



Desafíos Jurídicos

La Conjugación del Derecho



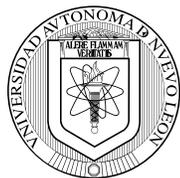
ISSN: 2954-453X

ENERO-JUNIO. 2024 .VOLUMEN IV, NO.6.

PUBLICACIÓN SEMESTRAL



Bicentenario: Primera Cátedra de Derecho



UANL

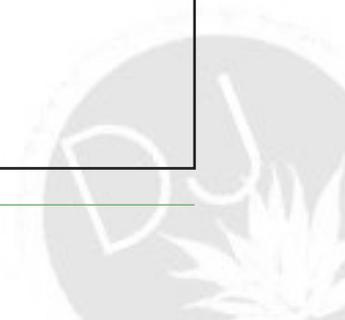
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

Sobre la revista

Desafíos Jurídicos Vol. 4, Núm. 6, Enero-Junio 2024, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina, Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.



Equipo Editorial

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. MED. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCÍA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: DR. MARIO ALBERTO GARZA CASTILLO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

COORDINADORA EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ASISTENTE EDITORIAL: Rostam Badii Guillén

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: Mtra. María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Rosa María Elizondo Martínez

COMITÉ EDITORIAL: Amalia Guillén Gaytán, Alberto Rojas Ríos, Alonso Martínez Arrieta, David Emmanuel Castillo Martínez, Gina Jaqueline Prado Carrera, Humberto Sierra Porto, José Luis Prado Maillard, José Zaragoza Huerta, Juan Ángel Salinas Garza, Julio Ortiz Gutiérrez, Lucio Pegoraro, Luis Bustos, Luis Ferney, Mario Alberto García Martínez, Martha León Alonso, Mercedes Iglesias Báez, Michael Gustavo Núñez Torres, Mohammad H. Badii Zabeh, Rafael Estrada Michel, Rodrigo Maldonado Corpus, Sergio Alejandro Quiroga Chapa.

COMITÉ CONSULTIVO: Alicia Azzolini Bincas, Carlos Báez Silva, Carlos Ugo Santander, Dealmy Delgadillo Guzmán, Edson Jesús Quindes James, Eloísa Quintera, Félix Guadalupe Contreras Arguiropulos, Fernando Hernández Silva, Gabriela Carmona Ochoa, Héctor S. Maldonado Pérez, Helio Iván Ayala Moreno, Hugo José Regalado Jacob, Joaquín Merino, Juan Antonio Caballero Delgadillo, Livier Olivia Escamilla Galindo, Luis Gerardo Rodríguez Lozano, Miguel Ángel Rivera López, Nancy Nelly González Sanmiguel.

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vazquez Azamar “Ius Celebrans”
©2024

Índice

ARTÍCULOS

- 12-27** **Acerca de la importancia del Derecho Público Comparado y la Historia Constitucional para comprender la institución del Juicio de Amparo mexicano**
Michael Núñez Torres (Universidad Autónoma de Nuevo León, México)
-
- 28-45** **El derecho humano a la educación y a la salud: una mirada reflexiva de la Teoría Crítica frankfurtiana**
Maurides Macedo, Cleudes Maria Tavares Rosa, Alessandro Rezende da Silva (Universidad Federal de Goiás, Brasil)
-
- 46-63** **Desaparición forzada: Flagelo a los Derechos Humanos**
Julio César Martínez Garza (Universidad Autónoma de Nuevo León, México)
-
- 64-79** **Apuntes sobre el Derecho a la Cultura: una revisión al artículo 2 de la Constitución Mexicana**
Guillermo Santiago Arriaga (Universidad Autónoma de Nuevo León, México)
-
- 80-105** **La prescripción de la acción penal en los tiempos del COVID-19**
Nicanor Helvio Molina Tomasto (Fiscalía General de Perú, Perú)
-
- 106-127** **Conceptos fundamentales de justicia digital: Panorama desde una nueva dimensión del derecho procesal**
José Antonio Gutiérrez Flores (Poder Judicial del Estado de Nuevo León, México)
-
- 128-141** **Insolvencia financiera: una denegación al acceso de la justicia arbitral internacional**
*Edwin Horacio Gracia Elizondo (Poder Judicial de la Federación, México) y
Aram Mario González Ramírez (Universidad Autónoma de Nuevo León, México)*
-
- 144-157** **CRÍTICA**
La evolución de criterios ante la “carga de la prueba en los procesos de naturaleza civil” y “personas con discapacidad” a la luz de la resolución emitida el 15 de diciembre de 2022, por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito Judicial, dentro del amparo directo 485/2021
David Emmanuel Castillo Martínez (Universidad Autónoma de Nuevo León, México)
-
- 160-165** **RESEÑA DEL LIBRO**
Mediación Comunitaria: Tipología de Conflictos por Convivencia Vecinal
María Elena Dappello (Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Argentina)
-
- 168-173** **CINE Y DERECHO**
En el nombre del Padre
Daniel Vázquez Azamar (Universidad Autónoma de Nuevo León, México)
-

Presentación

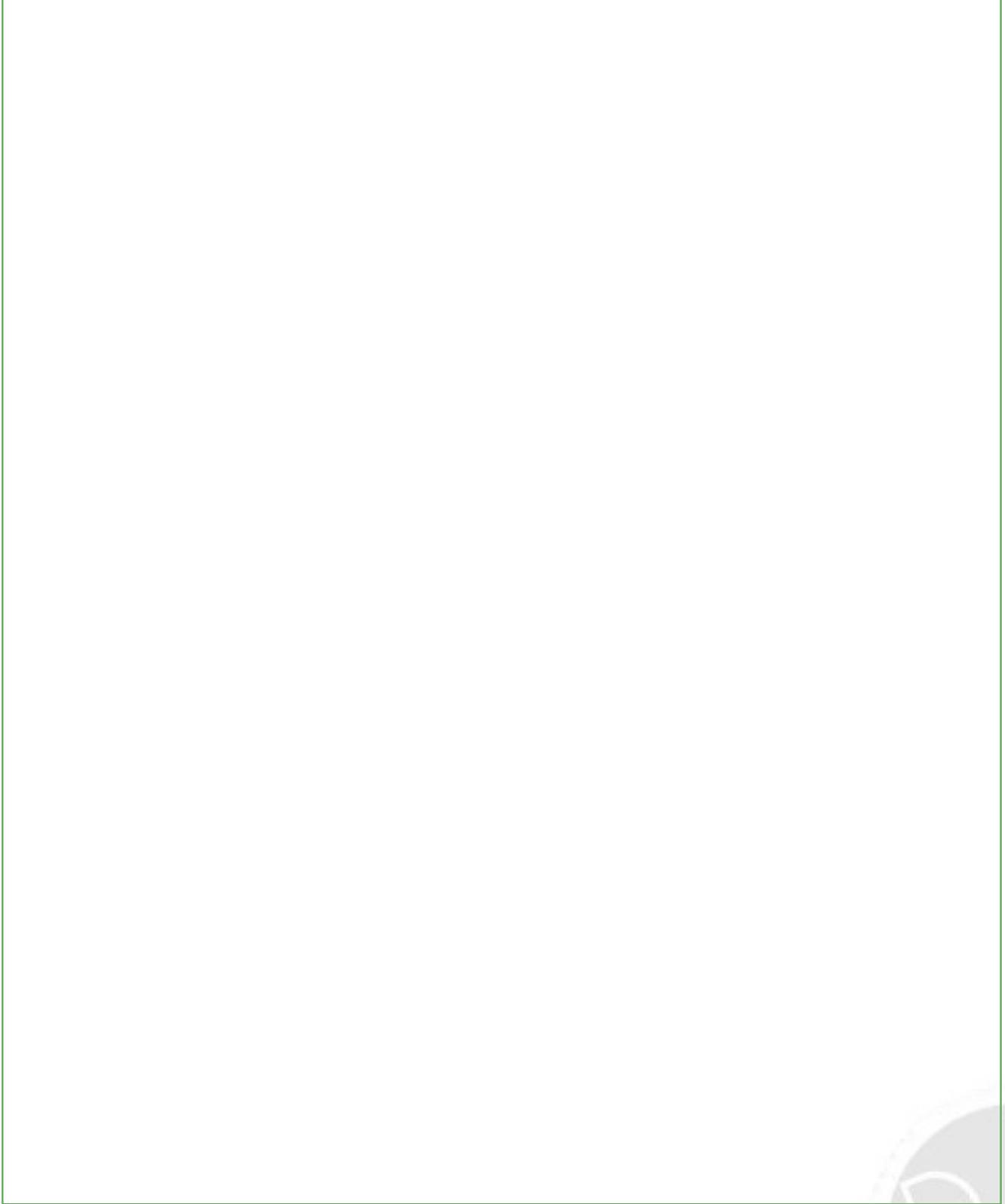
El Bicentenario a la Primer Cátedra de Derecho no solo es un homenaje al pasado, sino también un compromiso renovado con el futuro, donde cada logro contribuye a escribir nuestra historia. En este número la revista “Desafíos Jurídicos” es prueba de ello, enmarca una de las tantas manifestaciones a tan venerada celebración, mediante cada una de sus secciones nos van ayudando a entender las transformaciones en la cultura jurídica. En el antiguo Seminario Conciliar, actual Colegio Civil, en 1824 Don. Alejandro de Treviño y Gutiérrez, Presidente del Supremo Tribunal de Justicia del Estado, dictó la primera cátedra de Derecho, la cual fue en materia Civil dando inicio de manera formal a los estudios de Derecho en nuestra entidad, dando origen a la “comunidad jurídica”. Si lo abordamos desde una perspectiva desarrollista, el proceso de construcción de nuestra República Mexicana, de sus instituciones y de su andamiaje normativo, podemos considerar que esa cátedra que se dio en 1824 se erige como uno de los momentos fundacionales del largo proceso de institucionalización de los ideales de libertad, independencia y justicia a lo largo de los siglos XIX, XX y XXI, la cual en estos momentos traspasa fronteras internacionales.

Esta celebración nos llena de orgullo y responsabilidad con el fortalecimiento del estado de Derecho, reivindicando los valores que siguen vigentes a dos siglos de esa primera cátedra. Es importante dejar evidencias de la importancia que damos a nuestra historia, la importancia que da nuestra sociedad de tomar conciencia de su origen, su presente y su futuro, recordando la generosidad de nuestra “Alma Mater” para formar hombres que defiendan mediante sus instituciones nuestra sociedad y nuestro Estado, que recuerden los antecedentes que formaron la memoria colectiva que llevo a dar luz a nuestra Facultad de Derecho y que se reconozca la labor y la deuda a todos aquellos que contribuyen a nuestro actual desarrollo mediante su futuro deseado.

Agradecemos a los catedráticos que hacen este número posible, ya que sin su gran apoyo y arduo trabajo nada de esto estaría terminado. Esperamos que los artículos en este número enriquezcan la mente de cada uno de los lectores y que se logre generar una reflexión sobre el mundo que nos rodea.

Dr. Mario Alberto Garza Castillo
Director de la FACDYC





Editorial

Cd. Universitaria, enero 2024

En el presente año de 2024, que apenas empieza se cumplen Doscientos Años, del inicio formal de nuestra vida Constitucional y en sentido amplio, de la Legislación de nuestro país, ya como Nación independiente y soberana; igualmente en ese mismo año, el día 7 de Mayo de 1824, se creó el Estado Libre y Soberano de Nuevo León y finalmente el próximo mes de Octubre se recordará el mismo Aniversario de la Promulgación de la Primera Constitución Política Federal, el 4 de Octubre de 1824, Carta Magna en la que se adoptó el régimen republicano, representativo, federal y popular, como las bases de nuestra organización política, jurídica y social.

Estos acontecimientos coinciden en el mismo espacio y tiempo en el plano de lo local con la presentación de la Primera Cátedra de Derecho, en el Estado de Nuevo León, que a la vez, fue el principio actual de nuestra Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, nuestra casa de estudios.

En recuerdo y homenaje a esos hitos de nuestra historia jurídica nacional y local, dedicamos este número de esta publicación semestral, a exponer los trabajos de análisis e investigación jurídica que ahora responden al diario quehacer social, enfrentando como lo dice el título de esta revista: “LOS DESAFIOS JURIDICOS”, mismos y crecientes que desde aquel tiempo, abordaban las mismas especialidades e intereses públicos que nos ocupan: la Justicia Penal, los Derechos Humanos y la Seguridad.

En este número se presenta en la sección de artículos, el trabajo de Michael Núñez Torres (Universidad Autónoma de Nuevo León), acerca de la importancia de Derecho Público Comparado y la Historia Constitucional, para comprender la Institución del Juicio de Amparo Mexicano. La investigación en la que muestra que la Investigación Jurídica no debe ser el camino para fabricar apologías a instituciones que se encuentran en un determinado ordenamiento jurídico y que en muchos casos, son producto de perjuicios ideológicos o de estudios apresurados. Un ejemplo de lo anterior, es el Juicio de Amparo, ya que constituye una Institución Jurídica en cuyo análisis la doctrina va más allá de la evidente importancia que tiene como garantía de los Derechos Humanos y más bien debe servir, para explicar la concreción de los principios

del Constitucionalismo, como la División de Poderes y la supremacía Constitucional. Julio Cesar Martínez Garza (Universidad Autónoma de Nuevo León) escribe sobre la desaparición forzada: flagelo a los Derechos Humanos, en el que explica que uno de los grandes y mayores problemas que puede resentir el ser humano es sufrir la desaparición de un ser querido y que sea privado de su libertad, lo que presentan un sentimiento de vacío, enojo y compleja intranquilidad e inseguridad por el desconocimiento del paradero y el destino final de la víctima. Tema que seguirá siendo motivo de análisis de cortes internacionales que modificarán con sus efectos la jurisprudencia nacional.

Guillermo Santiago Arriaga (Universidad Autónoma de Nuevo León) nos comparte: Apuntes sobre el Derecho a la Cultura de los pueblos indígenas, revisando el Artículo 2 de la Constitución Mexicana, analizando desde la multidisciplina apuntando en Derecho y en Filosofía, la naturaleza de cada uno de los conceptos que lo integran para comprender el porqué del vínculo entre ellos y nos expone los recursos jurídicos con los que se cuenta y cómo hacerlos valer. Nos muestra también la importancia de la Cultura como un elemento de Derecho Constitucional. Nicanor Elvino Tomasto (Fiscalía General del Perú). El trabajo realiza una sólida investigación sobre la disparidad de criterios en torno a la prescripción de la acción penal, con la inesperada pandemia del Covid 19, en el que se paralizó la actividad jurídica, a través de disposiciones administrativas paralizando la prescripción de la acción penal ante cualquier caso.

José Antonio Gutiérrez Flores (Poder Judicial del Estado de Nuevo León), nos habla sobre la aplicación y uso de las TIC's en la administración de justicia, con sus variadas denominaciones: justicia electrónica, e-justicia, justicia en línea, ciberjusticia, justicia telemática, etc. Maurices Macedo (Universidad Federal de Goiás, Brasil), Cleudes María Travares Rosa (Universidad Federal de Goiás, Brasil) y Alessandro Rezende da Silva (Universidad Federal de Goiás, Brasil), aportan un trabajo sobre las categorías de educación, formación y derechos humanos, relacionándolas críticamente con la previsión constante de las normas internacionales y universalistas. Edwin Horacio Graca Elizondo (Poder Judicial de la Federación) aborda las opciones más recurribles para la solución de conflictos transnacionales así como en la sección de crítica David Emanuel Castillo Martínez (Universidad Autónoma de Nuevo León), sobre la carga de la prueba en los procesos de naturaleza civil y personas con discapacidad,

Editorial

a la luz de la resolución del 15 de diciembre de 2022, del Tercer Tribunal Colegiado en materia civil, analizándose con sumo cuidado, cada uno de los resolutivos de este fallo judicial.

Finalmente en la sección de cine Daniel Vázquez Azamar (Universidad Autónoma de Nuevo León), se refiere al principio de inocencia el que existe, desde la antigüedad y la edad media, el que se consideró como sinónimo de culpabilidad. En este trabajo se plantea la necesidad de un juicio previo para cualquier persona, puesto que se presume, toda persona inocente mientras no se declare culpable. Se ilustra este asunto en una de las películas más emblemáticas en el tema “En el nombre del Padre” 1993.

Dr. Fernando Vázquez Alanís





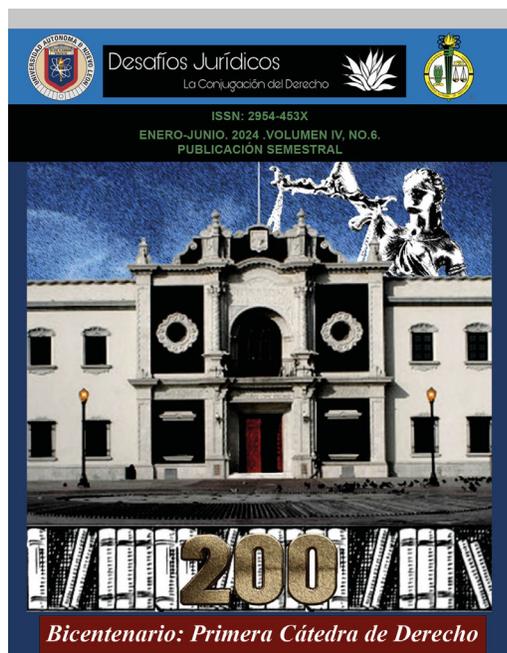
Fotografía: "Tesoro" por: R. Badii

Artículos

Desafíos Jurídicos

La Conjugación del Derecho





Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Michael Núñez Torres (Universidad Autónoma de Nuevo León)

Acerca de la importancia del Derecho Público Comparado y la Historia Constitucional para comprender la institución del Juicio de Amparo mexicano. pp. 12-27. Fecha de publicación en línea: 31 de enero de 2024.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafios.juridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos Vol. 4, Núm. 6, Enero-Junio 2024, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor.

Responsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina, Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. MED. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCÍA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: DR. MARIO ALBERTO GARZA CASTILLO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

COORDINADORA EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ASISTENTE EDITORIAL: Rostam Badii Guillén

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: Mtra. María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Rosa María Elizondo Martínez

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vázquez Azamar “Ius Celebrans” © 2024

Acerca de la importancia del Derecho Público Comparado y la Historia Constitucional para comprender la institución del Juicio de Amparo mexicano

About the importance of Comparative Public Law and Constitutional History to understand the institution of the Mexican Amparo Trial

Fecha de publicación en línea: 31 de enero de 2024

Por: Michael Núñez Torres*

* <https://orcid.org/0000-0001-5742-5358>

Universidad Autónoma de Nuevo León

Resumen. En el presente trabajo se aborda la importancia de la institución del juicio de amparo en la concreción de paradigmas del constitucionalismo tales como la división de poderes y la supremacía constitucional, así mismo se da una revisión del Juicio de Amparo en el constitucionalismo mexicano decimonónico desde su establecimiento en 1841. A partir de Derecho público comparado y la Historia constitucional se establecen parámetros para analizar el Juicio de Amparo mexicano en el siglo XXI. En efecto, con base en la comparación con perspectiva histórica, se puede ver la manera en la cual, durante casi todo el siglo XX, el Juicio de Amparo fue la institución garante de la legalidad, en su sentido más formalista, hasta llegar a las tres reformas constitucionales que son los puntos de inflexión en la redefinición de la institución del amparo, especialmente, la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011. Queda demostrado que el Método Comparado es la metodología pertinente para abordar el estudio de instituciones de forma adecuada.

