legislativas, parecería intrascendente para obtener una indemnización por los daños causados por la autoridad al no emitir la norma, si se considera que su finalidad es restituir al quejoso en el goce del derecho afectado, lo que, en el presente caso, se traduciría en ordenar la emisión de la norma respectiva a efecto de dar cumplimiento al orden constitucional.

No obstante, se debe tener presente que, con la nueva Ley de Amparo, se vuelve trascendente el cumplimiento y ejecución de las sentencias dictadas en beneficio del quejoso, al grado de que, con base en el principio de prosecución procesal, es indispensable que no se archive ningún asunto hasta en tanto no se haya dado cumplimiento a la sentencia, ya sea restituyendo al quejoso en el goce del derecho violado, o en caso de imposibilidad de ello, generando un cumplimiento sustituto.

Por ello el juicio de amparo como mecanismo de protección contra las omisiones legislativas, puede llegar a cumplir una doble función: 1) protector del orden constitucional al generar el cumplimiento de los

deberes establecidos con relación a la emisión de una norma; 2) restaurador de los daños causados por la no emisión de la norma; la primera de las funciones sería de carácter general, ya que se daría en beneficio de cualquier persona que se ubique en el supuesto respectivo, pues la emisión de la norma generaría efectos frente a terceros; por el contrario, la segunda de las funciones sólo buscaría un beneficio particular, consistente en el pago de los daños causados cuando no es posible restituir al quejoso en el derecho violado.

Este efecto particular del juicio de amparo en caso de que sea imposible la restitución del quejoso en el goce del derecho violado se traduce en un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado por actos legislativos, en específico, por omisión legislativa, pues a través del cumplimiento sustituto de la sentencia de amparo, se lograría obtener una indemnización por la falta de actuación de un órgano del Estado, finalidad en que se funda dicha figura.

Por ello aun y cuando en México de manera expresa el último párrafo del artículo 109 constitucional sólo reconozca el derecho a una indemnización por actos de carácter administrativo de la autoridad, a través de otros mecanismos como lo es el juicio de amparo, es posible lograr no sólo el reconocimiento de una actuación indebida por parte de la autoridad al no acatar un deber concreto, sino también en ciertos casos, el pago de los daños causados por ese incumplimiento.

Bibliografía y recursos electrónicos

- Báez Silva, C. (2009). *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*. México: Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.
- Carbonell, M., Fernandez Rodríguez, J. J., & Villaverde, I. (2018). *La inconstitucionalidad por omisión*. México: Centro de Estudios Jurídicos Carbonell A.C.
- Carpio Marcos, E., & Eto Cruz, G. (2004). *El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el derecho comparado*. México: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C.

- Ferrer Mac-Gregor, E., & Sánchez Gil, R. (2014). *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*. México: Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.
- González Noriega, O. C. (enero-junio de 2016). La omisión legislativa como hecho generador de la responsabilidad patrimonial del Estado. En *Verba Iuris* (35), 41-63. Consultado el 14 de febrero de 2019, de <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/35/omision-legislativa.pdf>
- Núñez Valadez, M. A. (2018). *La omisión legislativa y su control jurisdiccional constitucional en México*. Ciudad de México: Tirant lo blanch.
- Rangel Hernandez, L. M. (2009). *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría General y su control Jurisdiccional en México*. México: Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Constitucional.
- Real Academia de la Lengua Española. (13 de Febrero de 2019). Obtenido de <https://dle.rae.es>
- Santos Flores, I. (2011). *La omisión legislativa en materia tributaria, el caso México*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa.
- Sarmiento Erazo, J. P. (2010). *Responsabilidad del Estado por omisión legislativa*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, Depalma.
- Vergara López, C., & González Santos, G. (2014). *Cumplimiento y ejecución de las sentencias. Nueva Ley de Amparo. Procedimientos y recursos*. México, D. F.: Tirant lo Blanch.

Normatividad

- Cámara de Diputados (1917). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* [en línea]. Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1270818.pdf> [12 de febrero de 2019].
- Cámara de Diputados (1936). *Ley de Amparo Abrogada* [en línea]. Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lamp/LAmpabro.pdf> [25 de febrero del 2019].
- Cámara de Diputados (2013). *Ley de Amparo* [en línea]. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp_150618.pdf [25 de febrero del 2019].

Jurisprudencias

- Cuarto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito, Tesis I.40.A.21 K (10a.), OMISIÓN LEGISLATIVA. SU CONCEPTO. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, t. II, libro 1, diciembre de 2013, p. 1200.
- Décimo Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito, Tesis I.100.A.40 A (10a.), RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. LOS ACTOS MATERIALMENTE LEGISLATIVOS NO LA CONFIGURAN. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, t. IV, libro 45, agosto de 2017, p. 3107.
- Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis 1a. CXCIII/2018 (10a.), DERECHO A UNA JUSTA INDEMNIZACIÓN. DETERMINACIÓN DEL QUÁNTUM EN LOS CASOS EN QUE EL ESTADO ES LA PARTE DEMANDADA. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, t. I, libro 61, diciembre 2018, p. 289.
- Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis 1a. XX/2018 (10a.), OMISIONES LEGISLATIVAS. SU CONCEPTO PARA FINES DEL JUICIO DE AMPARO. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, t. I, libro 52, marzo de 2018, p. 1100.
- Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis 1a. XXII/2018 (10a.), OMISIONES LEGISLATIVAS. LOS TRIBUNALES DE AMPARO TIENEN FACULTADES PARA ORDENAR LA RESTITUCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS QUEJOSOS CUANDO ÉSTOS HAYAN SIDO VIOLADOS POR. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, t. I, libro 52, marzo de 2018, p. 1099.
- Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis 1a. CLXXVIII/2014 (10a.), RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO PREVISTO EN LA LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, libro 5, abril de 2014, p. 817.
- Primer Tribunal Colegiado en materia Administrativa y del Trabajo del Primer Circuito, Tesis XI.10.A.T.33 A (10a.), OMISIÓN LEGISLATIVA O ADMINISTRATIVA. EL MOTIVO DE DESECHAMIENTO DE UNA DEMANDA DE AMPARO, CONSISTENTE EN QUE NO PROCEDE EL JUICIO EN SU CONTRA, NO ES NOTORIO, MANIFIESTO NI INDUDABLE, PORQUE IMPLICA UN ESTUDIO EXHAUSTIVO SOBRE EL TEMA QUE NO ES PROPIO DE UN ACUERDO, SINO DE LA SENTENCIA. Gaceta del