Palabras clave: Juicio de Amparo, Constitucionalismo, Legalidad, Método Comparado, Derechos Humanos.

Abstract. This work addresses the importance of the institution of the Amparo Trial in the realization of paradigms of constitutionalism such as the division of powers and constitutional supremacy, and also provides a review of the Amparo Trial in nineteenth-century Mexican constitutionalism from its origins. establishment in 1841. Based on Comparative Public Law and Constitutional History, parameters are established to analyze the Mexican Amparo Trial in the 21st century. Indeed, based on the comparison with historical perspective. You can see the way in which, during almost the entire 20th century, the Amparo Trial was the institution that gua-

* Doctor en Derecho Constitucional, Universidad de Salamanca, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel II, Profesor Investigador de la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL, Miembro fundador del CITEJYC

ranted legality, in its most formal sense, until reaching the three constitutional reforms that are the turning points in the redefinition of the institution of protection, especially the constitutional reform on human rights of 2011. It is demonstrated that the Comparative Method is the relevant methodology to adequately address the study of institutions.

Keywords: Amparo Trial, Constitutionalism, Legality, Comparative Method, Human Rights.

I. INTRODUCCION

La investigación jurídica no debe ser el camino para fabricar apologías a instituciones que se encuentran en un determinado ordenamiento jurídico y que, en muchos casos, debido a que son producto de prejuicios ideológicos o de estudios apresurados, terminan por ser una tergiversación de su configuración jurídica real, quedando reducidas a una suerte de símbolos. Por el contrario, la doctrina científica debe aportar los elementos de comprensión que coadyuven a elucidar los éxitos y las limitaciones de las instituciones jurídicas, así como los motivos que las explican y justifican, los cuales bastarán por sí solos para calificar la verdadera trascendencia de una institución. Un ejemplo de lo anterior es el Juicio de Amparo en México, ya que constituye una institución jurídica en cuyo análisis la doctrina lleva a cabo esta tarea, más allá de la evidente importancia que tiene como garantía de los derechos humanos, atendiendo a su configuración dentro del ordenamiento jurídico. De manera que, el Juicio de Amparo puede servir para explicar la concreción de paradigmas del constitucionalismo tales como la división de poderes y la supremacía constitucional. Este es un reto de la doctrina constitucional iberoamericana,

revisar al Juicio de Amparo dentro del constitucionalismo mexicano, sin prejuicios, partiendo de los elementos axiológicos e ideológicos que constituyen la dogmática constitucional¹ y siguiendo con las contribuciones de la Historia Constitucional, el Derecho público comparado y la Ciencia Política, las cuales aportan los datos que confirman o desestiman la viabilidad institucional exigida por la Constitución. En el presente artículo, tenemos como objeto explicar algunos ejemplos que muestren la forma en la cual, el método comparado desde una perspectiva histórica, puede ser una estrategia epistemológica pertinente para explicar la configuración de la institución del Juicio de Amparo en el presente.

II. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

No hay institución de justicia constitucional más importante dentro del ordenamiento jurídico mexicano que el Juicio de Amparo, no

¹ En palabras del profesor Pablo Lucas Verdú, no es posible una ingeniería constitucional ignorando las construcciones jurídicas de la dogmática. Vid. Lucas Verdú, Pablo, "Una reciente aportación de la doctrina italiana a la teoría de la Constitución: la ingeniería constitucional" en *Revista de Derecho Político*, N° 4, UNED, Madrid, 1979, p. 34.

sólo desde la perspectiva del Derecho procesal constitucional, donde encuentra su principal configuración normativa (Ley de Amparo, 2013)², sino también dentro de la teoría constitucional a la cual contribuye con su sola existencia, debido a su originalidad y especificidad que lo hacen una institución paradigmática. El Juicio de Amparo incide directamente en el concepto de Constitución (que integra el sistema de fuentes formales del Derecho y legitima las relaciones constitucionales) y, en consecuencia, termina por ser una variable explicativa de la cultura constitucional en México, con una pertinencia que pocas instituciones jurídicas mexicanas podrían superar. Por tal motivo, el estudio del Juicio de Amparo por parte de la doctrina es necesario y, aunque podemos encontrar diversos trabajos en esta materia, es menester continuar explorando las estrategias metodológicas a las cuales se puede recurrir para la mejor comprensión de esta institución jurídica tan significativa para el Derecho iberoamericano.

En Latinoamérica las investigaciones jurídicas normativas, que centran su análisis en los actos jurídicos formales que configuran a la institución objeto de estudio (el amparo mexicano, en el caso que nos ocupa), no toman en cuenta las relatividades propias del contexto social y las categorías históricas que inciden en dicha configuración. En palabras de Quiroga Lavié: “En Latinoamérica el jurista está desvinculado de la sociología y de la psicología social (...) se inclina por el método de

la exégesis y de la Enciclopedia, siempre por vertientes formalistas” (Quiroga Lavié, 1977). No obstante, algunos estudios de Sociología del Derecho buscan prescindir de los elementos ideales que conforman la institución y centran su análisis en lo contextual; de modo que, aunque los resultados de esta estrategia empírica pueden alcanzar un conocimiento real del Juicio de Amparo, corren el riesgo de quedarse en el plano sociológico o politológico, y, en consecuencia, perder su sentido jurídico. En este contexto, el Derecho público comparado la puede llevar a un conocimiento que coloque en su justa dimensión la importancia de la institución del Juicio de Amparo en México, a partir de su trascendencia dentro del ordenamiento jurídico y de las contingencias que presenta en la vida jurídica, política y social.

En este sentido, las relatividades propias de una institución jurídica, así como la trascendencia que permite que la definamos como tal, llevan al investigador a buscar el auxilio de diversas disciplinas que ponen el acento en los elementos específicos tocantes al tiempo y al espacio. En consecuencia, la Historia del Derecho y el Derecho público comparado constituyen una propuesta epistemológica para tales efectos (Pegoraro, 2016)³. Justamente, del Amparo como institución jurídica se pueden constatar, a través de la comparación histórica, los elementos que lo apuntalaron como una verdadera novedad para el constitucionalismo iberoamericano, a la luz de los arque-

2 Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013 y cuya última reforma es del 15 de junio de 2018.

3 Sobre la relación entre la Historia del Derecho y la finalidad práctica de la comparación, especialmente la valoración de semejanzas, diferencias que encontramos en la evolución de una institución y los criptotipos que la rodea.

tipos jurídicos que se encontraban presentes en el Derecho del siglo XIX. Al mismo tiempo, la comparación histórica puede proporcionar los criterios de análisis para considerar algunos elementos del Juicio de Amparo que no se adecuan a los paradigmas presentes y que nos retrotraen a paradigmas pretéritos. Los resultados de esta comparación coadyuvan a la reflexión en torno al constitucionalismo mexicano y a las operaciones de ingeniería constitucional que se hacen necesarias para el acomodamiento del Juicio de Amparo conforme al binomio *medio-fin*, sin el cual éste terminaría por desnaturalizarse, perdiendo su verdadera calidad de institución, para quedar reducido a un instrumento procesal sin la relevancia deseada dentro del ordenamiento jurídico.

En definitiva, podemos justificar la relevancia de la institución del Amparo mexicano y su correlación con algunos paradigmas del constitucionalismo decimonónico y del actual, a través de la comparación histórica y de las clasificaciones de la teoría constitucional. Esto supone la utilización de toda una metodología que ya ha sido recomendada por la mejor doctrina (Fix-Zamudio, 1970), pero que, por diversos motivos no termina de consolidarse como una estrategia epistemológica de las investigaciones jurídico-constitucionales, las cuales son más proclives a la investigación con base en elementos exclusivamente formales (idealismo) o sociológicos (determinismo). Vamos a ver algunos ejemplos de paradigmas históricos que han incidido -e inciden- en el Juicio de Amparo, en su configuración jurídica y que permiten una evaluación objetiva acerca de su adecuación a los fines que persigue conforme a dichos arquetipos.

III. EL JUICIO DE AMPARO EN EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO DECIMONÓNICO

Si bien los antecedentes del Juicio de Amparo mexicano, que un sector de la doctrina encuentra en la historia constitucional española, tardomedieval y moderna (Burgoa, 1983)⁴, pueden ser considerados como una prefiguración de esta institución; su configuración dentro del constitucionalismo en México es, sin lugar a dudas, un evento del siglo XIX (Lira González, 1971)⁵, determinado por circunstancias típicas de la realidad hispanoamericana de esa época, pero con especificidades importantes que lo hacen susceptible de ser considerado un modelo idóneo para ser objeto de estudio del Derecho público comparado en tanto que trascienden a su época. Esta pertinencia viene dada debido a que el amparo mexicano del siglo XIX se configuró como una institución jurídica que fue más allá de los paradigmas del Estado Liberal Burgués.

La aparición del amparo y su evolución en México es un tema ampliamente estudiado por la doctrina mexicana. Comienza con su

4 Se mencionan antecedentes desde la antigüedad hasta el siglo XX, con un espectro para la comparación muy amplio, pero del cual vale la mención especial a instituciones históricas medievales españolas e inglesas, siendo el Justicia Mayor el que “entraña un verdadero antecedente hispánico de nuestro juicio de amparo”.

5 Sin perjuicio de la importancia que le atribuimos al llamado amparo colonial, en el cual el Virrey -y otras altas magistraturas novohispanas- tutelaban los derechos que las leyes de Indias otorgaban a todos los habitantes de la Nueva España -muy especialmente a los indígenas- en contra de las arbitrariedades de las que podían ser víctimas en el siglo XVIII.

establecimiento en la Constitución de Yucatán de 1841, como consecuencia de la aprobación de la iniciativa que un año antes había presentado el Gobernador de ese estado, don Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá; de suerte tal que, los derechos constitucionales reconocidos por ese texto constitucional histórico, contaban con una garantía jurisdiccional que Europa no conocía, puesto que ésta se encontraba dentro del paradigma legiscentrista liberal, cuya forma de control constitucional era de naturaleza política y, por ende, no tenía nada que ver con la *judicial review* que se inició en los Estados Unidos de América con la sentencia *Marbury vs Madison* (Fernández Segado, 2006), y que hundía sus raíces en la tradición medieval de control jurisdiccional del poder, la cual se puede apreciar en el siglo XVII, con la *Bonham's Case* del *Chief Justice* Coke, quien era, en palabras de McIlwain, “constitucionalmente un medievalista más que un moderno” (Charles, 1991).

Antes de la Constitución de Yucatán, México había optado por un control constitucional de naturaleza política en las Siete Leyes Constitucionales del año de 1836: el Supremo Poder Conservador que, a pesar de haber tenido una vigencia efímera -sin que se pueda observar su funcionamiento real- muestra un diseño normativo que lo configuraba como un superpoder casi ilimitado y dentro de una concepción del Estado eminentemente centralista (Fernández Fernández & Samaniego Behar, 2011).

Vale la pena resaltar el hecho de que el amparo de la Constitución de Yucatán nace en una entidad federativa que se acababa de declarar independiente de México, producto de

una revolución separatista que enarbolaba la bandera del federalismo y que exigía que se regresara al régimen establecido por la constitución mexicana de 1824, representando una afirmación de lo distintivo, lo que a su vez expresa una característica típica del modelo de Estado federal. Esta circunstancia particular constituye el ideal que, según el profesor Tarr, debería tener el federalismo en los Estados Unidos de América y que nosotros afirmamos de igual manera para México: “los estados como pioneros” (Tarr, 28). El Juicio de Amparo es, sin lugar a duda, una institución jurídica original, lo que le permite a Soberanes afirmar que “esta Institución vino a conjugar, por un lado, la tradición protectora a los particulares por parte del amparo y, por otro, la necesidad de contar con un instrumento procesal que garantizara la efectividad de los derechos constitucionales” (Soberanes Fernández, 1998).

Ahora bien, el reconocimiento del amparo dentro del ordenamiento jurídico nacional lo encontramos en el artículo 25 del “Acta Constitutiva y de Reformas” sancionada por el Congreso Extraordinario Constituyente de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada y promulgada en el mes de mayo de 1847, la cual recogía el diseño propuesto por don Mariano Otero en su célebre Voto Particular del mismo año. Esta norma constitucional supuso la consagración de una verdadera institución de control constitucional, más próxima a la naturaleza que este tipo de instituciones procesales presentan en el Derecho procesal constitucional actual, guardando las distancias entre los paradigmas del constitucionalismo decimonónico y los del siglo XXI. En efecto, la norma referida establecía que los tribunales federales debían amparar a “cualquier habi-

tante de la república en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales” en contra de “todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados”; al final, el mismo artículo 25 establecía que los efectos de la sentencia de amparo no podían ser *erga omnes* sino que eran relativos al caso particular objeto del proceso. Si bien, como dice el gran maestro, Felipe Tena Ramírez, “el amparo mexicano nació con la exclusiva y limitada finalidad de proteger los derechos del Hombre” (Tena Ramírez, 2015), no se puede minimizar la relevancia que ese aserto supone, ya que se trataba de una protección con la cual, como ya se dijo, Europa no pudo contar en el siglo XIX, lo que hace del amparo mexicano un monumento jurídico del constitucionalismo iberoamericano, específicamente, en materia de justicia constitucional.

Por otra parte, el control abstracto de constitucionalidad tiene antecedentes en el constitucionalismo hispanoamericano, lo cual ha sido manifestado por parte de la doctrina en castellano (Allan R. Brewer-Carías, Francisco Fernández Segado, José Vicente Haro), que considera que la Constitución de Venezuela de 1858 es el primer antecedente de este tipo de revisión por parte de un órgano judicial jerárquicamente superior. Ciertamente, no se trataba de un Tribunal Constitucional, en la forma en que luego lo plantearía Kelsen en el siglo XX. Sin embargo, Fernández Segado considera que en ese momento “sí se estableció por primera vez, en forma expresa el control judicial objetivo de la constitucionalidad, a través del instrumento procesal de la acción popular atribuyendo a la Corte Suprema de Justicia competencia para declarar la nulidad

de los actos legislativos sancionados por las legislaturas provinciales, a petición de cualquier ciudadano, cuando fuesen contrarios a la Constitución” (Fernández Segado, 2000). Se trataba de un antecedente de la acción de inconstitucionalidad, que conllevaba una legitimación activa popular, por lo cual, coincidimos con José Vicente Haro cuando dice que la Constitución de 1858 “se adelantó casi medio siglo al sistema concentrado de control de la constitucionalidad de la Constitución Austríaca de 1920, que Kelsen había concebido, por supuesto dentro de las diferencias importantes que existen entre este modelo y el de Venezuela” (Haro, 2000). Asimismo, Manuel Aragón Reyes entiende que en Venezuela y Colombia ya existía una justicia constitucional que defendía judicialmente la Constitución y dejaba sin efecto a aquellos actos legislativos que la contraviniesen (Aragón Reyes, 1998). En todo caso, la Constitución de Venezuela de 1858 constituye un antecedente formal, es decir, que se trató de un diseño que no tuvo oportunidad de desarrollarse en la vida jurídica del país suramericano, debido a que ese mismo año comenzó la Guerra Federal que dejó en el papel el referido texto constitucional.

Precisamente, las relaciones constitucionales en los ordenamientos jurídicos iberoamericanos del siglo XIX se encontraban enmarcadas, al igual que en el constitucionalismo europeo, dentro de una tensión dialéctica entre los arquetipos conservadores y liberales, y una consecuente inestabilidad política que se reflejaba en constantes guerras civiles. Sin embargo, a mediados de siglo XIX se produce un acercamiento de estas posiciones antagónicas, a través de textos constitucionales

que van a servir de elemento legitimador del diseño de las instituciones jurídicas y políticas (Gargarella, 2010).

Conviene señalar que, en el caso mexicano, estos conflictos no impidieron el desarrollo de la institución del amparo (González Oropeza, 1999). En este sentido, el mérito de esta institución procesal del amparo en el siglo XIX, que nace en la Constitución de Yucatán de 1841 y se confirma en el artículo 19 del Voto Particular de don Mariano Otero, se puede ver en dos aspectos principales: por un lado, supone un fortalecimiento de la función jurisdiccional, más próxima a la tradición del *common law*, que en Estados Unidos iba conformando a los jueces como verdaderos garantes de la Constitución; por otro lado, el establecimiento de una garantía jurisdiccional de los derechos humanos, superando el tratamiento formalista que en Europa se le daba a estos derechos, para conformar una concepción material de los mismos. De modo que, en México se estaba superando la concepción de que los derechos del hombre se establecían como meras declaraciones, que en realidad estaban a merced del legislador para su sustantivación. La Constitución de Yucatán de 1841 estableció un catálogo de derechos que agrupó dentro del título denominado “garantías individuales”, en consonancia con la tradición francesa que Rejón había comprendido muy bien, en virtud de la cual, la declaración de los derechos no era suficiente sino se tenían las garantías jurisdiccionales para que los poderes Ejecutivo y Legislativo no los violaran (González Oropeza, 2009), lo cual aparece, precisamente, en contra del paradigma legiscentrista propio del constitucionalismo liberal decimonónico.

No se puede perder de vista que, el constitucionalismo mexicano estuvo manteniendo una metamorfosis constante a lo largo del siglo XIX, que iba afectando la configuración de muchas instituciones constitucionales y, desde luego, el amparo no fue la excepción. En 1842, al reformarse las Leyes Constitucionales (Siete Leyes), existió un grupo de diputados que abogaron por el sistema federalista y por la creación de controles constitucionales, entre ellos, sobresalió el jurista Mariano Otero (Covarrubias Dueñas, 2011).

Así las cosas, el artículo 101 de la Constitución mexicana de 1857 establecía lo siguiente:

“Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

- Por leyes ó actos de cualquiera autoridad que violen garantías individuales.
- Por leyes ó actos de la autoridad federal que vulneren ó restrinjan la soberanía del los Estados.
- Por leyes ó actos de las autoridades de éstos, que invadan la esfera de la autoridad federal.”

La Ley de Amparo del 19 de enero de 1869, en su artículo 8, prohibió el amparo directo. Sin embargo, ese mismo año, la Suprema Corte de Justicia se encargó de declarar de manera implícita la inconstitucionalidad de la mencionada disposición legal, en el célebre caso del Juez Miguel Vega, dando lugar al nacimiento del amparo judicial. Esta sentencia que ha sido comparada con la paradigmática sentencia del caso *Marbury vs Madison* (Del Rosario Rodríguez, 2021), sin embargo, el desarrollo posterior del Juicio de Amparo en

México siguió un camino totalmente distinto del control de constitucionalidad de los Estados Unidos de América.

Ciertamente, la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación supuso una postura decisiva acerca de la jerarquía de las fuentes formales del Derecho, en virtud del principio de supremacía de la Constitución, con base en el artículo 1º de la Constitución, que consagraba las garantías individuales como elementos racionalizadores y legitimadores de todas las instituciones constitucionales.