- Semanario Judicial de la Federación, décima época, t. III, libro 9, agosto de 2014, p. 1861.
- Primer Tribunal Colegiado en materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito, Tesis: XVII.10.P.A. J/9 (10a.), PRINCIPIO PRO PERSONA COMO CRITERIO DE INTERPRETACIÓN DE DERECHOS HUMANOS. TEST DE ARGUMENTACIÓN MÍNIMA EXIGIDA POR EL JUEZ O TRIBUNAL DE AMPARO PARA LA EFICACIA DE LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, t. IV, libro 23, octubre de 2015, p. 3723.
- Segunda Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis 2a. CXXVIII/2001, DIVISIÓN DE PODERES. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LA PROHIBICIÓN CONTENIDA EN EL TEXTO ORIGINAL DEL ARTÍCULO 49 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, RELATIVA A QUE EL PODER LEGISLATIVO NO PUEDE DEPOSITARSE EN UN INDIVIDUO. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, t. XIV, agosto de 2011, p. 227.
- Segunda Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis 2a. VIII/2013 (10a.), OMISIÓN LEGISLATIVA. ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO EN SU CONTRA, CONFORME AL ARTÍCULO 73, FRACCIÓN XVIII, DE LA LEY DE LA MATERIA, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN II, PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, t. 2, libro XVII, febrero de 2013, p. 1164.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis P./J. 99/97, EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE AMPARO. REGLAS PARA CUANTIFICAR EL PAGO EN EL INCIDENTE DE DAÑOS Y PERJUICIOS PARA SU CUMPLIMIENTO SUSTITUTO. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, t. VI, diciembre de 1997, p. 8.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis P./J. 11/2006, OMISIONES LEGISLATIVAS. SUS TIPOS. Semanario Judicial de la Federación, novena época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1527.

Resoluciones judiciales

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de junio de 2005, serie C, número 129. [en línea]. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr>

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, número 154 [en línea]. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de febrero de 2003, serie C, número 98 [en línea]. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C, número 73 [en línea]. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr>
- Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en Revisión 1359/2015, recurrente Campaña Global por la libertad de expresión A19, Asociación Civil [en línea]. Recuperado de https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas_documento_dos/2017-10/AR-1359-2015-171025.pdf
- Segunda Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Controversia Constitucional 13/2018, actor Poder Judicial de Baja California [en línea]. Recuperado de http://www.dipu.tados.gob.mx/LeyesBiblio/compila/controv/232controv_01oct18.doc

Reseña del libro *Cautio Criminalis* (Cautela Criminal) de Friedrich Spee¹

Alberto Filippi

I. Acaba de cumplirse, premiando su encomiable perseverancia, uno de los mejores propósitos del profesor Zaffaroni, para cuya realización trabajaba desde hace años: la edición en español de la *Cautio Criminalis* de uno de los mayores y más originales juristas de la primera mitad del siglo XVII, el jesuita alemán Friedrich Spee. Ensayo precedido por un erudito y apasionado estudio de mi admirado colega americano, en el cual, con razonada convicción, coloca y rescata para nuestra cultura jurídica la obra de Spee, subrayando su extraordinaria relevancia para la crítica de los sistemas punitivos y el necesario replanteo del canon tradicional de la historia de la criminología, que debe reconocer en las denuncias de Spee uno de sus pilares constitutivos, casi siglo y medio antes de *Dei delitti e delle pene* de Cesare Beccaria.

Ensayo precursor de las culturas que desembocan en la Ilustración humanística y enciclopédica que, desde Gottfried Leibniz, Christian Thomasius, Pierre Gassendi y Nicolas Malebranche, hasta Ludovico Antonio Muratori, Voltaire y Montesquieu, desarma críticamente la

¹ Estudio preliminar: E. Raúl Zaffaroni. Traducción del latín: Eugenia Nagore y Silvia Manzo. Ediar. Acerca de la auspiciada traducción al español y edición en Buenos Aires de una de las mayores obras jurídicas del siglo XVII: La *Cautio Criminalis* (1632) de Friedrich Spee. Para la historia crítica del poder punitivo y la defensa de los vulnerables, entre Friedrich Spee y Raúl Zaffaroni.

extrema representación misógina del mito bíblico (del chivo expiatorio) de las “mujeres brujas” como portadoras diabólicas del mal.

Obra que también permite llevar a cabo una revisión crítica de la perspectiva de larga duración de la cronología de los derechos, dado que “la *Cautio Criminalis* es [...] un claro documento histórico que nos ofrece un cuadro completo de las estructuras básicas que se fueron configurando en los siglos precedentes y que culminan con este aporte de la criminología crítica de Spee en 1631.

“Durante los cuatro siglos posteriores –insiste y advierte Zaffaroni– y hasta el presente, pivoteamos alrededor de estas estructuras en todas las dimensiones penales y criminológicas” (Friedrich Spee, *Cautio Criminalis*, Cautela criminal, estudio preliminar de Raúl Zaffaroni, ediciones Ediar, Buenos Aires, 2017, p. 124.).

En efecto, la compleja y dramática experiencia institucional y humana de Spee en el profundo interior del sistema punitivo de su tiempo no es sólo a nivel de denuncia de por sí de enorme relieve (punta de lanza de la cultura humanística en contra del poder establecido), sino que su acción misma como operador jurídico en lo más álgido de su práctica es el resultado doloroso de su valiente conducta personal.

Como resalta Zaffaroni, Spee se refiere continuamente a “su yo, su ich, he visto, me han dicho, he oído [] no se llena de citas, sino de luchas, a las cuales testimonia personalmente o las pone en boca de terceros anónimos [...], pero siempre partiendo de la experiencia personal y en la facticidad de los juicios y los acontecimientos que observa, como corresponde a una criminología crítica” (Friedrich Spee, *op. cit.*, estudio preliminar de Raúl Zaffaroni, p. 117-118).

Su formación y su intensa, fascinante vida en varios lugares (Colonia, Fulda, Würzburg, Espira, Worms, Maguncia y Tréveris) fueron atravesadas y determinadas por los dramáticos avatares de las guerras internacionales y civiles de religión, entre luteranos, calvinistas y católicos, que tuvieron como escenario la Alemania de su tiempo, en la que muchos historiadores consideran como la época más catastrófica por los millones de muertos, hambrunas y flagelos que la azotaron como nunca.

Inicialmente Spee, siguiendo su pasión por evangelizar, quería viajar al Extremo Oriente –emulando el ejemplo tan comentado entre

los jóvenes jesuitas de Matteo Ricci y Francisco Javier—, pero el “provincial” de la orden Goswin Nickel no lo consintió y dispuso que debía “misionar” en su propia tierra, siendo que “la India es Alemania”, donde los católicos debían ser defendidos y los militares protestantes (de los ejércitos regulares y mercenarios) debían ser convertidos al catolicismo a través de la militancia espiritual “ignaciana”.

La paradoja es que Nickel al constreñirlo a permanecer en Alemania lo envía a la ciudad de Espira, sede, vaya casualidad, del mayor tribunal del imperio gobernado por los Habsburgo, el Reichkammericht, que le permitió acceder a un conocimiento directo de la vida judicial, siendo además (y por lo mismo) Espira el lugar donde funcionaba una de las más completas y actualizadas bibliotecas jurídica y teológica de toda Alemania.

La enorme, erudita información que se percibe y deduce a lo largo de toda la *Cautio* —minuciosamente comentada por Zaffaroni— demuestra la notable capacidad de Spee con la cual trabajó sobre las obras de tantos autores, laicos y religiosos de toda Europa, conservados en esa excepcional biblioteca.

La muy polémica *Cautio Criminalis*, *Seu de processibus contra sagas. Liber. Ad magistratus Germanie* [...] está dirigida a las máximas autoridades alemanas (muchas de las cuales eran príncipes y barones protestantes), redactada entre 1629 y 1631 y hecha circular clandestinamente en forma manuscrita, para ser editada en 1631 de manera anónima (si bien el autor es irónicamente identificado como un “theologo romano”) y la editó Peter Lucius, en su condición de “*Typographus-academicus*” de la Universidad de Rinteln (que entonces se denominaba Schaumburg), en la actual Baja Sajonia.

Relativamente protegido desde la Santa Sede en Roma y por el “general” de la Orden de los Jesuitas, Muzio Vitelleschi, Spee logró que se publicara en Frankfurt (1632) una segunda edición en la cual renueva y amplía sus críticas jurídico-teológicas a las autoridades políticas y a sus cómplices (jueces, policías, verdugos, carceleros), que obedecían las órdenes de los príncipes que protegían las torturas y los juicios a las mujeres acusadas de satánica brujería, invocando la *Constitutio Criminalis Carolina* que había sido promulgada por Carlos V.

Todos ellos acusados por Spee como responsables de la sistemática y horribra masacre hecha a partir de la “cacería de brujas”, de la tortura y la muerte en la hoguera, suscitando nuevos ataques que lo obligan a dejar, en 1634, la cátedra de moral de la cual era profesor en Colonia para retirarse en la casa de los jesuitas en el principado de Tréveris en la Renania ocupada militarmente por los españoles (en un episodio más de la ya citada guerra de religión de los Treinta Años), donde moriría al año siguiente durante una epidemia de peste, a los 44 años.

II. Una de las relevantes e inusitadas características del libro que estoy reseñando es la de haber sabido adoptar una innovadora visión de defensa de los “jurídicamente más débiles”, planteando una serie de preguntas sustanciales acerca del *status* jurídico en el que se encontraban esas mujeres expuestas a la violencia arbitraria de “los más fuertes” al ser acusadas del delito de brujería, y acerca de cuáles fueran los derechos y garantías que se les negaban. De hecho, al jesuita alemán le interesa hablar en nombre y para las decenas de mujeres injustamente imputadas que ha conocido en el secreto del confesional, que ha asistido durante las torturas y acompañado en los momentos que preceden al impacto violentísimo de la muerte, quemadas vivas en público, en la indecencia espantosa de dolores atroces y extremos.

“Debemos imaginar el efecto –evoca Zaffaroni con sincera simpatía hacia Spee– que podía producir en el ánimo de un hombre con sensibilidad de poeta, la tarea de acompañar a mujeres inocentes a ser quemadas, sólo para beneficio de unos corruptos despreciables. A medida que iba cumpliendo su función de confesar a las infelices víctimas, más convencido estaba de que esos procedimientos sólo consiguieron mandar cada vez más inocentes a esta horrible muerte”.

Los datos son categóricos y espeluznantes: en esos años fueron ejecutadas la mayoría de las mujeres acusadas de ser brujas. En Maguncia (entre 1626 y 1629) se registraron 442 condenas a muerte y sólo en la pequeña ciudad de Mietenberg, de 3,000 habitantes, hubo en 1629 (el año en que Spee comienza a escribir la *Cautio*) la espantosa cifra de 334 ejecuciones. En 1630 en la ciudad de Würzburg, en los tribunales fanatizados por el príncipe obispo Johann Bornheim, fueron llevados a la hoguera 219 mujeres, hombres y hasta niños.