Con base en el Derecho público comparado en perspectiva histórica podríamos decir que, la sentencia del caso del Juez Vega se adelantó en la segunda mitad del siglo XIX a la concepción de los derechos humanos como límite para el legislador y una idea de tutela judicial efectiva más próxima a la manera en la cual la entendemos en el siglo XXI. En efecto, la ley procesal, cuyo estricto cumplimiento era lo que le daba legitimidad al proceso en el paradigma de la escuela científica del Derecho procesal, se encuentra con esta interpretación según la cual, por encima del legislador están las garantías individuales y, por tanto, éste no puede sancionar leyes que las trasgredan. En este caso del Juez Miguel Vega, en el cual se trataba de inaplicar una disposición legal que establecía la prohibición de conocer juicios de amparos en contra de decisiones judiciales, podríamos decir que nos acercamos a una visión más próxima al Derecho constitucional procesal o garantías del debido proceso desde un punto de vista material. No obstante, en consonancia con lo que fueron los paradigmas del siglo XIX, el amparo judicial terminó por

configurarse de manera que se asemejaba más a la casación, por lo menos, en el aspecto teleológico de buscar la uniformidad de las interpretaciones con el fin de alcanzar la seguridad jurídica, lo cual nos confirma en una visión de las garantías del debido proceso más cercana al formalismo jurídico. De modo que, se menoscabaron las autonomías competenciales del régimen interior de las entidades federativas en virtud de una configuración de un control concentrado de constitucionalidad a favor del Poder Judicial de la Federación, que dejó a los poderes judiciales de las entidades federativas como jueces de casación para conocer solo casos de legalidad de sus leyes locales. En definitiva, sin menoscabo de los aportes del Juicio de Amparo mexicano al Derecho constitucional, no se pueden soslayar los efectos que la ideología liberal dejó en esta institución.

IV. EL ANÁLISIS DEL JUICIO DE AMPARO MEXICANO EN EL SIGLO XXI CON BASE EN LA COMPARACIÓN EN PERSPECTIVA HISTÓRICA

Es bien sabido que las constituciones iberoamericanas del siglo XIX son deudoras del modelo de la Europa continental, que conjuntaba los principios de soberanía nacional y el de división de poderes, a pesar de una evidente contradicción conceptual que trajo como consecuencia que los textos constitucionales tuvieran una naturaleza programática, esto es, más ideológica que práctica (Hankansson Nieto, 2016). No obstante, como se señaló en el epígrafe anterior, el Juicio de Amparo mexicano fue, en el siglo XIX, la institución jurídica de mayor trascendencia en México y constituye un referente para los ordenamientos ju-

rídicos pertenecientes a la familia jurídica del *common law*, lo cual se observa en la forma en la cual esta institución procesal fue contemplada en diversas legislaciones durante el siglo XX.

Ese siglo XX llegó acompañado de grandes problemas políticos y sociales a los cuales México no fue ajeno, en consecuencia, la revolución mexicana dio paso a la Constitución mexicana de 1917, con una ideología que se alejaba del individualismo del siglo XIX y asumía la cuestión social con la positivización de un catálogo de derechos sociales -que se adelantaba dos años a la Constitución de Weimar- sin menospreciar las garantías de naturaleza individual que se mantenían vigentes. En este contexto, en el proceso constituyente de Querétaro se revisó el Juicio de Amparo y, como lo ha sabido explicar Estrada Michel (Estrada Michel , 2021) en su análisis del amparo mexicano, a la luz del discurso inaugural de don Venustiano Carranza y sus puntos coincidentes con el pensamiento de Emilio Rabasa, hubo el debate acerca de la pertinencia y la viabilidad del Juicio de Amparo instaurado en la Constitución de 1857 y, específicamente, los problemas que el amparo directo supuso en el siglo XIX y primera década del XX, derivado de la sentencia del caso del Juez Vega. De modo que, dentro de una tensión dialéctica entre realismo e idealismo, en Querétaro se mantuvo el amparo casación que en realidad era -y lo siguió siendo durante todo el siglo XX- justicia de legalidad, fundada casi siempre en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, expresión de un verdadero formalismo jurídico. Esto trajo consecuencias para el constitucionalismo mexicano del siglo XX,

donde vale la destacar, en palabras de Estrada Michel, “entre otros daños colaterales, la ausencia de garantías jurisdiccionales para el goce efectivo de los derechos sociales” (Estrada Michel , 2021).

De modo que, durante el siglo XX, el Juicio de Amparo se mantuvo como la institución garante de la legalidad, en su sentido más formalista, lo cual impactó en las relaciones constitucionales y en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los demás tribunales federales, ya que significó una particularización del sistema de fuentes formales del ordenamiento jurídico mexicano al establecer a la jurisprudencia como una suerte de norma general y abstracta, distinta a lo que la mejor doctrina considera. Pero, sobre todo, la idea formalista de los procedimientos judiciales.

Tomemos como ejemplo la garantía de la tutela judicial efectiva, en efecto, durante la quinta época del Semanario Judicial de la Federación, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no consideraba que el contenido del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se refiriese a violaciones cometidas por los tribunales dentro de las causas que estuvieran conociendo, sino que sostuvo que la tutela judicial efectiva se limitaba al mandato constitucional que tenían los jueces para administrar justicia en los estrictos los plazos y términos establecidos en la ley en sentido formal (Núñez Torres & Neria Govea, 2013); de tal suerte que, no fue sino hasta la novena época cuando se comenzó a reflexionar sobre la naturaleza de derecho fundamental que tiene la tutela judicial efectiva.

De manera que, el estudio del Juicio de Amparo en el siglo XX nos muestra que, aquellos problemas que nacieron en el siglo XIX, pero que se podrían explicar en el contexto de la ideología de la Constitución del Estado Liberal Burgués, al llegar al siglo XX se mantuvieron y acentuaron. Pero, con una agravante debido a que el constitucionalismo democrático del siglo XX, sobre todo a partir de la segunda posguerra, en Europa ya se había abandonado el legiscentrismo y se iniciaba toda una construcción de los derechos fundamentales como obra, principalmente, de la función jurisdiccional constitucional de los tribunales constitucionales, con base en la idea de la Constitución entendida como orden de valores, lo que en definitiva, legitimaría todo el ordenamiento jurídico. Sin embargo, la recepción de esos valores dentro de los Estados iberoamericanos en el siglo XX no fue fácil, puesto que la tradición militarista, aunado al contexto internacional de la guerra fría, supuso el mantenimiento de dictaduras o regímenes autoritarios, los cuales, evidentemente, no se caracterizaron por ser defensores de los derechos humanos, al contrario, algunos de ellos cometieron atrocidades que se podían encuadrar en delitos de lesa humanidad.

En este sentido, el Juicio de Amparo mexicano fue evolucionando a lo largo del siglo XX hacia este paradigma del constitucionalismo democrático, lentamente, si lo comparamos con la configuración que este tipo de recursos presentaba en otros países de Iberoamérica. Baste como ejemplo el principio de relatividad de los efectos de la sentencia en el Juicio de Amparo, conocida también como fórmula Otero, la cual se justificaba en el siglo XIX por la idea del principio de división de poderes,

el cual suponía una estricta separación de funciones, pero, que en el constitucionalismo actual tiene un alcance muy distinto, ya que regresa a su verdadera concepción histórica de pesos y contra pesos dentro de las relaciones constitucionales. En este contexto, a los jueces no se les puede exigir que renuncien a darle, en su justa dimensión histórica, contenido preciso y alcance a los derechos fundamentales que dentro del sistema de fuentes del Derecho están contenidos en la Constitución y limitados en la ley. Como nos explica Fioravanti, los jueces constitucionales en la Europa de la segunda mitad del siglo XX abandonaron las “simplificaciones del positivismo jurídico” que llevaban a los tribunales a tomar decisiones de “sí-no, válido-inválido, conservación-abrogación”, y pasaron a “dotarse de instrumentos más flexibles para utilizarlos en la función concreta de interpretación de la ley por parte de los jueces” (Fioravanti, 2014). En este sentido, la función jurisdiccional que llevaban a cabo los jueces en el Juicio de Amparo mexicano del siglo XX no terminaba de cumplir a cabalidad con su misión de ir construyendo un verdadero cuerpo dogmático –aunque abierto a la discusión democrática– sobre los contenidos de los derechos fundamentales.

El Derecho público comparado en Iberoamérica nos muestra casos como el de la Constitución de Venezuela de 1961, que en su artículo 49 consagró el derecho constitucional a la acción de amparo, al tiempo que en el artículo 50 estableció que el catálogo de derechos fundamentales contenidos en el texto constitucional no suponía la negación de otros que, en virtud de la dignidad humana, también eran susceptibles de ser garantizados por

esta acción constitucional (estas disposiciones se mantienen vigentes en la Constitución venezolana de 1999).

Luego, la Convención Americana de los Derechos Humanos consagró este derecho de gozar de protección judicial de los derechos fundamentales en el artículo 25, definiendo las características que debe tener este recurso (“sencillo y rápido”, “efectivo”) y, además, estableciendo que los derechos que habrían de ser protegidos no son sólo los contenidos en este Pacto de San José, sino que abarca los establecidos por la Constitución y las leyes de los Estados Parte. Lo anterior supuso un paso a la integración del sistema de fuentes, de una concepción dualista a una monista. Asimismo, el artículo 25 hace expresa mención de los compromisos que los Estados parte deben hacer al regular este recurso, haciendo hincapié en la obligación de las autoridades estatales de garantizar el cumplimiento cabal de las sentencias de amparo, confirmando a la ejecución de las sentencias como parte de las garantías de un debido proceso. Sin embargo, y a pesar de la participación decidida de México en la historia de conformación del sistema interamericano de derechos humanos, no se puede perder de vista que no fue sino hasta 1998 cuando reconoció la jurisdicción de la Corte Interamericana, de tal suerte que, el Pacto de San José, así como los criterios que emanaban de la justicia interamericana no eran vinculantes para los jueces constitucionales y demás autoridades de México. Ciertamente, como lo dijo el gran maestro Sergio García Ramírez, la posición de México no podía ser ni a favor de una visión injerencista dentro de la soberanía nacional, ni de “evasión del mundo” por “rechazo de

compromisos ni aislamiento deliberado” (García Ramírez, 2002); no obstante, el Juicio de Amparo y, en general, la justicia constitucional mexicana marchaba por detrás de otras regulaciones normativas establecidas dentro de los ordenamientos jurídicos del continente en la segunda mitad del siglo XX.

El Derecho público comparado y la historia del Derecho sirven como estrategia epistemológica en el análisis del Juicio de Amparo en el siglo XXI, cuyo fin coadyuvaría para que la ingeniería constitucional consiguiera llevar a cabo las adecuaciones para la mayor eficacia de esta garantía jurisdiccional de los derechos humanos, conforme a los valores y principios del ordenamiento jurídico, a través de una comparación que nos sirva de parámetros para la evaluación, así como para la obtención de elementos cognoscitivos, con la finalidad de comprender mejor a la institución y, de ser el caso, para las reformas constitucionales y legales para la reconfiguración del Juicio de Amparo. Asimismo, es muy importante estudiar los aportes del formante doctrinal mexicano que en la segunda mitad del siglo XX fueron críticos de los formantes jurisprudenciales y legislativos, resaltando cuatro nombres: Héctor Fix Zamudio, Jorge Carpizo, Sergio García Ramírez y Diego Valadés, cuya obra es referente para otros investigadores que hoy ejercen con denodado entusiasmo la labor asignada a la Academia jurídica mexicana.

En este sentido, el siglo XXI ha supuesto para México un giro importantísimo de su justicia constitucional hacia una protección eficaz de los derechos fundamentales y de una posición relevante dentro de los países del hemisferio. En este sentido, tenemos tres reformas consti-

tucionales que constituyen puntos de inflexión en la redefinición del Juicio de Amparo. La primera reforma fue en materia procesal constitucional en 1994⁶; la segunda, en materia procesal penal de 2008⁷; y, la más importante a los efectos del Juicio de Amparo y de la tutela judicial efectiva, la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011⁸. Esta última reforma ha supuesto un fortalecimiento de esta garantía jurisdiccional, que se ha visto reflejado cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha ido construyendo a partir de la décima época –aunque hay referentes importantes en la novena época– un cuerpo dogmático de los derechos humanos con base en la revisión de su propia jurisprudencia y de un diálogo jurisprudencial con la Corte Interamericana de Derechos Humanos e, indirectamente, con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Así las cosas, ¿podríamos decir que el Juicio de Amparo en México ya se adecua a los fines que se esperan de esta garantía constitucional según el artículo 25 de la Convención Americana? La respuesta sigue estando en construcción y requiere del formante doctrinal toda la capacidad reflexiva, objetiva y científica. Los datos que el Derecho público comparado y la Historia constitucional proporcionan pueden servir para hacer las preguntas clave que ayuden llevar a cabo esta evaluación y análisis del Juicio de Amparo mexicano.

6 Publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 31 de diciembre de 1994.

7 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 18 de junio de 2008.

8 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 10 de junio de 2011.

Por ejemplo, cuando se analiza el Juicio de Amparo a la luz de las clasificaciones que encontramos en el Derecho público comparado, lo primero que salta a la vista son las características particulares que hacen difícil su encuadre dentro de los modelos de control concentrado y difuso, lo que demuestra la poca utilidad a la que ha quedado reducido el uso de esta clasificación dicotómica de difuso y concentrado. En efecto, si analizamos el amparo contra leyes, vemos que mantiene dos características típicas del modelo de control difuso, ya que de este juicio pueden conocer tribunales federales distintos a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y porque los efectos de la sentencia son relativos; sin embargo, también encontramos características propias del modelo concentrado, como por ejemplo, el hecho de que el debate sobre la constitucionalidad de la ley no sea incidental, sino que constituya el objeto principal del litigio, es decir, que el acto que contiene los agravios al derecho humano es la propia norma general. Por otra parte, los tribunales de las entidades federativas no pueden conocer del juicio de amparo, lo cual hace muy difícil su inclusión dentro del modelo de control difuso, a pesar de que, como lo ha explicado muy bien, Cavazos Guajardo Solís, con base en el “neoconstitucionalismo y en el institucionalismo jurídico”, el control difuso de constitucionalidad es “innato al federalismo” porque los éstos “emergieron de Estados y constitucionales federales” (Cavazos Guajardo Solís, 2020).

Asimismo, el Juicio de Amparo podría encuadrar en el modelo concentrado, si analizamos el procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad, contemplada en el

artículo 107, fracción II, tercer párrafo de la Constitución Mexicana, que deriva de la jurisprudencia que resulta de los amparos contra leyes que determinan su inconstitucionalidad. Sin embargo, aunque este procedimiento busca superar los problemas que conlleva la relatividad de los efectos de la sentencia de amparo –la cláusula Otero a la que ya hicimos referencia-, debido a que se podría considerar un atavismo histórico que arrastra el Juicio de Amparo mexicano desde el siglo XIX; la prohibición de que esta declaratoria pueda versar sobre la materia tributaria, mantiene la relatividad de las sentencias como un elemento que no se debería pasar por alto al momento de buscar nuevas clasificaciones en materia de justicia constitucional.

Además, serviría para analizar la incompatibilidad que suponen, desde el punto de vista de la legitimidad constitucional y su consecuente principio de supremacía constitucional, el hecho de que el Estado pueda mantener un tributo que ha sido declarado inconstitucional por parte de un tribunal, ya que supondría para cualquier teoría del constitucionalismo actual un escándalo contrario a los valores del constitucionalismo.

En definitiva, el método comparado en perspectiva histórica muestra su pertinencia para el estudio de cualquier institución. Vemos así como Gross Espiell refiere, en su estudio sobre el constitucionalismo decimonónico, la trágica incongruencia –conocida por todos- entre el deber ser establecido en los textos constitucionales latinoamericanos y la realidad que se observaba en la vida social, política y jurídica de los pueblos de esta parte del continente, y entre sus ejemplos señala las declaraciones

de derechos de las constituciones de Argentina de 1853 y de México de 1857 (Gross Espiell, 6). Sin embargo, no refiere la relevancia que significó el amparo mexicano como una institución que fue capaz de servir de control jurisdiccional del poder dentro de los paradigmas del constitucionalismo liberal, adelantándose casi medio siglo a las teorías del constitucionalismo democrático.

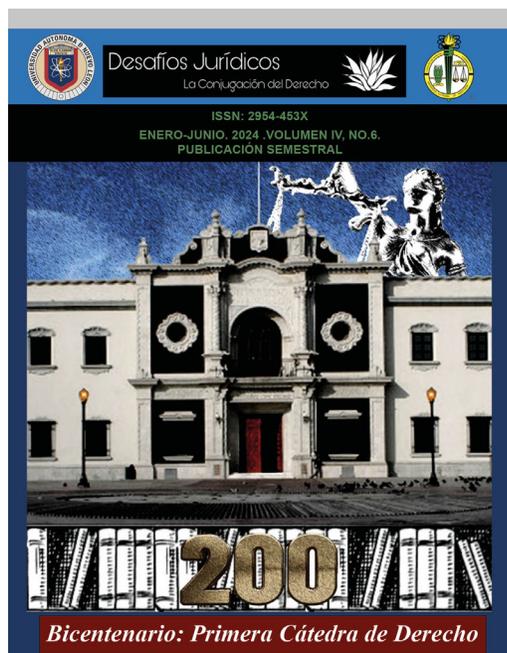
TRABAJOS CITADOS

- Aragón Reyes, M. (1998). Algunas consideraciones sobre la justicia constitucional. *Estudios de Derecho Constitucional*, 112.
- Burgoa, I. (1983). *El Juicio de Amparo*. México: Porrúa.
- Cavazos Guajardo Solís, A. (2020). *Las limitantes de la jurisprudencia mexicana para consolidar al Federalismo como una verdadera expresión de la división del poder público*. México: Tirant lo blanch.
- Charles, H. (1991). *Constitucionalismo Antiguo y Moderno*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales de Madrid.
- Covarrubias Dueñas, J. (2011). Antecedentes del Amparo. En M. González Oropeza, & E. Ferrer Mac-Gregor, *El Juicio de Amparo. A 160 años de su primera sentencia* (pág. 339). México: IJ-UNAM.
- Del Rosario Rodríguez, M. (2021). El amparo Miguel Vega y el origen del control constitucional en México. En E. Ferrer Mac-Gregor, & L. Rentería Barragán, *El amparo directo en México. Origen, evolución y desafíos* (págs. 110-112). México: IECEQ, IJ-UNAM.
- Estrada Michel, R. (2021). Carranza, Rabasa y la imposible tarea de la Corte. En E. Ferrer Mac-Gregor, & L. Rentería Barragán, *El amparo directo en México. Origen, evolución y desafíos* (págs. 145-170). México: IECEQ, IJ-UNAM.
- Fernández Fernández, V., & Samaniego Behar, N. (enero-junio de 2011). El juicio de Amparo: Historia y futuro de la protección constitucional en México. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*(27), 176-177.