Agobiado y desencantado por este repetido *descensus ad inferi*, el valiente jesuita escribe la *Cautio Criminalis* para denunciar las terribles leyes excepcionales que permitían y justificaban la “tortura judicial” y esta forma abyecta de “feminicidio” encubierto, gracias a los mecanismos del sistema penal que permitían reprimir –usando indiscriminadamente la tortura como medio de “prueba”– el “crimen exceptum”, la brujería; razón por la cual, en nombre del Imperio y del poder se podía violar toda seguridad jurídica, hasta sostener que frente a los crímenes excepcionales: “*ordo est ordinem non servare*”; siendo éste uno de temas centrales afrontados por Spee con mayor profundidad en las páginas en las cuales analiza la Cuestión XXXVI.

La introspección en los laberintos del poder punitivo, inclemente y penetrante del libro de Spee no podía no llamar la atención de Zaffaroni –desde sus años juveniles tan preocupado en establecer vínculos con la cultura jurídica alemana– hasta conducirlo a la generosa empresa –concluida con esta impecable edición argentina de Ediar– de traerlo, con toda la carga de sus enseñanzas, hasta nuestra actualidad, de permitirnos su lectura en español.

Lectura que diría obligatoria en los tiempos agobiantes que vivimos, de permanentes “estados de excepción” y de “tortura judicial”. Tiempos dominados por la “judicialización” de la política, de criminalización de los vulnerables, por la exacerbación de los fundamentalismos ideológicos y del odio en la “civilizada” Europa hacia los extra-comunitarios y en el “asediado” Occidente hacia los despreciados migrantes de todas las etnias.

Discriminados y víctimas de la cultura jurídico-política y mediática del “descarte” a los cuales son sometidos en y por los bien conocidos mecanismos perversos y alienantes del “derecho penal inhumano” –para decirlo citando el título del último libro de Zaffaroni–, de la degradación del Otro, de los “satanizados”, de los “embrujados” de turno o de los “enemizados”, según el certero e inquietante neologismo.

Urgido a interpretar, a “partir de los hechos” los casos concretos que denuncia, Spee realiza una aplicación específica (en cada “Cuestión Jurídica” que se propone analizar), de las “reglas jurídicas” que deduce y trae a colación recurriendo a la gran tradición europea del derecho

romano-justiniano, de los glosadores tardo-medievales de la escuela de Irnerio en la que la sistematización llevada a cabo por los juristas de lo que se denominó el Mos Italicus, comenzando por Bártolo de Sassoferrato (1313-1357) y su discípulo Baldo de Ubaldis (1327-1400).

Valiosa tradición del “derecho natural” entendido como *Ius Commune* que se había replanteado y difundido en algunas ciudades y universidades, desde Bolonia, Padova, a París (donde estudiaron, sea dicho de paso, Ignacio de Loyola y sus amigos, que luego en Roma darán vida a la Orden Jesuita) que en los distintos lugares de Europa tenía sus especificidades generadas con la elaboración de diferentes “regula iuris” capaces de enfrentar (por analogía) o responder a las tantas *quaestio* (cuestiones) que el sistema civil o penal de la época presentaba en su complejo y contradictorio funcionamiento.

Sistema que, en el caso de Spee, afronta para mejorarlo con una serie de propuestas que (hasta hoy) debemos reconocer como revolucionarias, y de manera del todo excepcional para la época, respecto a la afirmación explícita al derecho de igualdad (también entre mujer y hombre) en cuanto en la concepción misma y la aplicación de los derechos que actualmente denominamos humanos. Recuérdese, acerca de la importancia de la denominada *die Rezeption* en Alemania del derecho romano-justiniano –entendido como *ius commune*– que en el siglo precedente se había editado el Digesto en alemán, por obra de Gregorio Aloandro, partiendo de la parcial traducción realizada en Florencia (*littera florentina*) por Angelo Poliziano (1529), y en los años de Spee (y siguientes) aparecerán compendios y varias recopilaciones de obras del Mos Italicus, entre las cuales las de Próspero Farinacci, considerando el mayor penalista del Cinquecento italiano, vuelto famoso por la defensa que hiciera de Beatrice Cenci.

III. Como sabemos, al comienzo del Digesto encontramos la definición de *ius naturale* que fuera dada por Ulpiano y que marcará en sus transformaciones en los siglos posteriores las interpretaciones que los glosadores harán del *ius* entendido como *commune* y de los tantos desarrollos, entre Italia y España con las obras de los juristas (y juristas teólogos) de la llamada Segunda Escolástica y de la Contrarreforma, de cuya cultura jurídica Spee es un destacado exponente.

Sostenía Ulpiano, y se retoma en el Digesto: *ius naturale est quod natura omnia animalia docuit* [el derecho natural es aquél que se manifiesta en todos los animales]: “este derecho natural no es especial sólo del linaje humano, sino común a todos los animales que nacen en el cielo, en la tierra y en el mar.” Y se remarca: “todos los pueblos regidos por leyes o costumbres, tienen un derecho, que en parte les es propio y en parte es común a todos los hombres” [*communi ómnium hominem*] como está escrito en el Título II sobre el Derecho Natural en las Instituciones de Justiniano (cuya primera edición es del año 529).

Mas en general, el modelo jurídico conceptual introducido por los glosadores, especialmente por Baldo —que por lo demás resultaba ser muy diferente a la realidad institucional de las sociedades medievales—, consideraba que los poderes políticos públicos en toda sociedad o pueblo tenían un origen y un carácter “natural”, primigenio. De manera tal que no descendían o no dependían de un orden superior (religioso, militar o de las dinastías de los reyes de turno), puesto que la existencia misma de los cuerpos sociales era un *prius*, en todos los pueblos (*omnes populi*), que precedía cualquier orden o legitimidad institucional, y que tenía la posibilidad de autoreglamentarse o de ordenarse según las decisiones tomadas por las mismas comunidades o ciudades. Como se puede leer en los comentarios de Baldo al texto del Digesto, sobre las “leyes” naturales *omnes populi*, en contraposición a las leyes de los *iura propria* o derechos particulares.

El formidable intento de Spee de exigir la reforma de la “*praxis criminal*”, espantosa e inhumana, imperante en aquella Alemania, con especial referencia al desafortunado empleo inquisitorial de la tortura, debe entenderse —y a mi modo de ver, ser valorado sobremanera— en cuanto recupera y aplica a los casos concretos de los que es testimonio directo y crítico, la tradición precisamente del derecho como *ius commune* (en cuanto “derecho natural” referido a todos los hombres y mujeres en igualdad jurídica), llevando a cabo una nueva aplicación de lo que ya habían realizado los juristas glosadores (y sus distintos continuadores) que el propio Spee considera y evoca como referentes que han sido para él esenciales en este preciso orden: “los doctores Bárto-

lo, Baldo, Marsili, Cotta, Fallero, Gómez, Próspero, Caravita, Del Bruno y otros citados por Farinacci”.

Siendo este último, uno de los más apreciados sostenedores del derecho natural de la “defensio” (ejercida por los *advocati*) de los imputados, y en general asertor de las necesarias garantías de la defensa sin las cuales el juicio mismo podía resultar inválido y nulo, según la valorizada “regula juris”: “*Omnia gesta post denegata defensionis sunt ipso facto nulla*”; más aún, Farinacci llegó a proponer la introducción de la pena de muerte para aquellos jueces que violaran deliberadamente las normas que limitaban la aplicación de la tortura (que ya en el *Digesto* se consideraba como “*Res fragilis et periculosa*”). Como nota a pie de página recuerdo que la obra a la cual hace referencia Spee es al monumental Tratado del jurista romano (que poco antes había también evocado por su nombre, Próspero) y cuya interpretación y actualización del *ius commune* de los textos de los glosadores se había publicado en Venecia por Varisco en cuatro volúmenes en el año 1608 (Próspero Farinacci: *Praxis et theoricæ criminalis*, citado por Spee en la *Cautio criminalis* pp. 145 y 183, con referencia al Tomo II, cuestión 37, párrafo 90 y Tomo II, cuestión 38, párrafo 113).

Obsérvese bien como, desde esta perspectiva Spee, en su interpretación y uso del *ius commune* como derecho natural, va en contra, con razonado coraje doctrinario, de los mayores juristas alemanes tanto católicos como luteranos que, al contrario, sostenían las teorías intimidatorias y retributivas en cuanto a las prácticas del “derecho penal común”, cuyo antecedente fueron las normas recogidas en la *Constitutio Carolina*. La cual en sus 219 artículos contenía varias normas que permitían la “praxis criminal” que autorizaba a los jueces a aplicar la pena de muerte para develar y castigar la “satánica hechicería” (en especial los artículos 44 y 52). Siguiendo además en esto, y aplicando la condena a la “brujería”, que ya había sido establecida en 1484 por el papa Inocencio VIII mediante la bula *Summis desiderantes*, que había emanado para complacer las reiteradas peticiones del inquisidor alemán Heinrich Krämer, que autorizaba a perseguir a todos aquéllos que “diabólicamente practicaban maleficios y eran cómplices de las brujas”.

Vale la pena destacar la referencia explícita que Spee hace en su obra (en las pp. 251-254) a Peter Binsfeld (1540-1598), el obispo católico de Tréveris, perseguidor a ultranza de brujas y sostenedor de las confesiones extorsivas obtenidas bajo tortura, teorizadas en su tratado *De confessionibus maleficorum et sagarum*, editado en 1589.

IV. Por otra parte, podríamos añadir, en breve síntesis, que la intención que guía la propuesta de Spee de reformar ese sistema vigente, es la de resolver en las condiciones jurídico-políticas dadas en su tiempo, el enorme conflicto existente entre “derechos legislados” (o bien promulgados en las “constituciones imperiales” típicos de los derechos impuestos por la tradición de los Iura propia específica de la casa Habsburgo) y las distintas formas, en cambio, del ius communis de los juristas glosadores que desde el centro-norte de Italia se había irradiado a los distintos territorios del imperio desde España hasta Alemania, y en América por enorme mérito del genial jurista crítico —y todavía tan poco estudiado— Bartolomé de las Casas.

Iura propia que desde el reinado de Carlos V se venían a sumar, además y también, a los precedentes iura propia de los Reyes Católicos de Aragón y Castilla, que convivían ahora contradictoriamente con la jura propia de la tradición de los Habsburgo. Es decir, ambas tradiciones de derechos promulgados y consuetudinarios no eran homogéneas, siendo muchas veces antagónicas, lo cual explica uno de los límites institucionales que padeció la muy singular Monarchia Universalis de los Habsburgo en sus diferentes vertientes (española, alemana y americana) durante los distintos reinados de Carlos V y Felipe II.

Para complicar aún más la entera cuestión de la coexistencia, y a veces de la oposición, entre estas fuentes y formas de los derechos deben añadirse las consecuencias prácticas que tendría el Concilio de Trento (1545-1563) respecto al principio general del cuius regio, eius religio, sancionado con la paz de Augusta de 1555, según el cual se debían respetar los derechos locales o particulares existentes y practicados en las varias “ciudades libres” o en los distintos principados alemanes gobernados por los luteranos.