- Fernández Segado , F. (2006). *Del control político al control jurisdiccional. Evolución y Aportes a la Justicia Constitucional en América Latina*. (CLUEB, Ed.) Bologna: Center for Constitutional Studies and Democratic Development Lecture Series.
- Fernández Segado, F. (2000). El Control de Constitucionalidad en Latinoamérica: Del control político a la aparición de los primeros Tribunales Constitucionales. En *El Nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano. Homenaje a Humberto J. La Roche* (pág. 475). Caracas: UCAB.
- Fioravanti, M. (2014). *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. (A. Mora Cañadas, & Martínez Neira, Trads.) Madrid: Trotta.
- Fix-Zamudio, H. (mayo-agosto de 1970). Derecho Comparado y Derecho de Amparo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*(8).
- García Ramírez , S. (2002). *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericano* . México : UNAM.
- Gargarella, R. (2010). Apuntes sobre el constitucionalismo Latinoamericano del siglo XIX. *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 34.
- González Oropeza , M. (1999). *El primer Juicio sustanciado en México*. México: SCJN.
- González Oropeza , M. (2009). *Constitución y Derechos Humanos. Orígenes del Control Constitucional ,CNDH*. México: Porrúa.
- Gross Espiell, H. (6). El Constitucionalismo Latinoamericano y la codificación del siglo XIX. En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (pág. 163).
- Hankansson Nieto, C. (2016). Los razgos y perspectivas del constitucionalismo. *Derecho & Sociedad*, 86-87.
- Haro , J. (2000). La Jurisdicción Constitucional en la Constitución de 1999 . En *Homenaje a Humberto J. La Roche* (pág. 507). Caracas : UCAB.
- Ley de Amparo. (2013). Diario Oficial de la Federación .
- Lira González, A. (1971). *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano (antecedentes novohispanos del amparo)*. México: Fondo de Cultura Económica .
- Núñez Torres, M., & Neria Govea, M. (2013). Tutela Judicial Efectiva y Debido proceso. Del Debido proceso formal al Debido proceso material. En M. Nuñez Torres , *El debido proceso en el Derecho Constitucional Mexicano* (pág. 43). México : BOSCH.
- Pegoraro, L. (2016). La Ciencia y el Método. En L. Pegoraro, & A. Rinella, *Derecho constitucional omparado* (págs. 155-161). México: Editorial Astrea.
- Quiroga Lavié, H. (1977). *Los Cambios Constitucionales a través de la Costumbre y la Jurisprudencia*. México : UNAM.
- Soberanes Fernández, J. (1998). La Constitución Yucateca de 1941 y su Juicio de Amparo. En *Liber ad Honorem Sergio García Ramírez* (pág. 649). México: IIJ-UNAM.
- Tarr, A. (28). Los Estados como Innovadores. En P. Torres Estrada , & D. Barceló Rojas , *La Reforma del Estado, Experiencias Mexicanas y Comparadas en las Entidades Federativas* (págs. 55-62). México : SCJN, EGAP, UNAM, Porrúa.
- Tena Ramírez , F. (2015). El Amparo Mexicano, Medio de Protección de los Derechos Humanos. En J. Cossio Diaz , & R. Estrada Michel , *Obras Completas Felipe Tena Ramírez* (pág. 574). México: Porrúa.







Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Maurides Macedo, Cleudes Maria Tavares Rosa y Alessandro Rezende da Silva (Universidad Federal de Goiás, Brasil)

El derecho humano a la educación y a la salud: una mirada reflexiva de la Teoría Crítica *Frankfurtiana*. pp. 28-45. Fecha de publicación en línea: 31 de enero de 2024.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafios.juridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos Vol. 4, Núm. 6, Enero-Junio 2024, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor.

Responsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina, Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. MED. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCÍA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: DR. MARIO ALBERTO GARZA CASTILLO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

COORDINADORA EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ASISTENTE EDITORIAL: Rostam Badii Guillén

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: Mtra. María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Rosa María Elizondo Martínez

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vázquez Azamar “Ius Celebrans” © 2024

El derecho humano a la educación y a la salud: una mirada reflexiva de la Teoría Crítica *Frankfurtiana*

The human right to education and health
from the perspective of the Frankfurt Critical Theory

Fecha de publicación en línea: 31 de enero de 2024

Por: Maurides Macedo*,
Cleudes Maria Tavares Rosa** y
Alessandro Rezende da Silva**

* <https://orcid.org/0000-0002-1279-8254>

Universidad Federal de Goiás, Brasil

** Universidad Federal de Goiás, Brasil

*** <https://orcid.org/0000-0002-5381-2155>

Universidad Federal de Goiás, Brasil

Resumen. El trabajo tensiona las categorías educación, formación y derechos humanos, relacionándolas críticamente con la previsión constante de las normas internacionales universalistas. Estas descuidan su imposición en contextos socioculturales diversos. Por tal manera sostienen, por la acriticidad, la ideología de los grupos de poder económico en la sociedad capitalista. La educación crítica es lo que contribuirá a una interpretación crítica del derecho humano.

Palabras clave: Educación. Derecho humano. Formación. Ideología. Teoría Crítica *Frankfurtiana*.

Abstract. The work tensions the education, training and human rights categories, critically relating them to the constant prediction of universalist international norms. These neglect their own imposition in different sociocultural contexts. In this way, they sustain, through uncriticality, the ideology of economic power groups in capitalist society. Critical education will contribute to a critical interpretation of human rights.

Keywords: Education. Human Right. Formation. Ideology. Frankfurtian Critical Theory

*Doctora en Educación (UFG), Máster en Sociología (UFG), especialista en Derecho Civil (UNIAhanguera), Graduada en Ciencias Sociales (UFG) y Derecho por la Pontificia Universidade Católica de GOIÁS (PUC-GO), Abogada (OAB-GO 42.550), Coordinadora de Sociología (PUC-GOIÁS). Filiación institucional: Investigadora en la PUC-GOIÁS, NEVIDA-FE(UFG), CEPAE (UFG), UFSCar. Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos (OAB-GO/ Subsección Nerópolis-GO). E-mail: cleu-destavares@gmail.com

***Doctor en Ciencias Sociales (FLACSO/Ecuador), Magíster en Ciencias Políticas (Unieuro/Brasil), Especialista en Derechos Humanos y Seguridad Pública (Unieuro/Brasil), Licenciado en Comunicación Social (IESB/Brasil) Filiación institucional: Universidad Federal de Goiás (UFG). E-mail: alessandroligadf@gmail.com

INTRODUCCIÓN

La fecundidad de las categorías Educación, Formación y Derechos Humanos serán estudiadas en el presente trabajo, en que pesen sus teorizaciones y realizaciones vinculadas a las vicisitudes e ideologías que atraviesan la sociedad burguesa capitalista. Tales categorías fundamentan los procesos culturales y, se reiteren, los procesos ideológicos de esta sociedad.

Se pretende comprender la relación entre educación y derecho humano como fundamento cultural que organiza la sociedad, entendiendo la primera como fundamento constituyente del segundo. Se subraya que, desde la formación de las agrupaciones humanas, en épocas prístinas, el derecho ha sido una imposición del universal al particular. Para tensionar tal relación, se recurrirá a la Dialéctica Negativa de Theodor Adorno (2009) y a la Teoría Crítica *frankfurtiana* para comprender cómo la codificación sustenta formalmente el derecho humano, sin embargo, materialmente, se exigen la crítica y la resistencia para su concreción.

Se relaciona la codificación del derecho humano a los contextos de barbarie que marcaron la sociedad burguesa capitalista, la cual tiene como emblema Auschwitz. Se subraya que los conflictos y las luchas por la dignidad humana han conducido a sistemas de garantías codificadas a partir de Auschwitz, pero los conflictos sociales gestaron hace mucho tiempo la lucha por la constitución de tal derecho.

Cepillando la “historia a contrapelo” (BENJAMIN, 1994, p. 225), se constata que la barbarie incrustada en la sociedad burguesa llevó

a Adorno y Horkheimer (1985) a indagar el porqué de la humanidad, tan desarrollada técnicamente, aún manifestar una regresión tan drástica a punto de gestar Auschwitz.

Auschwitz es el marco de la barbarie manifiesta. Esta definió la necesidad urgente de la existencia de un sistema de garantías de las luchas y de resistencia a ese mal estado de cosas. Y culminó en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Se critica la concepción de sistema por el cierre de la comprensión que propicia. Se recurre, por lo tanto, a Adorno y Horkheimer (1985), pues esa concepción de un sistema - valores y división social del trabajo (HERRERA FLORES, 2009) - se cierra en una totalidad explicativa y niega la crítica.

Es preciso considerar que la narrativa del sistema de Derechos Humanos oriunda de los tratados internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), dotó de derechos a los individuos particulares. Dotación efectuada por lo universal, en ella se encuentran los fundamentos de lucha por el proceso de humanización de la propia humanidad. No se puede descuidar, sin embargo, que en estos importantes marcos normativos de los derechos humanos se asienta un fundamento ideológico, por ser abstractos: el universal. Por otro lado, la especificidad originaria remite a la cuestión cultural: su origen radica en el lado occidental del planeta, en un contexto de alto desarrollo técnico, desafiado por la barbarie cultural de Auschwitz.

Herrera Flores (2009) discute esa cuestión señalando la necesidad de (des) colonizar lo que sea derecho humano, su base ética y jurídica,

buscando el acceso a los bienes, materiales e inmateriales, como un mínimo propiciado para el ejercicio de lo que sea dignidad. El (des) colonizar vendría de ser el derecho humano entendido como humano, luego, todo individuo, por ser humano, lo tendría. En este contexto, se pasa por alto la diversidad de cosmovisiones e intereses de pueblos diversos. Por eso, se critica la amplitud de la abstracción de los enunciados y del propio lenguaje presente en esa universalidad de lo que sea el derecho humano.

Este fue el mismo contexto sociohistórico que motivó el cuestionamiento de los *frankfurtianos*, exiliados por la barbarie que marcó a Europa, específicamente a Alemania de entonces. Es necesario recordar la indignidad que marcó ese momento, cuando Adorno y Horkheimer señalaron que:

El pensamiento crítico, que no se detiene ni siquiera ante el progreso, exige hoy que se tome partido por los últimos residuos de libertad, por las tendencias aún existentes a una humanidad real, aunque parezcan impotentes ante la gran marcha de la historia (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p.9).

Esta marcha iba en contra del colapso de la sociedad burguesa y de las tendencias del espíritu de la época, que eran destructivas. Adorno afirma: “entiendo por barbarie algo muy simple, o sea, que, estando la civilización del más alto desarrollo tecnológico, las personas se encuentren atrasadas de un modo peculiarmente deforme en relación con su propia civilización” (ADORNO, 1995a, p. 155). Esa situación se manifiesta cuando la mayoría

experimenta la formación en los términos de la civilización en que se encuentra insertada, pero es portadora “de agresividad primitiva, el odio primitivo [...] un impulso de destrucción” (ADORNO, 1995a, p. 155), que podrá llevar a la civilización a explotar. La barbarie es violencia física explícita, pero también lo es en términos subjetivos por la frialdad y la indiferencia hacia el otro, lo diferente.

La mirada a la cuestión de la violencia exige una reflexión sobre sus aspectos constitutivos en una perspectiva sociohistórica. El porqué de esta elaboración repercute en los derechos humanos. No se reconstruirá su origen formal, o su retórica conservadora de legitimación, sino como categoría de auto imposición de deberes (HERRERA FLORES, 2009) constantes en las luchas sociales en busca de la dignidad humana. Se buscará, también, la contribución de la Teoría Crítica de la sociedad, en específico de los pensadores Adorno y Horkheimer, de la Escuela de Frankfurt, en el sentido del cuestionamiento efectuado a lo largo de sus obras acerca del proyecto de humanización del hombre, en particular en la Dialéctica negativa (2009) *adorniana*. Como elementos de cultura, tanto la educación y la formación como el derecho humano deben ser examinados con distanciamiento crítico, en la búsqueda de sus contradicciones, como exigencia de la crítica a la idealización, para no acomodarse a la generalidad y, por esa vía, no empobrecer la experiencia, al considerar que “de ella sería liberado un estado justo, que no es ni sistema ni contradicción” (ADORNO, 2009, p.18). Se concuerda con Adorno (2009) cuando el autor afirma que el concepto no demarca la identidad constituida históricamente y, por lo tanto, dinámica. Y niega la teoría tradicional.

En el prefacio del libro *Dialéctica del Esclaramiento*, obra ensayística, tal preocupación es manifestada en el análisis sobre la sociedad capitalista, denominada por los autores como sociedad administrada: “[...] ¿por qué la humanidad, en lugar de entrar en un estado verdaderamente humano, se está hundiendo en una nueva especie de barbarie?” (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p.11).

La violencia es inherente a la condición humana. Este violento ser humano centró su poder de destrucción hacia la naturaleza y otros individuos; intentó la dominación. Urge, sin embargo, comprender que la violencia es regresión, negación de la humanidad en sí. Con relación a la barbarie, Zanolla (2015) subraya que Adorno (1995a) la discute como objetivo referido a los factores y a las situaciones sociales que contribuyen a la violencia en el ámbito estructural, del orden de las relaciones productivas, y en los aspectos humanos inherentes a la constitución de la subjetividad, lo que implica reconocer factores que concierne a la dinámica psíquica de los individuos, a su alma, o espíritu, en el sentido filosófico de la singularidad humana, sea sus deseos y sus necesidades, sean tus sentimientos y tus emociones.

Se comprende que, en su proceso de dominación, ese individuo, sujeto de su trayectoria, intentó la autonomía. Construyó conocimientos acerca de la naturaleza, en el sentido de comprenderla y dominarla, y constituyó la cultura. Para la Teoría Crítica de la sociedad, la perspectiva subjetiva en el proceso de construcción de la cultura tiene que ser considerada. Ese individuo pasa a contenerse en su ejercicio de libertad por los límites impuestos

por la cultura, que él constituye al dominar la naturaleza. Por consiguiente, la libertad anterior vivida fue socavada por el momento coherente de sujeción de la libido y de la búsqueda del placer, las cuales pasaron a ser controladas culturalmente. La cultura pasó a subyugar los instintos humanos, su libido, la satisfacción irrestricta de sus necesidades pasará a ser moldeada y recalcada, contenida.

El contenido recalcado de esa libido, alerta Freud (2010b), puede volver a la superficie, pues el proceso cultural que se constituye, centrado en la recalque, está todo el tiempo en lucha con la libertad instintiva buscada. Si esa libertad instintiva está contenida por el peso de la cultura, el recalque de los instintos se da en el ámbito biológico e histórico (la dominación es social y se despliega en todos los individuos de esa sociedad, en nombre de la exigencia tolerable y exigida por la cultura o por la sociedad).

La Teoría Crítica de la sociedad se constituye a partir de la discusión de sus autores con dos referenciales, entre otros (Kant, Hegel, etc.), que se complementan: *el marxiano*, con el análisis objetivo de la sociedad, y el freudiano, con la subjetiva. En Marx, el hombre se humaniza por la mediación del trabajo en la búsqueda de satisfacción de sus necesidades - las cuales, una vez satisfechas, generan otras - y constituye el primer acto de la historia. Adorno discute, en *Tesis sobre la necesidad*, ser esta una categoría social y subraya que la necesidad, como pulsión socialmente mediada, es explicada teóricamente como si fuera natural, siendo, sin embargo, constituida socialmente. Alerta que las necesidades no son estáticas, así como no están relacio-

nadas solo con la comida y la vivienda, siendo, de esta manera, necesario “[...] reconocer que las propias necesidades subsistentes en su forma actual son el producto de la sociedad de clases” (2015, p. 231).

Hay que pensar la dignidad humana, y pensar desde el fundamento de los valores. Alerta Flores (2009) que los valores están insertados en normas y procesos sociales de división del trabajo. Estos prescriben comportamientos y deberes a partir de intereses del poder económico. Así, es necesario atender al sentido crítico dirigido al derecho humano, pues no todo acceso a bienes es susceptible de materialización a partir de la norma. Y, además, no todo derecho humano formalizado o normalizado propicia tal acceso. Tampoco se puede descuidar el proceso de acceso a la dignidad humana, del acceso a bienes, materiales e inmateriales, idénticos en todo el mundo. Hay diferencias culturales que deben respetarse. Si bien todo lo que existe y vive debe ser respetado, por eso se exige el reconocimiento de que toda relación sea pautada en un desarrollo humano amplio. Este desarrollo llevaría a la presuposición de una sociedad democrática, solidaria, humana.

Se retoma Adorno y aquello que él señaló, según el cual “[...] en ninguna necesidad se debe separar claramente lo que hay de humano y lo que viene como consecuencia de la represión” (ADORNO, 2015, p. 231). En Freud, el hombre es animal y se humaniza en la medida en que posterga la satisfacción y restringe la búsqueda por el placer, transformando la actividad inicialmente lúdica (principio del placer) y pasando a evitar el dolor. Ocurre la represión instintiva y, de nuevo, Adorno alerta

acerca del “peligro de que la dominación se instale en los seres humanos a través de sus necesidades monopolizadas [...] es [...] tendencia real del capitalismo tardío” (ADORNO, 2015, p. 231).

La exclusión y la desigualdad son inherentes en el capitalismo, por lo tanto, es necesario superar no solo el colonialismo y el patriarcado, como es exigible creer que un capitalismo inclusivo es una contradicción en el acto de hablar de sus defensores. Para ello urgen cambios estructurales que garanticen la soberanía de los pueblos y la lucha en los territorios, así como una economía solidaria basada en la igualdad, la sostenibilidad y el ejercicio pleno de la ciudadanía. De esa manera, la técnica y todo de nefasto que envuelve las relaciones en la sociedad capitalista, la frialdad, la indiferencia.

En Marx (2002), la historia del hombre es la historia de su producción de la vida condicionada a la organización corpórea. En Freud, es la lucha de la razón contra la no razón y, en Adorno, es la represión del animal contenido en sí a favor de la civilización y orientado por la razón. Adorno elabora junto con Horkheimer una explicación sobre cómo la razón, a lo largo del tiempo, se degeneró en (des) razón y propició la regresión del hombre, en momentos en que el proceso civilizatorio y tecnológico parecía tan avanzado. Es que, en el proceso de búsqueda del conocimiento, el hombre aprendió de la naturaleza, la dominó y dominó a otros hombres. En ese sentido, “Lo que los hombres quieren aprender de la naturaleza es cómo emplearla para dominar completamente a ella y a los hombres” (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p.20). Nada más importaba

excepto el narcisismo y la vanidad. Hay que hablar de conocimiento, pero, con él, hay que subyugar al otro, diferente, violarlo para que se someta a los intereses del dominador.

En *Dialéctica del Esclarecimiento*, Adorno y Horkheimer (1985) discuten el esclarecimiento “como un proceso de emancipación intelectual resultante, por un lado, de la superación de la ignorancia y de la pereza de pensar por cuenta propia y, por otro lado, de la crítica de las prevenciones inculcadas en los intelectualmente menores por sus mayores” (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 7). La autonomía debe ser entendida como esclarecimiento, faro para la comprensión de procesos sociales en que la violencia se vuelve barbarie, llevando a la deshumanización de los individuos. Esta barbarie se debe a los mecanismos de frialdad frente al otro y a los aspectos objetivos de la sociedad capitalista, en los que el mercado y el poder económico se estructuran en torno a las finanzas y el consumismo. Las relaciones son organizadas semejantemente al mundo de los negocios, y la relación humana, en la cual podría ocurrir la emancipación, parece inexistir para esa sociedad instrumentalizada por el lucro. El derecho humano crítico tensiona tales relaciones reguladas por la vía mercadológica y sostiene que el Estado debe garantizar los derechos sociales inalienables.