V. Para concluir, pero volviendo a Spee deseo enfatizar uno de los aspectos más originales de la obra. En efecto, es a partir de su relectu-

ra del *ius commune* que se plantea, reivindicar e introducir a los “nuevos” derechos a la defensa de las personas privadas de libertad, especialmente de las más vulnerables, para un proyecto aún más ambicioso y general de reforma sustantiva del sistema penal que predominaba en los tribunales “sin justicia” en la Alemania en la cual debía “misionar” al poeta-jurista.

Con gran vigor argumentativo en el análisis que desarrolla en el ejemplar núcleo doctrinal afrontado en la Cuestión XVII Spee, llega a sostener que es, precisamente y más que nunca, en el caso de los crímenes excepcionales que debe redoblar el esfuerzo por garantizar la defensa. Escribe en la “Razón uno: Es ridículo sostener que el delito de brujería es excepcional antes de que conste que la prisionera es culpable de ese delito. (Pues, aun admitiendo que sea excepcional, atroz, funesto o lo que sea, ¿qué ocurre después si la persona inculpada niega haberlo cometido?)”. Y sigue explicando Spee en la “Razón dos: es propio del derecho natural que a nadie se le niegue una defensa justa y cabal de sí mismo, la mejor que pueda tener: de modo que quien no pueda defenderse por sí mismo, sea defendido por medio de otro que parezca más idóneo. Estos principios del derecho natural –insiste sin vacilar– deben ser observados por igual, tanto en los delitos excepcionales como en los no excepcionales, como fue dicho más arriba. Así, pues en vano pretendemos una excepción cuando ésta no procede según el derecho natural y el dictamen de la recta razón”.

Razonamientos que culminan en los principios y reglas jurídicas asumidas por Spee como base en la “Razón tres: pero sí, como dije antes, es propio del derecho natural que no se le niegue a nadie el derecho a la defensa propia, de la mejor que pueda tener, tanto menos con vendrá negársela a aquél que tiene la mayor necesidad de defenderse de un mal muy grande del cual todos se defienden. [...] De esto se sigue –concluye Spee– que cuanto más grande es el delito del que se me acusa y que yo debo repeler tanto mejor y más idónea debe ser la defensa que se me debe conceder mediante los mejores y más adecuados abogados, que no pueden ser negados por imperio del derecho natural” (Friedrich Spee, *op. cit.*, p. 179).

El recurso del jesuita alemán, a los “principios” y a las “reglas jurídicas” del *ius commune* se volvía indispensable para afrontar, desde su punto de vista, las teorizaciones capaces de renovar la “praxis criminal” que se había establecido en el siglo anterior, en gran parte siguiendo las elaboraciones de la iura propia de la casa de los Habsburgo, sistematizadas, como ya dijimos, en la ya centenaria *Constitutio Criminalis Carolina* editada en 1532 (y, en alemán llamada, *Halsgerichtsordnung*).

Por fin, para entender mejor los trascendentes alcances que se propuso Spee con esta obra magistralmente polémica, es que viene escrita para ser dirigida a la “Sagrada Majestad Imperial” para que desde lo más alto del Estado proteja y auspicie la importantísima iniciativa de elaborar y “promulgar” una nueva *constitutio criminalis*, dado que la vieja vigente Carolina no es suficiente para “[...] limitar el arbitrio y la discreción de los jueces y la praxis criminal injusta que se desprende de la praxis criminalis actual” (Friedrich Spee, *op. cit.*, p. 176).

La referencia concreta a la autoridad del Emperador para que afronte el tema crucial y decisivo de la reforma del sistema penal merece ser destacada puesto que se trata de Fernando II de Habsburgo (1619-1637), de hecho el primer gobernante que se había formado desde joven con los jesuitas y que se había graduado en la Universidad Católica de Ingolstadt, fundada en Baviera en 1472 y que en ese momento seguía siendo el bastión cultural de todo el catolicismo alemán.

No sabemos con precisión la reacción que tuvo Fernando II al llamado reformista que le dirigiera Spee, tenemos noticia, en cambio, de que en 1635, año de la muerte de nuestro autor, aparece en Wittenburg la *Practica nova imperialis saxonica rerum criminalium* de Benedict Carpzov (1595-1666), el filósofo y jurista luterano, encumbrado funcionario del tribunal de Leipzig, quien durante todo el siglo y parte del siguiente será considerado como el más importante autor y protagonista del “derecho penal protestante”, quien en su larga carrera envió a la tortura y a la hoguera a centenares de brujas, de hombres y de niños de acusados de hechicería, a partir del axioma pre jurídico y peligrosísimo de la confusión entre “*delictum*” y “*peccata*”.

Desproporcionada fama que trascendería las fronteras, prolongada hasta los años de la renovación cultural ilustrada que tuvo en los

eminentes Leibniz y Thomasius, a los primeros que reivindicaron con admiración la obra de Spee, su legado teórico y sus propuestas de reforma, que culminan con el pensamiento penal más avanzado del siglo XIX: de Beccaria, Bentham, Filangeri y Pagano.

Por otra parte, el libro de Spee se había abierto camino con una traducción parcial del latín al alemán de 1647 y una completa en 1649. En 1660 apareció la traducción francesa y Luis XIV reforma el procedimiento penal borbónico eliminando la pena de muerte por hoguera el 24 de agosto de 1780. También quiero recordar la memorable “Ordenanza sobre la reforma de las legislaciones penales” de Pedro Leopoldo de Toscana, emanada en Florencia en 1786.

Retomando las consideraciones precedentes podemos entonces terminar volviendo a leer, y comprender mejor, el largo subtítulo de su obra (en el estilo barroco típico de la época) “Libro sobre los procesos contra las brujas que resulta necesario en esta época para los magistrados de Alemania y también para consejeros y confesores de los príncipes, inquisidores, jueces, abogados, confesores de los reos, oradores y de lectura muy provechosa para los demás”, en el cual el autor nombra a los diferentes interlocutores de la sociedad civil a los cuales se dirige para incorporarlos en la tarea de renovar la cultura de los derechos fundamentales, reformando el sistema penal y la consiguiente praxis criminal, porque tenía plena conciencia de que su obra resultaba ser un vademécum esencial para la crítica del presente y la concepción de un sistema penal alternativo a la injusta “praxis criminal vigente”.

Vigorosa exhortación de Spee, la cual, dados los negativos retrocesos de las políticas criminales entre Europa y América que observamos día a día, resulta ser también para nosotros un programa de trabajo en la investigación y en la enseñanza de los derechos y la historia de las instituciones. Como bien lo reivindica el eminente jurista argentino, es un programa, el de Spee, que conserva una admirable actualidad puesto que “señala el camino que la criminología crítica debe transitar, es decir, poner de manifiesto este mecanismo, mostrarlo, ridiculizar la tortuosa lógica de sus teóricos, exhibir sus funcionalidades, poner al descubierto su corrupción, para exigir cautela, mucha prudencia. Al fin y al cabo, la enseñanza perenne de la *Cautio* –nos advierte

Zaffaroni al final de su estudio— es, justamente, el señalamiento de la función de la criminología: “mostrar la aberración para prevenir o detener las masacres”.

Porque, si observamos bien, en el mundo de hoy sigue aplicándose el alienante “mecanismo de elaboración del chivo expiatorio”, denunciado por Spee, junto a la propagación, invocada y multiplicada *ad infinitum* por los medios, del culto a las formas más viscerales y bastardas de los “ídolos punitivos”, que el sistema del poder globalizado, produce e impone en contra de (todos) los “Otros”.

“Nos hallamos en un mundo en que un tercio consume lo que no necesita y los dos tercios restantes no tienen lo que necesitan para vivir dignamente y hasta para sobrevivir. Cada día se inventan más necesidades para el tercio que no las necesita, a costa de la contaminación del medioambiente total, con riesgo para nuestra supervivencia como especie sobre el planeta. Los dos tercios se vuelven peligrosos, molestos, cruzan mares y desiertos, invaden los jardines ordenados del tercio consumidor. ¿Los quemaremos? —Se pregunta con sarcasmo Zaffaroni—. Algunos parecen proponer eso, aunque no son tan sinceros como lo fueron los inquisidores. No seamos pesimistas, Spee nos muestra el camino: Cautela”.

“The sense of Injustice:
an Anthropocentric point of view
of Law”. Reseña bibliográfica de la
obra escrita por Edmond N. Cahn
(1906-1964)

Juan Antonio Remigio Torijano

En pocas ocasiones se encuentran obras de tal naturaleza que apasionan no solamente por su estructura, sino por su inmejorable narrativa; en el caso de los libros jurídicos esto cobra una relevancia más científica. Por lo general, cuando uno inicia adentrándose en las lecturas propias de este campo de estudio, es común toparse con un obstáculo para el que nadie nos prepara: *adaptarse* a una narración diferente, y en ocasiones tan técnica que es de inicio categóricamente inaccesible.

Por otro lado, el lector, en caso de que tenga la necesidad de aprehender, debe lidiar con circunstancias ideológicas que (ya sea por la estructura gramatical o sintáctica) dan paso a la batalla aislada por mantener principios éticos o culturales frente al argumento presentado por el escritor, terminando por hacer una lectura tediosa y, finalmente, acaban por alejar al aprendiz de leyes del exquisito agasajo de la lección jurídica.

Ante esta cuestión ¿cuál sería entonces la correcta fórmula para escribir un *buen* libro de Derecho? Esta interrogante se dilucida desde la obra que actualmente nos ocupa ofreciéndonos una premisa sencilla: sólo hay que recordar que aun los problemas más complejos de la vida encuentran soluciones en argumentos simples; así esta interrogante se subsana desde dos vértices: una narrativa al alcance de todos, y ejemplos contemporáneos, recursos utilizados gramaticalmente de manera original en la presente obra reseñada.

El libro comienza haciendo uso de recursos lingüísticos soberbios, como lo es el hecho de empezar una composición argumental sustentada en un muy sólido argumento ius-filosófico, que a su vez recae en ejemplos y en la misma doctrina que intenta exponer en las páginas venideras, ojo, no por eso hace que esta obra se encuentre limitada solamente a aquellas mentes técnicamente preparadas para una lectura de cierto nivel; la inmersión que hace el autor hacia los temas que compone, caen en un interesante diálogo interno con el lector, que a su vez es auto-reflexivo y crítico con el medioambiente que le rodea; las cuestiones que presenta el señor Cahn y los casos a los que aduce, hacen bien gala de una práctica razonada del Derecho más que sobrada, y a su vez, tan abierta a educarse aun de las experiencias que pudiesen venir *entre los puentes de litigio*; es importante recalcar que este libro nace en una época en la cual los filósofos del derecho se encontraban atisbados de diversas ideologías y, a su vez, su sistema jurídico empieza a despertar no por medio de un orden externo, sino por medio de la auto-reflexión de los mismos postulados que acusan su desarrollo estadual/legal.

Edmon N. Cahn hace gala de un conocimiento más que técnico en el desarrollo de cada uno de los segmentos que plantea el libro, porque, aunque es un tratado que estrictamente puede valorarse sobre el muestreo de la filosofía del derecho, también rebota en otras partes de la masa social, en donde solamente se le ve al abogado como un mero técnico al servicio de fuerzas socio-políticas que el mismo desconoce; la política y la sociedad, la relación del Poder con la conciencia individual, el marco teórico de las pautas sociales que acatan las normas, el desarrollo del individuo y su estado psicológico dentro de la sociedad, las razones que conforman un orden social y cómo éste puede llegar a descomponerse, todo a causa de un orden, de un sistema jurídico.