LA CULTURA Y VIOLENCIA

Hay que sopesar la cultura. Esa, como proceso, es la mediación efectuada por el individuo entre él mismo y la naturaleza. Es posible distinguir a través de la cultura creada por los individuos que estos renuncian a su libido a favor

de las actividades expresadas socialmente y que pueden llevarlos a presumirse sujetos; o sea, es también por la represión de los instintos que la cultura se constituye (FREUD, 2010b). Por esa negación determinada, el pensamiento expresa la ausencia de libertad constituida por los frenos culturales. De ahí se entiende que la minoridad, la imposibilidad de reflexionar por sí misma, es garante de la permanencia de la violencia enraizada y, por ello, el individuo se entiende como sujeto. En ese sentido, es posible aprehender la experiencia formativa como “movimiento por el cual la figura realizada sería confrontada con su propia formación” (ADORNO, 1995, p. 25). Ahora, si tal sujeto es incapaz para el ejercicio de la reflexión, repite el comportamiento, basado en actos violentos, agresivos. Esta repetición se extiende como red, constelación, y puede provocar procesos de identificación. El concepto psicoanalítico de identificación remite a la “más antigua manifestación de un vínculo afectivo de una persona con otra” (FREUD, 2016). Es que pensar la violencia, en su manifestación regresiva de fuerza física, en adelante denominada barbarie, implica pensar no solo las condiciones objetivas en las que se manifiesta. También es investigar subjetivamente a sus sujetos. Según Adorno, “el hecho de que necesitemos concienciarnos de ese elemento desesperado [...] debe ir más allá de los presupuestos objetivos [...] es necesario buscar las raíces en los perseguidores” (1995a).

En *La personalidad autoritaria*, Adorno (1965) demuestra que el autoritarismo, bajo la perspectiva psicológica, es la tendencia general a colocarse en situación de dominación o sumisión, frente a los demás, como consecuencia de la inseguridad del “yo” o del miedo a ser

débil, o por sentimiento de culpa. En esa perspectiva, el autoritario considera al otro como rival y, si este es considerado “superior”, deberá ser temido; si es considerado “inferior”, deberá ser dominado. Luego, el “autoritarismo significa una predisposición defensiva a conformarse acríticamente a las normas y movimientos del poder investido por el sujeto de autoridad” (ADORNO, 1965, p. 5). Es necesario resaltar el perfil del individuo autoritario, relacionándolo al otro diferente: la falta de sentimiento, la indiferencia y la frialdad; la identificación con el poder; la manifestación de un espíritu destructivo por la indiferencia manifestada en la intolerancia y en el prejuicio; la máscara democrática cuando el individuo es antidemocrático; el entendimiento de que si el otro recibe algunas ventajas, por ser inferior y diferente, no debería tener derechos, que son considerados por el autoritario como ventajas. Adorno (1965) señala estas características como potencia de la personalidad fascista, autoritaria.

El autoritarismo deriva de la idea distorsionada de que un líder debe tener una presencia marcada y dictatorial en esa sociedad en la que la discriminación social se convierte en una de las causas estudiadas por Adorno, enfatizando el antisemitismo. La definición de autoritario en la Teoría Crítica tiene referencia al individuo de carácter “potencialmente fascista”, que está dominado por factores subjetivos, como el miedo y la culpabilidad, y por factores objetivos y materiales en que la lógica, predominantemente capitalista, interfiere en los choques y conflictos humanos en todas las esferas de la sociedad.

Pensar la violencia manifiesta en la sociedad brasileña implica pensar su proceso de coloni-

zación. Esta sociedad, desde su colonización, ha experimentado varios procesos de dominación. “Dulces”, simbólicos, con la imposición de una única lengua y de una única religión, un patrón de economía alimentaria y vestimenta, mediante la inculcación de un proceso civilizatorio etnocentrista, según el cual los demás pueblos, brasileños o africanos, serían inferiores, incapaces y necesitaban ser actualizados al estándar europeo de civilización. Y, con manifestación de la fuerza bruta, de la barbarie, en la cual “la regresión a la violencia física primitiva” (ADORNO, 1996), y sin vinculación aparente a objetivos racionales, fue recurrente para que los pueblos nativos y los que fueron traídos se sometieran a la lógica europea de expansión territorial, económica y cultural.

La población nativa resistió, dificultando el proceso de dominación. La alternativa para la consecución de la explotación fue la mano de obra esclava negra. Los negros que llegaron aquí estaban debilitados por el viaje en virtud de las condiciones inhumanas a las que fueron sometidos. Como ellos no conocían el territorio, las lenguas, unos a otros, se sometieron a la nueva condición de vida. Pero hubo resistencia, fugas, ocupación de espacios geográficos que permitieron la conformación de una cultura híbrida, cuyas manifestaciones fueron influenciadas por los residuos culturales que tales pueblos, nativos y negros, retenían, constituyendo, por lo tanto, una nueva cultura compuesta por los remanentes culturales y los recursos disponibles. Se subraya que tales pueblos son la esperanza olvidada en la periferia del mundo capitalista. Es de esa resistencia, de su lucha emancipadora, de sus movimientos sociales, de sus pueblos origina-

rios y de comunidades de base que podrá venir un mundo nuevo, “donde las sombras que se extienden alrededor de nuestra forma de conocer el mundo son más amplias que las luces que supuestamente iluminan nuestras preguntas” (FLORES, 2009, p.47). Estos pueblos experimentaron experiencias de explotación y opresión y constituyeron nuevas culturas híbridas que formaron su *telos* práctico y caracterizaron la resistencia a la violencia sufrida por su condición de esclavos. En ese aspecto, posibilitaron la no identidad y la negación de su cosificación, por eso esperanza olvidada.

El proceso de cosificación, según Adorno (1995), se inicia con la idea de severidad, en el proceso equivocado de interpretación de la virilidad como capacidad de soportar dolores. Al entenderse duro, soportar dolores, físicos o emocionales, el individuo se comprende y se explica como cosa y pasa a tener expectativas y cobros de que el otro también lo sea, lo cosifica. Aquel que niega tal proceso de cosificación, en sí mismo y en el otro, ejerce su humanidad. Los pueblos brasileños originarios y los negros negaron su cosificación. Marcaron en sí la humanidad. A lo largo del tiempo, la violencia y el autoritarismo, con toda su fuerza, fueron manifestándose en la sociedad brasileña.

BARBARIE Y AUTORITARISMO

En el caso brasileño, el autoritarismo se manifestó considerando al otro como “inferior”, que necesitaba ser subyugado por la fuerza, por la barbarie que se manifiesta en ese modelo del otro, del diferente, al patrón esperado; o, “dulcemente” por la legislación que se impone

por el poder de policía del Estado (WEBER, 2004). En las relaciones autoritarias, ocurre repetidamente la represión del diferenciado para la continuidad y la homogeneidad de la sociedad administrada. El autoritarismo, expresado por el autoritario, ni siquiera puede ser reconocido por él.

Hay que cuestionar la formación, la *Bildung* de esos individuos autoritarios en la sociedad administrada, en la cual el cálculo y la previsión se consolidaron como la razón de ser y existir de esa misma sociedad. La adhesión ciega a la colectividad, en un proceso de identificación sin autorreflexión crítica, revela de cierta forma la barbarie y la “conciencia cosificada” en que los individuos se identifican con el objeto, se alienan y se adaptan a la cosa, al objeto de deseo, sin la aclaración necesaria para la comprensión de los hechos. Esa conciencia cosificada “permanece ciega frente a todo lo que vino a ser, frente a toda la comprensión de la propia racionalidad, y absolutiza lo que así-es” (ADORNO, 1995a, p. 118). Ese tipo de conciencia produce “personas embrutecidas por la tecnología”, frías con relación al otro. El mundo tecnológico potencializó el distanciamiento entre los hombres, el aislamiento social y el prejuicio sobre toda forma de ser y de expresión diferente de lo establecido por los estándares mediáticos. Eso generó un proceso de exclusión y regresión del esclarecimiento a la reificación, en que los individuos se alienan ciegamente, sin el poder de manifestación contra esa barbarie social.

Pensar en la barbarie y el autoritarismo brasileño implica también reflexionar sobre las condiciones sociales objetivas. Ambos, el autoritarismo arraigado y la barbarie continua exigen

el análisis de cómo los sujetos de la historia han reflejado y reproducido materialmente sus manifestaciones: en el crimen contra la persona. El crimen contra la persona tiene previsión legal en el Código Penal brasileño, del artículo 121 al 129. Desde el final del último decenio del siglo XX, este tipo de manifestación criminal ha crecido. Creció y colocó en la pauta del análisis sociológico, psicológico, jurídico, filosófico y teórico-crítico, con la mirada analítica en la dialéctica negativa *adorniana* (2009), el por qué el hombre cordial fue subsumido a las nuevas manifestaciones de barbarie explícitas. No interesa aquí la discusión tipológica de tales manifestaciones bárbaras; interesa, sí, entender el porqué de su continuidad. Y se vuelve a la Teoría Crítica de Frankfurt, especialmente a Adorno y Horkheimer, cuando tales autores discuten los fundamentos del Esclarecimiento y la posibilidad de él conducir la sociedad hacia la humanidad. Si la violencia es parte constitutiva de la porción animal del hombre, desde el principio ella se manifestó en su lucha por la satisfacción de necesidades y fue por la domesticación vía trabajo que tales satisfacciones fueron alcanzadas. El hombre interfirió en la naturaleza y la dominó, dominando a otros hombres. En ese proceso, urgía explicar los fenómenos naturales y, en esa explicación, por la primera mimesis, constituir frenos culturales y, con ellos, los morales para los demás individuos, conduciéndolos a la domesticación de los instintos y al principio de realidad. Fue por el mito que se objetivó las fuerzas de la naturaleza y, miméticamente, por él se reguló el comportamiento y se redujo la angustia ante lo desconocido. Adorno y Horkheimer (1985) señalan que, por la relación anterior de sumisión, por la mimesis, el hombre pretendió explicar los fenómenos, ins-

trumentalizando la razón. Esa pasó a ordenar la caminata rumbo a la dominación.

Esa violencia se constituye como simbólica, no lo siendo totalmente, en el momento en que Ulises, para oír el canto de las sirenas, se ata y tapa los oídos de los remeros: son dos momentos de violencia. El primero, domesticando por la fuerza su porción animal, que podría enredarse por los sentidos. Él se arriesga, puesto que esa violencia practicada contra sí mismo puede llevarlo a sucumbir al interés y perderse, o no. A ese tipo de violencia, se le denomina aquí de violencia dulce, aunque el acto materializado sea de agresión al cuerpo, ya despreciado en el proceso de comprensión del mundo y de la vida. La prevalencia explicativa estaba aún centrada en el mito, separada del sujeto que actuaba en busca del conocimiento. El segundo momento es violencia material, regresiva, contra el otro, el remero, diferente de Ulises, el entonces sujeto del conocimiento. A ese, las amarras, la sumisión, la manipulación, la violencia física, materializada y de ahora en adelante constitutiva del proceso de administración de la sociedad. Si Ulises es el sujeto del conocimiento y se impone mecanismos de control racionales, el proceso de conocimiento avanzará ignorando la violencia que ese sujeto va a imponerse a sí mismo, a su cuerpo, para conocer y explicar lo anteriormente explicado por el mito. Ahora, separado, fraccionado solo en razón, es que la desconsideración de la sensibilidad se hace realidad, se materializa. Esta pérdida de sensibilidad configura lo que Adorno denominó personalidad autoritaria. Es a partir de ese contexto que se pretende explicar la exacerbación de la violencia en Brasil, pero no solo la violencia

materializada en los crímenes contra la persona: homicidios, latrocinios. Se asociarán a los crímenes, aquí denominados difusos, la violación de los derechos ambientales; la no materialización de los derechos a la salud; la violación de la educación pública, gratuita, inclusiva e innovadora por la reducción de presupuestos, por la reducción del contenido y de disciplinas críticas, restando apenas las ciencias que no dejan restos, organizadas en programas esquematizados, técnicos, acrílicos y que no permiten el pensamiento de pensárselo. Todos estos derechos están protegidos por la Constitución de 1988.

Los derechos difusos se pueden definir, en las palabras de Freddie Didier y Zanetti Jr., como:

[[...] aquellos transindividuales (metaindividuales, supraindividuales, pertenecientes a una colectividad), de naturaleza indivisible (solo pueden ser considerados como un todo) y cuyos titulares sean personas indeterminadas (es decir, indeterminabilidad de los sujetos, no habiendo individuación) ligadas por circunstancias de hecho, no existiendo un vínculo común de naturaleza jurídica, por ejemplo, la prensa hablada, escrita o televisada, a afectar número incalculable de personas, sin que exista entre ellas una relación jurídica básica, la protección al medioambiente y la preservación de la moralidad administrativa. Por esa razón, la cosa juzgada que advierte de las sentencias de procedencia será *erga omnes* (para todos), o sea, irá a todos de manera igual (art. 103, I, CDC).(DIDIER; ZANETTI JR., 2010. p. 74).

En el aspecto formal, la defensa de esos derechos está bajo la legitimación plúrima, por ser varios los entes legitimados, y mixta, por ser entes de la sociedad civil y del Estado. Es conferida a entes públicos, privados y despersonalizados, incluso el individuo, en la acción popular. Puesto que al legitimado colectivo cabe la actuación en nombre propio en la defensa de derechos que pertenecen a agrupación humana (personas indeterminadas, colectividad, comunidad, titulares de derechos individuales considerados abstractamente, conforme el art. 81, CDC, e incisos), tal agrupación humana no tiene personalidad jurídica, por lo que no se le permite actuar en juicio para la defensa de sus derechos, cabiendo a los legitimados colectivos hacer. Estos colectivos gozan de legitimación autónoma, exclusiva, simple y concurrente: partidos políticos, sindicatos, entidades y asociaciones de clase, la Defensoría Pública y el Ministerio Público, que posee legitimidad exclusiva para la instauración de la investigación civil. El Ministerio Público actuará en el enjuiciamiento de acciones que tengan relevancia social y, conforme a la Constitución de la República, en la defensa del orden jurídico, de los intereses sociales y de los individuales, solo si no están disponibles. Se subraya que no es necesario provocar a todos los legitimados para defender violaciones de tales derechos. Aquí se plantea la cuestión de la no materialización de tales derechos. El artículo 6 de la Constitución establece que el derecho a la salud es de todos los brasileños y extensivos a todos los extranjeros que están en suelo patrio. Si bien Brasil tiene la mayor cobertura de salud pública del mundo, con previsión constitucional en todos sus aspectos - salud, previsión social y asistencia social, conforme dispone los artícu-

los 194 a 204 de la Carta Magna brasileña -, incurre en la no materialización de esos derechos y, además, se incurre en un tipo de violencia dulce, manifiesta recurrentemente.

En la perspectiva objetiva de sus manifestaciones, el autoritarismo es la manifestación de la resolución del disenso por la fuerza, por la barbarie. Tanto los crímenes contra la persona, como la no materialización de derechos constitucionalmente garantizados, incurren en una forma de manifestación de autoritarismo. Los primeros, objetivamente cometidos cuando un individuo, personificando al Estado, poseedor del “monopolio del uso legítimo de la fuerza física” (WEBER, 2004), en confrontación, liquida al otro. Con relación a los segundos, el derecho a la salud y al medio ambiente saludable, conforme asegurados por el artículo 225 de la Constitución de la República, la violencia es dulce. Pues el otro, en ese contexto, es genérico, abstracto, y la violencia, que se manifiesta, autoritariamente, materializada en la barbarie ocurre por la no posibilidad de fiscalizar la prestación estatal de la calidad de un medio ambiente saludable y de la garantía de salud a todos. La formación tiene un papel central en la posibilidad del cambio. Es necesario formar en el sentido de la constitución de la humanidad, para el amor. ¿Volvemos a Auschwitz?

ENTENDIENDO EL AUTORITARISMO BRASILEÑO

Se piensa en la enmienda a la Constitución de la República Federativa de Brasil de número 95. Fue aprobada en diciembre de 2016 y condujo a una reducción de las inversiones. Creó la limitación denominada techo de gas-

tos del Estado brasileño, que culminó en 2019 en una reducción de R\$ 20 billones, con la llamada desvinculación del gasto mínimo del 15% de los ingresos de la Unión con la salud. Según el cálculo, si en 2019 hubiera ocurrido la aplicación del mismo nivel previsto en el plan plurianual conforme fue registrado en 2017 (15% de los ingresos corrientes netos de cada año), la salud habría recibido R\$ 142,8 billones y no R\$ 122,6 billones. Este retroceso marcó la falta o la ausencia de defensa de los intereses difusos. Además, el presupuesto quedó congelado por 20 años y el Sistema Único de Salud perdió R\$ 400 billones de inversiones, conforme la afirmación del presidente del Consejo Nacional de Salud, en 2021. Esa desfinanciación tiene consecuencias para la vida de las clases trabajadoras, con la erosión del derecho del trabajo, del derecho previsional, con el desempleo de más de 14,4 millones de brasileños, con la reducción del valor invertido de R\$ 595,00 por persona en 2014 para R\$ 555,00 en 2020, más el hambre, el agua contaminada (por cuenta de la basura, del alcantarillado, de productos químicos e incluso metales pesados como el mercurio), la inflación. Todos son elementos que conducen a la enfermedad física y psíquica - sobresaliendo a poca oferta de psicólogos actuando en el sistema público - y aumentan la medicalización. Tales son los aspectos de la dominación política y económica en la sociedad de la administración total.

En esa perspectiva, urge elaborar formas de intervención, mediante los mecanismos socio-culturales de dominación. Uno de los mecanismos, en específico, despierta la exigencia de la tensión y de la búsqueda de la contradicción: se elabora la cuestión de la prestación

estatal y de la organización jurídica y legal de la educación escolar, pues esa fue, desde el inicio del capitalismo, buscada como posibilidad de ascenso social y nuevas oportunidades. Se subraya, sin embargo, que fue organizada basada en la defensa de los intereses burgueses en la sociedad capitalista que los ejecuta, como “Velo encubridor” (ADORNO apud COHN, 1994), y proporcionada vía contenidos mínimos, reducidos a instrumentalidad y a disciplinas técnicas para considerar las demandas presentes en el mundo administrado. Tal situación conduce a la ampliación del “ejército de reserva”, sin condiciones específicas y necesarias para la atención del mercado cada vez más competitivo. Se tensiona, aún, en el proceso de educación escolar, específicamente la crítica efectuada por Adorno en cuanto a lo que sea formación. Tal reflexión sobre la formación exige el entrelazamiento de otros conocimientos, no solo una cualificación tecnicista para el mundo del trabajo y sus relaciones derivadas, sino una educación para la humanización y autonomía como “poder para la reflexión, la autodeterminación, la no participación” (ADORNO, 1995a, p. 125).

Se considera, en la Constitución de la República Federativa de Brasil, como uno de sus principios el derecho social, conforme al artículo 6 de la misma Constitución. Además, es la educación, como bien común y derecho universal, que construye y transforma relaciones. El Programa Nacional de los Derechos Humanos - 3, de 2009, propuso como eje orientador universalizar tales derechos, a partir del entendimiento de ser la sociedad brasileña desigual. En ese sentido, amplió la propuesta con el Objetivo Estratégico V, el acceso a la educación de calidad y la

garantía de permanencia en la escuela. En ese marco temporal de más de diez años, los Derechos Humanos parecen haber sufrido un retroceso de forma universal en Brasil, en vez de avanzar, conforme había sido positivamente en el PNDH-3.