El sujeto, como ente receptor de obligaciones y de derechos, es cuestionado por el mismo autor al centrarlo en una diatriba acuciosamente objetiva sin dejar de lado tildes subjetivas que indican la pauta figurada de la corriente que, tal vez en un momento, concienzudamente, plasma para prolongar un cuestionamiento válido y a su vez irreverente sobre su accionar, sus objetivos dentro de la misma sociedad, y la función que tiene el Derecho hacia esta persona. Hacia este sujeto, Cahn

justifica las críticas a su desempeño como parte de un juicio, dividiendo en partes el todo que conforman las razones que deben permear en una sentencia que, como lo dice el título, debe ser justa.

Por otro lado, se analizan las razones subjetivas que sostienen el actuar Estatal, no en muchas ocasiones se ha logrado forjar de una manera tan brillante la justificación de la obra de este sistema para la vida del *concreto individuo*, un rasgo que hace de esta obra un completo panorama de la cultura jurídica de aquella época, y en muchas ocasiones de la propia.

Razón contra sentimiento, credo y necesidad, cuestiones de inimaginable importancia dentro de la maquinaria social, pero, ¿cuántos de estos conceptos se toman en cuenta al momento de resolver un conflicto de manera estrictamente legal y justa?

Esta respuesta la otorga el libro adentrándose en el asunto de una manera que es magistral, desarrollando ante el lector algunas de las necesidades básicas del individuo y su relación con el Estado anteponiendo implicaciones iusfilosóficas antes de contemplar una premisa y después una conclusión. Complementar la razón y los pormenores de aquella circunstancia por medio de la lectura, de una visión personal, desnudan al sistema jurídico estadounidense volviéndolo, con justa razón, una personificación de una inteligencia colectiva.

Una de las cosas innegables es la forma en que Cahn explica por medio de un lenguaje vívido sus postulados, cobrando así sentido dentro de la armonía legal, interpretando el desarrollo y el certamen de premisas que cobran forma de una manera tan clara y precisa que resuelven, tal vez mucho antes de que el redactor sintetice su conclusión, las interrogantes que se plantean de aspectos tan sutiles que pueden parecer imperceptibles; adentrarnos en el mundo del litigio por medio de la razón y de la exposición de asuntos lleva a imaginar y a representar parte de la escena jurídica de la época, de aquellos tiempos en donde muchos de los estatutos bien cimentados por el régimen de instituciones jurídicas comenzaban a erosionar los derechos civiles; imaginar una revuelta ideológica al seno de estas instituciones por los mismos litigantes llevaría al nacimiento de una crítica que exhibe las paradojas legales a re-

solver, de las fuerzas invisibles que se oponen a la hora de resolver, y a las circunstancias intangibles que muchos juzgadores pasan por alto.

¿Creeríamos que este texto es inalcanzable para las mentes doctas en la materia?, probablemente. No es nuestra culpa que muchos libros de la materia presenten maneras y formas *tan* técnicas que los hacen incomprensibles, sin embargo, tal vez el acierto más refinado de Cahn es el hecho de haber encontrado en su lenguaje un motor comprensible que le auxilie en la tarea de volver accesible este texto a aquella persona que tenga el mínimo de interés en comprender las sutilezas de fuerzas opositoras y emparejadas como lo son la injusticia y la justicia. Rellenar los espacios con ejemplos filosóficos de naturaleza compleja y precisa, pero explicándolos con lenguajes sencillos y asequibles es, en una humilde opinión, reflejar el interés popular y a la vez técnico de un tema que es de pertinencia general.

“¿Por qué el sentido de la injusticia llama activamente a la equidad? [...]” (Cahn, 1949, p. 15).

Responder cuestionamientos de esta naturaleza bien podría conllevar análisis rigurosos y, en demasía, técnicos; nada de eso tendría importancia si las personas de a pie no pueden comprenderlos, remarco: ¿Cuál es el mérito de desarrollar un teorema completo si no está al alcance de aquéllos que tienen un interés cultural y cotidiano? Ninguno. Muchos de los errores que el investigador comete es volver tan inaccesible sus conocimientos que solamente quien escribe puede desarrollarlos. No. El conocimiento debe ser accesible para todos, valorado por la generalidad de quien se ve afectado y directamente influenciado.

“Una explicación es que el trato equitativo de todos dentro de una clase reconocida es un atributo necesario de cualquier orden legal; el mismo concepto de ley requiere esta misma regularidad [...]” (Cahn, 1949, p. 15).

Esta clase de libros es de valor tangible, porque el hecho de pertenecer a un gremio como el de los abogados en sí constituiría un honor dentro de la sociedad que remarcaría la existencia de alguien, una posición al que no muchos pueden acceder con *cabalidad* y, sin embargo, en la sociedad mexicana actual es más motivo de burla o de menciones deshonrosas que de calidad moral.

Muchas de estas culpas las tienen los mismos abogados que no se preocupan por desarrollar la labor social que impregna el sentido de esa denominación histórica vinculada a la profesión, o mejor dicho, a la denominación de considerarse “llamados para auxiliar”; la culturalización de ésta, y de otras más profesiones es imprescindible en esta época en donde los textos explican la naturaleza ética y moral del ejercicio profesional; lo contrario derivaría en el abaratamiento de la profesión, en el desarrollo cruel y sumiso de una masa muy generalizada de profesionistas que desconozcan las razones de la existencia de aquello que aspiran sea su modo de vida.

Cahn establece criterios sociales, jurídicos y especialmente filosóficos a los lazos que plantean una relación incómoda entre el individuo y el estado, entre el ser humano y su felicidad, su paz y su tranquilidad.

El lector encontrará en este libro una ventana a una forma de ver el Derecho que tal vez no conocía, una categórica plaza académica para resolver problemas comunes y complejos pero, especialmente, una inspiración para ejercer el derecho y para razonarlo.

Bibliografía

Cahn, Edmon N. (1949). *The Sense of Injustice: An Anthropocentric View of Law*. Estados Unidos, New York: University Press.