La educación busca humanización y conciencia. Como afirma Adorno, “pensar conforme a la realidad, el contenido - la relación entre la forma y estructuras de pensamiento del sujeto y aquello que éste no es” (1995a, p. 151). Así, es necesario reflexionar sobre la pseudoformación y la educación presentes en el capitalismo, que modifica el modo de ser y actuar de los sujetos. Esas alteraciones, al ser constituidas, se articulan a los intereses económicos presentes y diluidos en la industria cultural, que defienden subliminalmente la técnica y sus contenidos hipervalorizados. Por lo tanto, se presta atención a la advertencia hecha por Adorno: “no es la técnica el elemento funesto, sino su enredo en las relaciones sociales, en las que se encuentra involucrada” (ADORNO apud COHN, 1986, p. 69).

Según Adorno, “la escuela es, para el desarrollo del individuo, casi el prototipo de la alienación social” (ADORNO, 1995b, p. 98). De ahí la necesidad de comprender el carácter ideológico presente en la sociedad capitalista, con sus mecanismos de dominación, que perpetúan las condiciones injustas de existencia de los sujetos en ese medio social excluyente y de banalización de la educación como cultura. Por eso, es necesario elaborar y hacer la reflexión sobre el vaciamiento de inversiones y la erosión de los derechos a la salud, a la seguridad social pública y a la educación pública. ¿A quién atienden?

El proyecto (de)formativo presente en la escuela administrada impone patrón orientador para la implementación y enseña la uniformización de temas que llevan a un control, incluso de la conciencia. Desde que enredado en la técnica, en la búsqueda del éxito mercadológico, en el mundo del consumo que organiza y dirige hasta la mirada sobre el otro, el individuo insertado por la lógica racional del mundo administrado tiene hasta su subjetividad condicionada. En ese sentido, el momento lleva al cuestionamiento si “*desbarbarizar* se ha convertido en la cuestión más urgente de la educación hoy en día. El problema que se impone en esta medida es saber si por medio de la educación se puede transformar algo de decisivo en relación a la barbarie” (ADORNO, 1995a, p. 155). La cuestión de Adorno es cuánto la humanidad, considerando el desarrollo tecnológico, en contraposición al retroceso civilizatorio con una “agresividad primitiva”, tiende a la destrucción de los hombres y de la naturaleza en nombre del progreso técnico y científico. Tal proceso destructivo debería conducir, a partir de la reflexión al respecto, a la elaboración de la “educación como de una conciencia verdadera” (ADORNO, 1995a, p. 141). Por esa conciencia, se podría cuestionar a la propia humanidad, ante las exigencias puestas e impuestas, buscando modos de superación de la barbarie, “[...] superando las representaciones infantiles e infantilismos de los más diferentes tipos” (ADORNO, 1995a, p.162). Estas representaciones fueron constituidas a lo largo del proceso social e histórico por medio de la cultura.

La búsqueda de la salida de esa situación que se constituyó y se reconstituye históricamente en Brasil es por la educación: volviendo a

Adorno, una educación amplia, volcada para la contradicción y la resistencia, que permita reflexionar acerca de lo que la gente misma hace o de las exigencias que nos colocamos, para así superar representaciones infantiles e infantilismos. Educar es elaborar el pasado, es reflexionar sobre la “ausencia de sentimientos ante situaciones de mayor gravedad” (ADORNO, 1995a, p.30). Por lo tanto, es dejar de idealizar, en el sentido de entender que es necesario elaborar la educación para la experiencia. Es un proceso autorreflexivo, en el cual la relación con el objeto forma la mediación por la cual se forma el sujeto (ADORNO, 1995a). La experiencia formativa debe constituirse en un sentido emancipatorio, como momento de apertura a la experiencia, pues el pensamiento necesita recuperarla, una vez que la vivencia marca la instantaneidad de la vida contemporánea y la experiencia exige reflexión, luego, una educación amplia.

Y la escuela, ¿qué contribución legará? Es necesario volver al concepto de Esclarecimiento y autonomía, que deben ser entendidos como la comprensión de procesos sociales en que el autoritarismo, la frialdad, el distanciamiento del otro se vuelven barbarie, conducen a la deshumanización de los individuos. Esta barbarie se debe a los mecanismos de frialdad frente al otro y a los aspectos objetivos de la sociedad capitalista, en la que el mercado y su poder económico reinan en torno a las finanzas y el consumo, la mercancía y el brillo personal de los individuos, que se han convertido ellos mismos en mercancía en el mundo glamoroso de las redes sociales. Ahora, cada uno es estrella de sí mismo. Las relaciones son contratos de negociación: el número de seguidores y el discurso libertario, ¿no son antagónicos?

Y la relación en que se da la emancipación humana, ahora cuantificada por el número de seguidores, por el entrenamiento y escenario de la presentación, el vocabulario más accesible, e inicia el contragolpe a la posibilidad del esclarecimiento, y este, revés sobre revés puede continuar sosteniendo las contradicciones, y parece inexistente e inaccesible en esa sociedad instrumentalizada e instrumentalizada por la racionalidad burguesa.

Al pensar Auschwitz, se piensa la barbarie, la violencia explícita. Se avanza un poco y se piensa la infección mundial por Covid-19 y, junto a esa catástrofe y antes de ella, la explotación del individuo por otro individuo en el capitalismo, desde el siglo XVI. Así como, en la poca conciencia, como pensamiento no reflexivo determinada por la lógica racional burguesa presente en la sociedad administrada. Por esa lógica, en la perspectiva economicista de optimización de bienes escasos, gobiernos se omiten de la proposición y ejecución de políticas públicas, de *horizontalización* de derechos, pues, a pesar de que Brasil posee la mayor cobertura de salud pública del mundo, las inversiones han sido escasas. Las reformas fueron sostenidas incluso bajo la bandera del eterno progreso, pero con un sistema de protección social y con un mundo del trabajo que ya no garantizan la dignidad humana.

Ya la educación solo tiene sentido como autorreflexión crítica. La Teoría Crítica señala que la formación cultural consiste en la experiencia de formaciones entre “la filosofía de la vida” entrelazada a contextos amplios, arte, hechos históricos. Se subraya que las reflexiones sobre esas relaciones así estructuradas no impedirán o romperán el nexo entre el objeto

analizado y la reflexión en curso (ADORNO, 1995a). La formación cultural ha de ser adquirida por esfuerzo e interés, por la “capacidad de abrirse a elementos del espíritu apropiándolas del modo productivo en la conciencia, en vez de ocuparse con los mismos únicamente para aprender conforme prescribe un cliché” (ADORNO, 1995a, p.64). Se advierte sobre la cuestión de que la educación, como proceso, se construya en “términos culturales, sociales y humanos” (ZANOLLA, 2015, p. 108). En ese sentido, se va al encuentro de la propuesta del derecho humano crítico, puesto que valores normatizados, como estrategia de defensa contra la deshumanización y la mercantilización, instan a que se coloque a la persona humana en el centro de toda organización de la vida. Se reitera “de ahí que los derechos humanos no puedan ser comprendidos fuera de los contextos sociales, económicos, políticos y territoriales en los que y para los que se dan” (FLORES, 2009, p.46).

En ese sentido, es la educación que hace posible el diálogo que fundamenta la comprensión de lo que son el derecho humano y sus desdoblamientos, de manera crítica y en la búsqueda del movimiento, de la contextualización histórica, sociológica, filosófica, psicoanalítica y política del fenómeno, a fin de revolver sus contradicciones dialécticas, atendiendo, conforme Adorno (1993), al distanciamiento de la continuidad del conocido.

TRABAJOS CITADOS

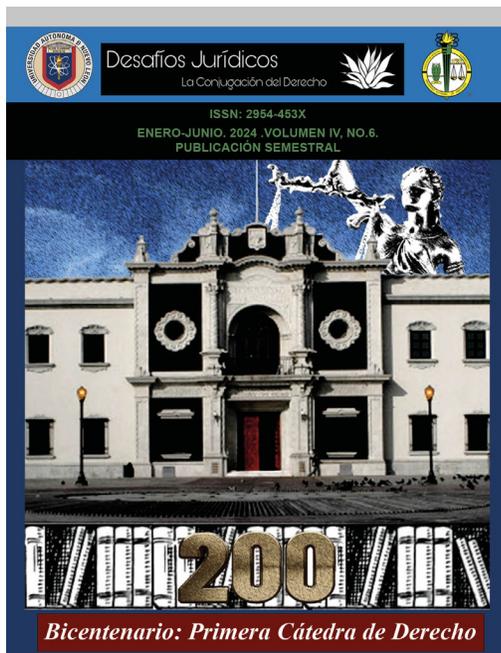
- ADORNO, Theodor W. **La personalidad autoritaria**. Buenos Ayres: Editorial Proyección, 1965.
- ADORNO, Theodor W. **Minima moralia: reflexões a partir da vida danificada**. Trad. Luiz Eduardo Bicca. Rev.de tradu-

- ção: Guido de Almeida. 2. ed. São Paulo: Ática, 1993.
- ADORNO, Theodor W. Sociologia. In: COHN, Gabriel (Org.). **Sociologia**. São Paulo: Ática, 1994.
- ADORNO, Theodor W. **Educação e emancipação**. Trad. Wolfgang Leo Maar. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995a.
- ADORNO, Theodor W. **Palavras e sinais: modelos críticos**. Trad. Maria Helena Ruschel. Supervisão: Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, 1995b.
- ADORNO, Theodor W. **Prismas: crítica cultural e sociedade**. Trad. Augustin Wernet e Jorge Mattos Brito de Almeida. São Paulo: Ática, 1998.
- ADORNO, Theodor W. **Notas de literatura**. Tradução e apresentação de Jorge M. B. de Almeida. São Paulo: Duas Cidades; Editora 34, 2003a.
- ADORNO, Theodor W. **Sobre a indústria da cultura**. Trad. Manuel Resende et. al. et. al. Coimbra: Angelus Novus, 2003b..
- ADORNO, Theodor W. **Escritos sociológicos I: obra completa, 8**. Trad. Agustín González Ruiz. Madrid: Ediciones Akal, 2004.
- ADORNO, Theodor W. **Dialética negativa**. Trad. Marco Antonio Casanova. Revisão técnica: Eduardo Soares Neves Silva. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.
- ADORNO, Theodor W. Teoria da semiformação. In: ZUIN A. S., Antônio; PUCI, Bruno; LASTÓRIA, Luiz A. Calmon Nabuco (Org.). **Teoria crítica e inconformismo: novas perspectivas de pesquisa**. Campinas, SP: Autores associados, 2010. p.7-40. (Coleção Educação Contemporânea).
- ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **A dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos**. Trad. Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.
- BENJAMIN, Walter. A obra de arte na era de sua reprodutibilidade técnica. In: **Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura**. 7. ed. Trad. Sérgio Paulo Rouanet. Prefácio: Jeanne Marie Gagnebin. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 165-196. (Obras escolhidas, v.1).
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1948 – **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 2 out. 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1º jan. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Dos Crimes Contra a Ordem Tributária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso em: 2 out. 2020.
- BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. PL 634/1975. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071imprensa.htm. Acesso em: 21 mar. 2020.
- BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/leis>. Acesso em: 31 maio 2020.
- BRASIL. **Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 3 dez. 2020.
- BRASIL. Projeto de Lei da Câmara nº 30/2015- **Senado Federal**. Dispõe sobre os contratos de terceirização e as relações de trabalho deles decorrentes. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/material/120928>. Acesso em: 14 dez. 2020.
- BRASIL. Ministério da Educação. **Diário oficial da União**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.117-de-6-de-dezembro-de-2019-232670913>. Acesso em: 2 out. 2020.
- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Disponível em <http://www.unhcr.ch/udhr/lang/por.htm/spanish>. Acesso em: 20 maio 2022.
- DIDIER JR., F. & ZANETI JR., H. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. v. 4.
- FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização, novas con-**

- ferências introdutórias à psicanálise e outros textos.** Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Cia das Letras, 2010b. (Obras Completas, v.18).
- FREUD, Sigmund. **Psicologia das massas e análise do eu e outros textos (1920-1923).** Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Cia das Letras, 2011. (Obras Completas, v. 15).
- FREUD, Sigmund. **Inibição, sintoma e angústia, o futuro de uma ilusão e outros textos (1926-1929).** Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Cia das Letras, 2014.
- FREUD, Sigmund. **Moisés e o monoteísmo: esboço de psicanálise e outros trabalhos (1937-1939).** Trad. James Strachey. São Paulo: Imago, 2016. (Obras Psicológicas Completas, v. XXIII).
- HERRERA FLORES, Joaquín. **A (re)invenção dos direitos humanos.** Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional e Teoria Crítica. In: **Textos escolhidos:** Walter Benjamin, Max Horkheimer, Theodor W. Adorno, Jürgen Habermas. 2. ed. Trad. José Lino Grünnewald et al. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Os Pensadores).
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã.** Trad. Luís Cláudio de Castro e Costa. Introdução: Jacob Gorder. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Coleção Clássicos).
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÔMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Disponível em http://unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ceschr_sp.htm. Acesso em: 20 maio 2022.
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS. Disponível em http://www.unhcr.ch./spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.hhtm. Acesso em: 20 maio 2022.
- WEBER, Max. Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. 4. ed. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica: Gabriel Cohn. Brasília, DF: Editora da UNB, 2004. 2v.
- ZANOLLA, Sílvia R. da Silva. Dialética negativa e Materialismo dialético: da subjetividade decomposta à subjetivida-
- de pervertida. Revista Kriterion, Belo Horizonte, n.132, p. 451-471, dez. 2015. Disponível em: <https://www.kriterion.fafich.ufmg.br>. Acesso em: 23 dez. 2020.







Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Julio Cesar Martínez Garza (Universidad Autónoma de Nuevo León)

La propuesta comunitaria de ley de inteligencia artificial y el «invierno legislativo». pp.46-63. Fecha de publicación en línea: 31 de enero de 2024.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafios.juridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos Vol. 4, Núm. 6, Enero-Junio 2024, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina,

Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. MED. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCÍA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: DR. MARIO ALBERTO GARZA CASTILLO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

COORDINADORA EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ASISTENTE EDITORIAL: Rostam Badii Guillén

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: Mtra. María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Rosa María Elizondo Martínez

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vázquez Azamar “Ius Celebrans” © 2024

Desaparición forzada: Flagelo a los derechos humanos

Enforced Disappearance: Scourge on Human Rights

Fecha de publicación en línea: 31 de enero de 2024

Por: Julio Cesar Martínez Garza*

* <https://orcid.org/0000-0001-9412-2129>

Universidad Autónoma de Nuevo León

Resumen. Uno de los mayores y grandes flagelos que puede resentir el ser humano, lo constituye el lamentable hecho de que un ser querido sea privado de su libertad, lo que de suyo irroga un sentimiento de vacío, enojo, pero sobre todo de total y completa intranquilidad e inseguridad, máxime, si tal evento, es seguido por el desconocimiento del paradero y destino final de la víctima directa.

Palabras clave: Desaparición Forzada; Flagelo; Derechos Humanos; Amparo.

Abstract. One of the greatest and most serious scourges that human beings can suffer is the unfortunate fact that a loved one is deprived of his or her freedom, which in itself gives rise to a feeling of emptiness, anger, but above all of total and complete uneasiness and insecurity, especially if such an event is followed by the ignorance of the whereabouts and final destination of the direct victim.

Keywords: Enforced Disappearance; Flagellum; Human Rights; Protection.

* Colegio de Abogados de Nuevo León, Colegio Independiente de Abogados del Noreste, Gobierno del Estado de Nuevo León, Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, Martínez, Cabrera & Asociados, S. C., Universidad Autónoma de Nuevo León.

1. INTRODUCCIÓN

A nivel mundial se cuentan con abundantes antecedentes de seres humanos cuyo paradero no vuelve a ser conocido, ya fuere porque así lo decidieron éstos de manera independiente; o bien, porque ello fue derivado de la intervención de fuerzas gubernamentales; o, de particulares con anuencia de aquellas, caso éste en el que centraremos este análisis.

De entrada, como ya certeramente se ha referido, no debemos confundir la desaparición forzada con hechos penalmente relevantes de similares efectos como podrían serlo el secuestro, la privación ilegal de la libertad; y, el plagio ya que estas figuras delictivas contienen elementos propios que los caracteriza y vuelve autónomos uno de otro, dado sus específicas finalidades (Gómez, J. 2008).

En torno a la desaparición forzada reconocemos que ya diversos organismos e instituciones de derechos humanos y búsqueda de personas, entre los que se encuentra el “Centro Pro-Derechos Humanos de la Ciudad de México” han reconocido que desde hace más de una década México lamentablemente enfrenta una grave crisis de derechos humanos; siendo una de sus más claras y contundentes expresiones la relativa al incremento cada día mayor de las desapariciones forzadas.

A la fecha el Registro Nacional de Personas Desaparecidas (RNPDO) reporta más de 298,256 mil personas registradas; de entre ellas 112,524 se encuentran como no localizadas (37.37%), mientras que 185,732 se tienen como localizadas (62.27%) ya fuere con o sin

vida; en este contexto, diversos mecanismos internacionales de protección de derechos humanos como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), recomendaron oportunamente a nuestro país promulgar una Ley General para prevenir y sancionar las desapariciones.

No obstante, dicha recomendación nuestra nación se resistió a cumplirla, pero gracias al impulso decidido de los colectivos de familiares de desaparecidos y de las organizaciones de derechos humanos la “Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsquedas” fue aprobada y publicada el 17 de noviembre de 2017.

2. METODOLOGÍA

El contenido del presente análisis está basado esencialmente en el estudio de documentos y cifras reportadas por instituciones oficiales y entes no gubernamentales de búsqueda de personas desaparecidas.

Desde este momento se destaca que no se pretende, mucho menos se tiene finalidad o afinidad política alguna, ya que solamente se pretende difundir cultura socio jurídica en torno al tema tratado.

Los datos que se encuentran contenidos fueron revisados minuciosamente, para determinar su estatus actual y sistematizados en tablas y graficas referenciadas de su fuente al final de cada tema, esto con la finalidad de que puedan ser consultados de manera accesible.

Toda la información contenida fue tomada de fuentes públicas, tales como: medios de comunicación, denuncias de organizaciones de familiares de víctimas y de derechos humanos, acciones urgentes, páginas electrónicas, medios alternativos.

3. ANTECEDENTES DE LA DESAPARICIÓN FORZADA

Dentro de la trilogía de los derechos humanos más preciados por los gobernados dos son de invaluable percepción la vida y la libertad, pues sin la primera de nada sirve la segunda, ni por ende la diversa de propiedad; entendiéndose de la desaparición forzada ambos derechos fundamentales, libertad y vida, van estrechamente relacionados, pues con fines de supresión y/o control social se priva primigeniamente de la libertad a un semejante para posteriormente someterlo y reducirlo mediante su exterminio.

3.1. Antecedentes internacionales

A nivel mundial se cuentan con registros de desapariciones forzadas, teniendo como punto de partida estandarizado las confrontaciones bélicas ya fueren entre naciones; y/o, entre etnias o grupos rivales de una misma población.

Al respecto, el Derecho Internacional Humanitario (DIH) que se encuentra esencialmente contenido en cuatro convenios de Ginebra de 1949, complementados en dos protocolos adicionales de 1977, inició a interesarse en el fenómeno de las desapariciones forzadas como tales derivadas de conflictos bélicos hasta finales de la segunda Guerra Mundial,

ello como una forma de atacar crímenes de lesa humanidad, preconciendo su ámbito de protección a dos ámbitos: La protección de personas que no participan o que ya no lo hacen en las hostilidades; y, una serie de restricciones, de los medios de guerra, especialmente las armas, y los métodos de guerra, como ciertas tácticas.

Actualmente el fenómeno de la desaparición forzada no trata respecto del grupo de personas que en un combate de guerra desaparecen, si no más bien aquella táctica utilizada por el Estado como método gubernamental represivo, de control, de sumisión; y, de mensaje subliminal enviado a sus ciudadanos de que, por encima de él, Estado, nada, ni nadie.

América Latina no ha escapado del fenómeno del que venimos hablando, las desapariciones a manos de entes gubernamentales posteriores a golpes de estado gestados por la milicia se encuentran documentadas desde los años sesenta.

Guatemala la aplicó como forma represiva entre 1963 a 1966, cuando arribó al poder, posterior a un golpe de estado, el coronel Enrique Peralta, quien suspendió la constitución y decretó un estado de sitio privilegiando la seguridad interior del estado a manos del ejército, ello a fin de combatir eficazmente a la guerrilla y aislarla; durante su encargo por decreto de tres años, emitió legislaciones antidemocráticas y atentatorias contra los derechos humanos; en el marco de tales legislaciones se organizó la policía judicial, la cual quedaba facultada para detener a sus gobernados ante las meras sospechas de

algún acto contrario al Estado, dichas privaciones de la libertad eran seguidas de incomunicación, torturas en centros de detención, muerte de los detenidos; y, posteriores desapariciones de sus cuerpos; se calcula que en dicho periodo de anulación de la sociedad civil desaparecieron 45,000 víctimas a manos de agentes del gobierno, a las cuales si se les agrega las 150,000 asesinatos de políticos, advertiremos una nación convulsiónada en ese entonces por el terrorismo auto impuesto de parte del estado.

En el Salvador en 1967 fue organizada la facción denominada Organización Democrática Nacional (ORDEN) por iniciativa de un miembro de las fuerzas castrenses, misma que mantuvo a su cargo las labores de información y aniquilamiento de supuestos enemigos subversivos en estrecha colaboración con las fuerzas armadas, durante este periodo se contabilizaron más de siete mil víctimas.

En Chile se dio con motivo de un golpe de estado que derrocó al gobierno de la Unidad Popular en septiembre de 1973; las detenciones-desapariciones estuvieron a cargo fundamentalmente a partir de 1974 de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA).

En Argentina se remonta a los escuadrones de la muerte de 1973, siendo hasta 1975 en que por primera vez el ejercito argentino desapareció personas en Tucumán al reprimir un movimiento guerrillero.

De su parte, en Brasil derivado del golpe de estado militar de 1964 se creó el Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) cuya principal fun-

ción era recopilar información sobre opositores al gobierno.

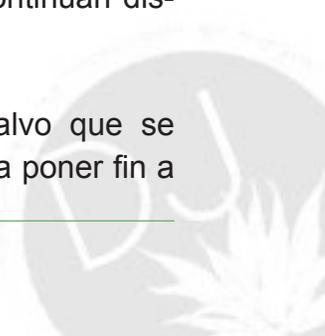
3.2 Antecedentes nacionales

México no escapó del fenómeno de la desaparición forzada, pues no obstante ser un gobierno elegido democráticamente se ha advertido como los Presidentes Constitucionales en turno, bajo pueriles argumentos de hacer frente a grupos rivales, marchas incómodas; e incluso, a la delincuencia organizada han utilizado de alguna u otra forma a elementos castrenses o instituciones públicas del orden, generándose de ello una escalada de violencia no solo de y hacia los bandos militares o gubernamentales y de delincuentes, sino lo que es más grave aun a personas civiles ajenas a ellos.

Han pasado décadas, en que las fuerzas de seguridad mexicanas, llámese ejercito, armada o fuerzas policiales han gozado de una enorme impunidad en casos de graves y sistemáticas violaciones a derechos humanos; de ello ya ha dado cuenta Amnistía Internacional (AI) al haber constatado un aumento del número de casos de desapariciones de los que ha recibido informes a lo largo de los diez últimos años.

En la mayoría de los casos, analizados Amnistía Internacional refirió que existen indicios firmes o, incluso incontrovertibles, sobre la participación oficial en las desapariciones y sin embargo los responsables continúan disfrutando de impunidad.

Dicha organización cree que salvo que se adopten medidas inmediatas para poner fin a



esta tendencia, el gobierno mexicano podría estar propiciando la repetición de las desapariciones generalizadas y sistemáticas promovidas por el Estado que proliferaron en el país durante los años setenta y principios de los ochenta cuando centenares de personas desaparecieron (Al. 1998).

En el sexenio de Adolfo López Mateos se mantenía el descontando en diversos sectores de la población mexicana, por lo que concluido el movimiento armado de 1910 los caciques de ese entonces enfrentaron estos hechos con el apoyo y auxilio de las autoridades municipales, estatales y federales con el beneplácito gubernamental; dichas represiones, donde con mayor frecuencia intervenía el Ejército, eran frecuentemente utilizadas para socavar el relamo popular, destacándose el caso en donde el dirigente agrario Rubén Jaramillo y su familia fueron desaparecidos en 1962.

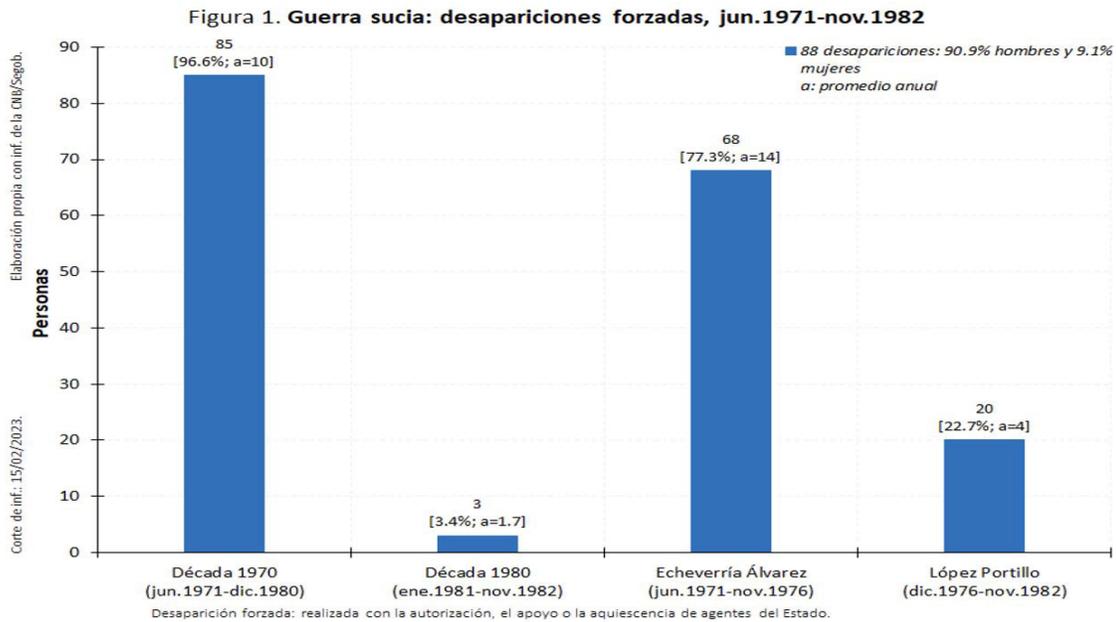
Un caso particularmente destacable; y, que ha sido icono del movimiento de personas desaparecidas en México ocurrió en Julio de 1968, en el entonces Distrito Federal, hoy CDMX, donde tuvo verificativo un enfrentamiento entre estudiantes del Instituto Politécnico Nacional (IPN) para con la preparatoria Isaac Ochoterena; para ello el aparato gubernamental, bajo el pretexto de controlar la misma, reprimió a los estudiantes a base de macanazos y gases lacrimógenos; lo anterior más que acallar el movimiento estudiantil lo encrispo más al grado tal que el 2 de octubre de 1968 en la Plaza de las Tres Culturas, en Tlatelolco, sucedieron dos hechos destacables, la pérdida de la existencia de manifestantes; y, la desaparición de otros tantos a

manos del ejército, a decir de las instancias públicas de ese entonces, durante la “Guerra Sucia” en México desaparecieron 275 personas, las organizaciones no gubernamentales sin embargo no coinciden con dicha cifra, pues aducen entre 1,500 y 3,000 desaparecidos.

En Guerrero, México surgen diversos movimientos campesinos y el Partido de los Pobres comandado por Lucio Cabañas, quien fuere asesinado y desaparecido su cuerpo el 2 de diciembre de 1974, en un tiroteo donde intervino el ejército; no fue sino hasta el año del 2002 en que unos restos fueron exhumados del panteón municipal de Atoyac, en que un grupo interdisciplinario de la UNAM determinó en base de estudios de ADN que dicha osamenta era del referido Cabañas Barrientos, en que se pudo dar certeza a su familia de su destino y localización (Nieto, J. 2008. P. 8).

Durante las siguientes décadas de la conocida “Guerra Sucia en México” continuaron utilizándose en forma indistinta las fuerzas del orden del estado mexicano para socavar manifestaciones o grupos que se estimaron rivales al partido en el poder, muchas de esas personas fueron recluidas en cuarteles en donde evidentemente no se tenía acceso alguno de parte de la ciudadanía civil, mucho menos de familiares de éstos; a la fecha se desconoce el paradero final de éstos.



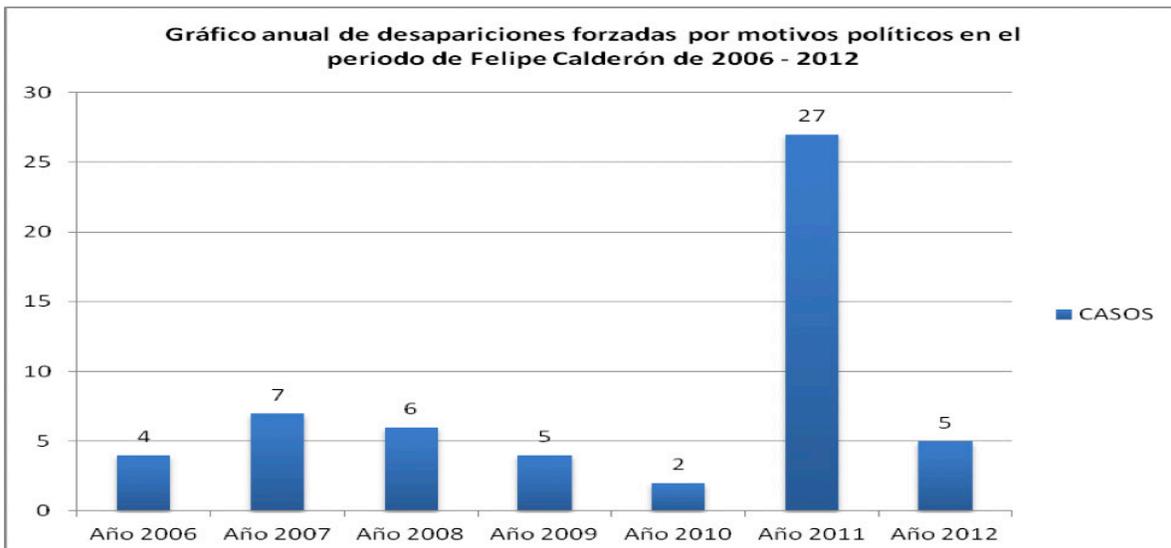


Fuente: (Pérez-Laurrabaquio, 2023)

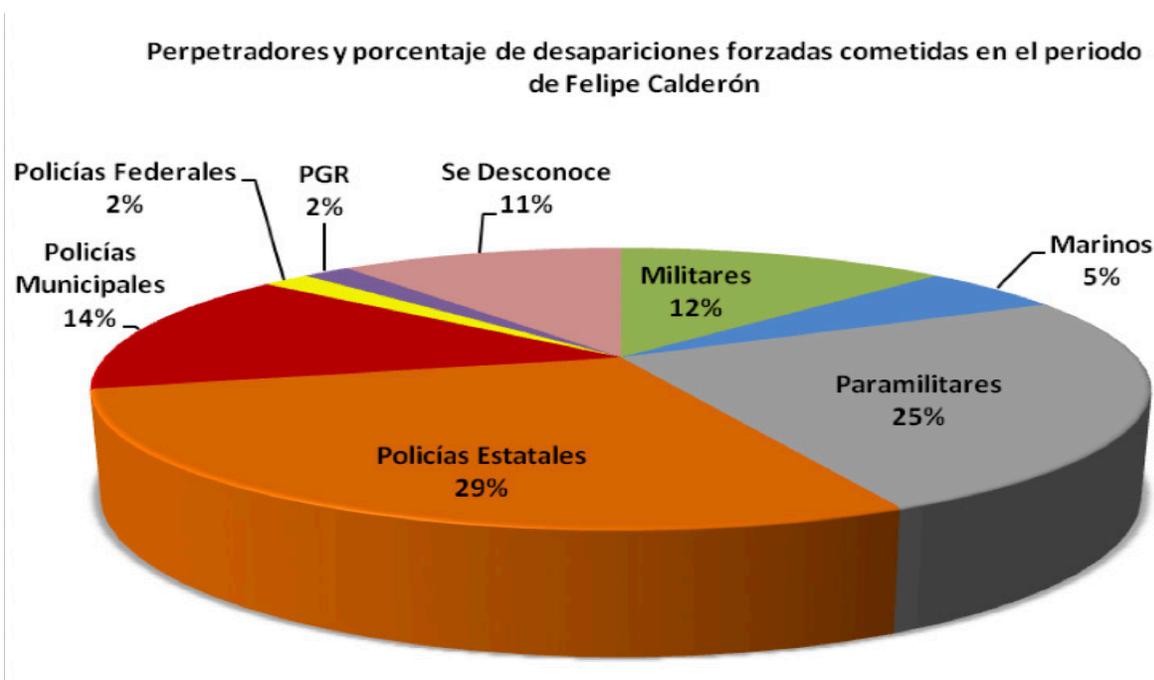
Con el gobierno de Felipe Calderón se puso en marcha por conducto de las fuerzas armadas la llamada “guerra contra el narcotráfico”; durante su gobierno las violaciones a los derechos humanos se vieron fuertemente incrementadas; miles de miembros castrenses salieron a las calles trayendo como consecuencia mayores índices de violencia, y evidentes casos de violaciones a derechos

humanos derivados de la militarización de la seguridad interna.

Durante este periodo la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) registró 9 mil 228 quejas y 142 recomendaciones contra las Fuerzas Armadas por violaciones a los derechos humanos, 2 mil 126 casos de desapariciones forzadas y 24 mil 91 personas extraviadas.



Fuente: (Comité de Familiares de Detenidos Desaparecidos Hasta Encontrarlos, 2016)



Fuente: (Comité de Familiares de Detenidos Desaparecidos Hasta Encontrarlos, 2016)

En el gobierno de Enrique Peña Nieto, desaparecieron 9 mil 384 personas, lo que equivale a 40% de los 23 mil 272 casos de desaparición oficialmente registrados entre enero de 2007 y octubre de 2014. Sin embargo, esta cifra no especifica cuántos de estos casos pueden ser desapariciones forzadas o no, debido a que no se hace una adecuada clasificación ni documentación de los casos.

En lo que va del sexenio de Andrés Manuel López Obrador, es decir, desde el 1 de diciembre del 2018 y hasta el 28 de agosto del 2023, se han presentado 81,634 reportes de desapariciones, de los cuales 35,748 casos seguían pendientes de resolver.

Aunque queda claro que las desapariciones en México no son eventos exclusivos del gobierno del presidente López Obrador, ya que los datos indican que fue a partir del sexenio

de Felipe Calderón Hinojosa cuando la tendencia de personas desaparecidas o no localizadas creció, resalta que actualmente las desapariciones llegan a máximos históricos, al punto de duplicarse o triplicarse los casos en comparación con las dos administraciones anteriores.

Según los datos de Secretaría de Gobernación, en el periodo equivalente del mandato de Enrique Peña Nieto —1 de diciembre de 2012 al 28 de agosto de 2016—, se reportó la desaparición de 59,678 personas, de las cuales 18,174 siguen ser localizadas. En tanto, entre el 1 de diciembre del 2006 y el 28 de agosto del 2010, lapso similar para la administración encabezada por Felipe Calderón desaparecieron 15,810 personas y siguen sin localizarse 6,633 personas.

Se acumulan los casos

De acuerdo con datos de la Segob, la actual administración encabezada por AMLO supera a sus antecesores en el total de reportes de personas desaparecidas y no localizadas.

Presidente	* Total de personas desaparecidas	Casos que continúan sin resolverse
Andrés Manuel López Obrador (1 dic del 2018 al 28 ago 2022)	81,640	35,748
Enrique Peña Nieto (1 dic del 2012 al 28 de ago 2016)	59,678	18,174
Felipe Calderón Hinojosa (1 dic del 2006 al 18 de agos 2010)	15,810	6,633

* Incluye a localizados y no localizados

FUENTE: SEGOB

EL ECONOMISTA

Fuente: SEGOB

Con el cambio de gobierno con el actual Presidente Andrés Manuel López Obrador, se dieron importantes manifestaciones de su parte en el sentido de brindar apertura y claridad a las desapariciones forzadas, dando órdenes a las fuerzas armadas a abrir sus cuárteles y archivos para llegar al conocimiento de la verdad, aunque diversos colectivos de personas desaparecidas han referido al respecto que todo ha quedado en palabrerías y realmente no existe la voluntad política para llegar al conocimiento fidedigno de lo realmente sucedido con los desaparecidos por los entes gubernamentales.

Afirmamos que las fuerzas armadas no están preparadas para situaciones de seguridad interior propiamente dichas, tales como la de prevenir el crimen, investigarlos, y un sin fin de eventos relacionados a ellos que requie-

ren de una expertis especial, puesto que si bien es cierto, el artículo 1º de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea dispone que son instituciones armadas permanentes que deben: “Defender la integridad, la independencia y la soberanía de la nación; garantizar la seguridad interior; auxiliar a la población civil en casos de necesidades públicas, entre otros”, no menos cierto lo es que por lo que hace a “Garantizar la seguridad interior” no implica su intervención en funciones de prevención general o especial del delito, que corresponden a autoridades especializadas en ello.

4. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

Variadas son las normativas internacionales que tienden a proteger y diseñar un esquema de protección y actuación gubernamental ante

el flagelo de la desaparición forzada, siendo de entre ellas las más importantes las siguientes:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos.
- La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (ICED);
- La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.
- La Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes;
- Los Principios y directrices básicos de las Naciones Unidas sobre los recursos y procedimientos relativos al derecho de toda persona privada de libertad a recurrir a un tribunal (A/HRC/30/37).
- La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.
- La Convención sobre los Derechos del Niño.
- Las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.
- El Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión.
- Los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley; y,
- La Declaración de Principios Básicos de

Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder.

5. IMPACTO EN LAS VÍCTIMAS Y SUS FAMILIAS

En la conformación del flagelo social de desaparición forzada de personas se gesta una dual violación a derechos humanos y garantías constitucionales para su protección, unos en detrimento de la “Víctima Directa”; y, otros para la “Víctima Indirecta”:

En torno a la Víctima Directa encontramos (art. 137):

- A la protección de sus derechos, personalidad e intereses jurídicos.
- A la libertad y seguridad de su persona.
- A no ser sometido a actos de tortura.
- Al derecho a la vida e identidad.
- A que las autoridades inicien las acciones de búsqueda y localización desde que se tenga noticia de su desaparición.
- A ser restablecido en sus bienes y derechos en caso de ser encontrado con vida.
- A proceder en contra de quienes de mala fe lo despojen de sus bienes o derechos.
- A recibir tratamiento especializado desde el momento de su localización para la superación del daño sufrido; y,
- A que su nombre y honra sean restablecidos en casos de que su defensa haya sido imposible debido a su condición de persona desaparecida.
- A un juicio justo donde se le respeten sus garantías judiciales, se le repare e indemnice en el daño recibido.



En torno a la Víctima Indirecta podemos destacar:

- Participar en la búsqueda.
- Proponer diligencias.
- Acceder, directamente o mediante sus representantes a los expedientes.
- Obtener copia simple y gratuita de las diligencias que integren los expedientes.
- Acceder a las medidas de ayuda, asistencia y atención, incluidas medidas de apoyo psicosocial.
- Beneficiarse de los programas o acciones de protección para su integridad física y emocional;
- Solicitar la intervención de expertos o peritos independientes, nacionales o internacionales en las acciones de búsqueda;
- Ser informados sobre los resultados de identificación o localización de restos;
- Hacer uso de los procedimientos y mecanismos que emanen de la Ley;
- Ser informados de los mecanismos de participación;
- Participar en los diversos espacios y mecanismos de participación de Familiares; y
- Acceder a los programas y servicios especializados que las autoridades competentes diseñen para la atención y reparación del daño.

8. MECANISMOS DE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA EN MÉXICO

En la actualidad encontramos debidamente delineado en la “Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas”, diversos aspectos importantes a destacar en torno

al delito de “Desaparición Personas”, como lo son:

Su Descripción Típica, estableciéndose diversos supuestos, a saber: 1) El de la Desaparición Forzada; 2) El de la Desaparición Cometida por Particulares; y, 3) El de los delitos vinculados con la desaparición de personas.

En torno a su sanción, se señala para el delito de desaparición forzada de 40 a 60 años de prisión (artículo 30); y, para la desaparición cometida por particulares de 25 a 50 años de prisión (artículo 34), contemplándose incluso un margen para que puedan aumentarse o disminuirse las penas, en donde, por ejemplo: La desaparición (ya sea forzada o cometida por particulares) podría aumentar atendiendo a la identidad de la víctima (cuando es niño, niña o adolescente, entre otros supuestos) art. 32; y, disminuirse cuando, por ejemplo, los perpetradores proporcionen información sobre el paradero de la víctima (art. 33).

Por lo que se refiere a la competencia para conocer en investigación, persecución; y, sanción de este injusto, la Ley distribuye entre la Federación y los Estados las responsabilidades para ello, particularmente la Ley (art. 24) permite que las autoridades federales intervengan cuando: “a) Un servidor público de la Federación sea víctima o responsable; b) Se cumplan los requisitos del Código Penal Federal y otras normas; c) Exista una resolución de una instancia internacional; d) El ministro público de la Federación lo pida; y/o haya participación de la delincuencia organizada; y, e) Previendo además la Ley que las víctimas podrán solicitar el envío de sus casos al nivel

federal. Fuera de dichos supuestos la competencia se surte a favor de los Estados.

Ministrando incluso lineamientos generales al señalar que tales injustos se perseguirán de Oficio (art. 13); serán Imprescriptibles (art. 14); no tendrán derecho a beneficios tales como amnistías, indultos o medidas similares (art. 15); no podrán ser archivadas la indagatorias mientras se desconozca el paradero de la víctima (art. 13); y reconociéndose principios tales como el de debida diligencia, que supone actuar con la máxima prontitud y oportunidad; el de no re victimización (art. 5); el de brindar y asegurar a familiares y sus representantes acceso a los indicios, evidencias y pruebas relacionadas con la búsqueda; a que éstos propongan acciones de investigación y localización (art.92); e incluso a que tramiten una declaratoria especial de ausencia para facilitar los tramites que deban realizar los familiares de las personas desaparecidas (art. 142).

8.1 Grupos afectos a tal ilícito

Dentro de los grupos vulnerables que pueden resultar como víctimas directas de este ilícito encontramos a: 1) Defensores de Derechos Humanos. 2) Personas con algún tipo de militancia política; o, de movimientos sociales. 3) Personas Migrantes. 4) Semejantes con residencia o paso en lugares donde se ha incrementado la violencia por grupos de choque entre cuerpos policiacos y miembros de delincuencia organizada. 5) Grupos vulnerables, tales como menores de edad, personas de la tercera edad, mujeres embarazadas; y, agrego; y, 6) Periodistas o personas encargadas de difusión de noticias.

8.2 Herramienta constitucional de protección ante la desaparición forzada

Dentro de las garantías constitucionales consagradas para la protección de los derechos humanos previstos en la misma carta magna, encontramos que por disposición expresa de los ordinales 103 y 107 se otorga a los gobernados el derecho a plantar la “Acción de Amparo”, por la cual, para efectos prácticos, debemos entender:

“Como aquel derecho subjetivo público, del que dispone cualquier persona (física o moral, nacional o extranjero) para acudir ante el Poder Judicial Federal (competencia original) cuando estima que un acto de autoridad (o particular actuando bajo una norma general) le ha vulnerado la esfera de sus derechos humanos o garantías constitucionales, o ambas; a fin de lograr la intervención de la autoridad garante de la constitución en el análisis del agravio resentido; y de validarse la existencia de éste se le restituya en el goce del derecho humano o garantía constitucional trasgredida.”

Para entender con claridad el concepto antes referido, hemos de cercenar los elementos que lo integran, así encontramos lo siguiente:

El amparo es un derecho, pues se encuentra consagrado a favor de los gobernados en los artículos 103 y 107 del Pacto Federal.

Es subjetivo, ya que no es obligatorio para el gobernado el plantearlo, sino que depende de su voluntad el hacerlo o no; además es público, ya que al estado interesa brindar precisamente dicha herramienta de protección.

Además, cualquier persona ya sea física o moral, nacional o extranjero, puede acceder a él para tratar de salvaguardar la esfera de sus derechos humanos y garantías constitucionales.

El mismo debe ser planteado, en competencia original ante el Poder Judicial Federal, ya sea que se trate de amparo indirecto o directo.

Solo procede ante la expectativa del agraviado de que se le ha violado un derecho humano; o, una garantía constitucional; o, ambas; y, con la finalidad dual de lograr, primigeniamente, la intervención del órgano jurisdiccional garante de la constitución para analizar el caso en particular; y, de validarse la trasgresión argumentada, el de que se restituya al doliente en el derecho trasgredido.

8.3 El juicio de amparo en la desaparición forzada de personas

Atento a lo previsto por el artículo 15 de la Ley de Amparo, se considera procedente la acción indirecta de esta herramienta, cuando, entre otros casos, se reclame la “desaparición forzada de una persona”, señalando expresamente tal dispositivo lo siguiente:

“Artículo 15. Cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación, deportación o expulsión, proscripción o destierro, extradición, desaparición forzada de personas o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la incorporación forzosa al

Ejército, Armada o Fuerza Aérea nacionales, y el agraviado se encuentre imposibilitado para promover el amparo, podrá hacerlo cualquiera otra persona en su nombre, aunque sea menor de edad.

En estos casos, el órgano jurisdiccional de amparo decretará la suspensión de los actos reclamados, y dictará todas las medidas necesarias para lograr la comparecencia del agraviado.

Una vez lograda la comparecencia, se requerirá al agraviado para que dentro del término de tres días ratifique la demanda de amparo. Si éste la ratifica por sí o por medio de su representante se tramitará el juicio; de lo contrario se tendrá por no presentada la demanda y quedarán sin efecto las providencias dictadas.

Si a pesar de las medidas tomadas por el órgano jurisdiccional de amparo no se logra la comparecencia del agraviado, resolverá la suspensión definitiva, ordenará suspender el procedimiento en lo principal y se harán los hechos del conocimiento del Ministerio Público de la Federación. En caso de que éste sea autoridad responsable, se hará del conocimiento al Fiscal General de la República. Cuando haya solicitud expresa de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se remitirá copia certificada de lo actuado en estos casos.

Transcurrido un año sin que nadie se apersona en el juicio, se tendrá por no interpuesta la demanda.

Cuando, por las circunstancias del caso o lo manifieste la persona que presenta la deman-

da en lugar del quejoso, se trate de una posible comisión del delito de desaparición forzada de personas, el juez tendrá un término no mayor de veinticuatro horas para darle trámite al amparo, dictar la suspensión de los actos reclamados, y requerir a las autoridades correspondientes toda la información que pueda resultar conducente para la localización y liberación de la probable víctima. Bajo este supuesto, ninguna autoridad podrá determinar que transcurra un plazo determinado para que comparezca el agraviado, ni podrán las autoridades negarse a practicar las diligencias que de ellas se soliciten o sean ordenadas bajo el argumento de que existen plazos legales para considerar la desaparición de una persona.”

8.3.1 Elementos fácticos necesarios

1. Que se desconozca el paradero de un semejante; y, se presuma fue privado de su libertad por agentes de autoridad; o, por particulares con aquidiscencia de aquella.
2. Que se de una conducta negativa, relativa a la omisión de parte de la autoridad en el sentido dar información del paradero del desaparecido, ello ante la sospecha de que el mismo hubiere sido detenido, “*latu sensu*”.

8.3.2 Término para promover el juicio de amparo

Al ser un caso de los considerados graves por la propia Ley de Amparo específico para plantear la acción constitucional de amparo; es no existe término decir, la misma puede plantearse en cualquier momento mientras

se estime permanezca desaparecido forzosamente el gobernado, pudiendo plantear dicha acción cualquiera persona, incluso un menor de edad.

8.3.3 Tramite del juicio de amparo

Al recibirse la demanda, ya fuere en competencia original, Juez de Distrito; o, auxiliar por autoridad judicial de primer instancia (en caso de que no resida en el lugar Juez de Amparo) se deberá dar trámite a la misma, teniendo la obligación al admitir la acción a mandar de oficio y de plano la suspensión del acto reclamado como medida cautelar y ordenar las providencias necesarias para lograr la comparecencia directa del quejoso directo para los efectos de que ratifique la acción de amparo; en este evento, se pueden presentar dos escenarios, el primero, que se da es que lograda comparecencia del agraviado directo o su representante no ratifique la demanda, se tendrá esta por no presentada, quedando sin efecto las medidas adoptadas; y de ratificarse se continuara con la cusa constitucional.

El segundo escenario se presentará cuando a pesar de las medidas tomadas por la autoridad de amparo no se lograre la comparecencia del agraviado, se resolverá respecto a la suspensión definitiva, ordenándose suspender el procedimiento en lo principal y se harán los hechos del conocimiento del Ministerio Público de la Federación para los efectos legales de investigación criminal respectiva.

En caso de que éste sea autoridad responsable (MPF), se hará del conocimiento al Fiscal General de la República. Cuando haya soli-

cidad expresa de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se remitirá copia certificada de lo actuado en estos casos.

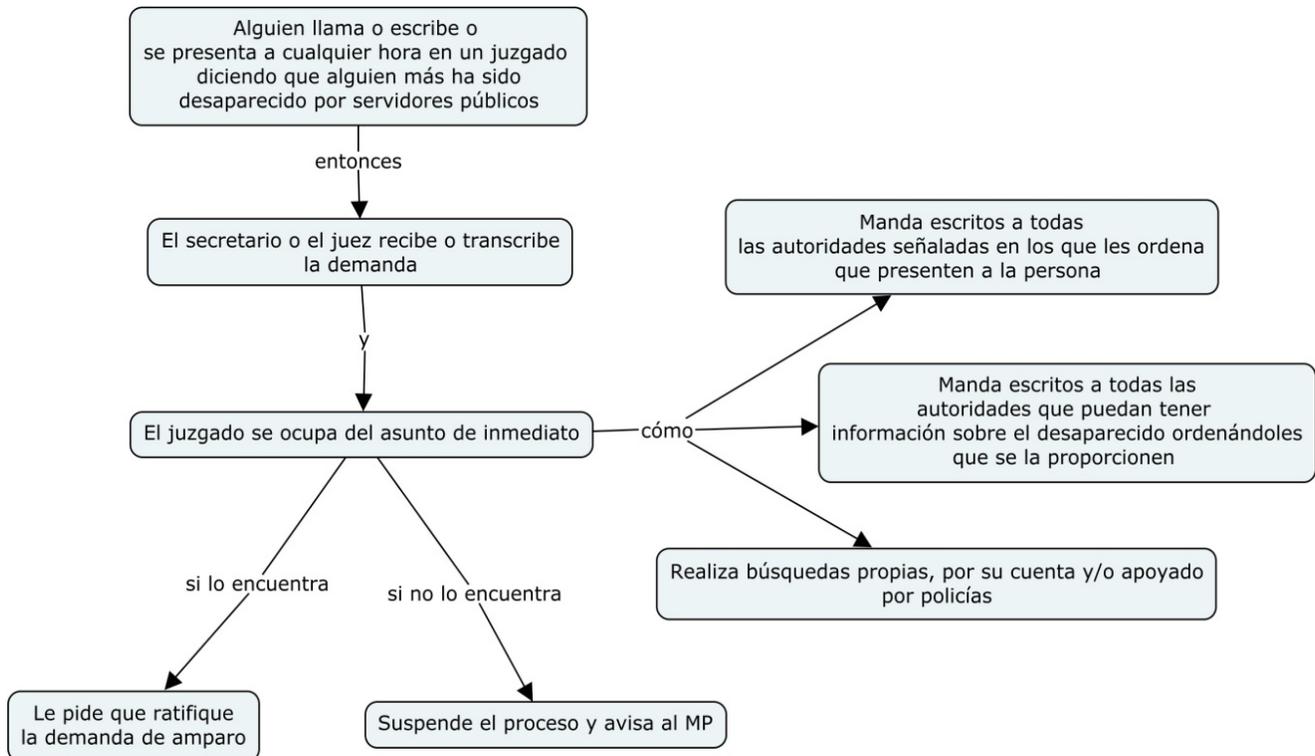
Transcurrido un año sin que nadie se apersona en el juicio, se tendrá por no interpuesta la demanda.

Cuando, por las circunstancias del caso o lo manifieste la persona que presenta la demanda en lugar del quejoso, se trate de una posible comisión del delito de desaparición forzada de personas, el juez tendrá un término no mayor de veinticuatro horas para darle trámite

al amparo, dictar la suspensión de los actos reclamados, y requerir a las autoridades correspondientes toda la información que pueda resultar conducente para la localización y liberación de la probable víctima.

Bajo este supuesto, ninguna autoridad podrá determinar que transcurra un plazo determinado para que comparezca el agraviado, ni podrán las autoridades negarse a practicar las diligencias que de ellas se soliciten o sean ordenadas bajo el argumento de que existen plazos legales para considerar la desaparición de una persona.

Grafico de Flujograma Javier Yankelevich



Fuente: (Yankelevich, 2017)

9. DESAFÍOS ACTUALES Y FUTUROS

No cabe duda de que en México aun existe mucho camino por recorrer tratándose del tema de la desaparición forzada, pues no basta con proporcionar las herramientas legales necesarias e idóneas para hacer frente al mismo, sino mayormente de deben combatir a la par aspectos importantísimos que deben ir de la mano de aquella, como lo son (a) Una verdadera voluntad política de afrontar el tema con todas y cada una de las consecuencias que ello implique; (b) El no encubrir a ninguna institución o persona implicada en tal tipo de hechos; (c) El contrarrestar la corrupción existente en instancias gubernamentales que tengan relación directa en la investigación o hasta incluso en los hechos; (d) El capacitar correcta y constantemente a todas aquellas instancias que tengan que intervenir en la investigación de los hechos; (e) El cumplir con la mayor diligencia, sin cortapisa alguna, aquellas resoluciones provenientes de organismos internacionales que conforme a Tratados Internacionales debidamente suscritos por el Estado Mexicano, exista la obligación de acatar.

10. CONCLUSIONES

De las líneas precedentes podemos destacar las siguientes conclusiones:

I. **FLAGELO SOCIAL:** La desaparición forzada es un verdadero flagelo de derechos humanos, vida y libertad, en el Estado Mexicano.

II. **IMPUNIDAD:** Hay un alto grado de impunidad que reciben los responsables

en la comisión de desaparición (es) forzada (s), muchas veces al ser protegidos, incluso, por las mismas instituciones de fuerzas de seguridad a las que pertenecen.

III. **HERRAMIENTAS EFECTIVAS:** Las víctimas carecen de verdaderas herramientas efectivas no tan solo para salvaguardar sus derechos reconocidos en ley, sino hasta incluso su propia integridad.

IV **HECHO CRIMINAL Y JUICIO DE AMPARO:** La desaparición forzada ya esta contemplada como hecho penalmente relevante con sanciones específicas atendiendo a la forma de su realización; de su parte el Juicio de Amparo constituye una herramienta o motor de búsqueda del desaparecido que incita a aquellas autoridades a quienes se requieran su informe o apoyo, brinden al juez constitucional todos aquellos datos o acciones necesarias para dar con el paradero del desaparecido.

En el rubro de investigación y juzgamiento de la desaparición forzada no debe perderse de vista el de garantizar a las víctimas el acceso efectivo a las investigaciones, brindarles participación activa en todo momento; y sobre todo, el derecho a que se les repare en forma integral el daño resentido.

V. **CAPACITACIÓN:** El derecho y los hechos de donde surge la desaparición forzada de una persona son cambiantes y constantemente están variando, por ello es necesario se establezcan protocolos de capacitación a toda institución encar-

gada de la búsqueda, investigación y juzgamiento de hechos relacionados con desapariciones forzadas.

VI. PROTECCIÓN: Se debe brindar protección institucional a todo aquel que realiza búsqueda, investigación y/o juzgamiento de hechos relacionados con desapariciones forzadas.

VII. COMBATE A LA CORRUPCIÓN E IMPUNIDAD: En la misma tesitura que lo referido en la anterior, se debe combatir frontalmente la corrupción e impunidad existente en las instituciones encargadas de la investigación y juzgamiento de tales tipos de hechos, ya fuere porque protegen a los responsables de tales eventos; o bien, simplemente por la apatía que tienen al caso en concreto.

VIII. CONCIENCIA SOCIAL: Se debe hacer una amplia difusión nacional, utilizando incluso medios de comunicación en horas oficiales, de cuanto caso se denuncie o se tenga conocimiento de desaparición forzada, ello para instar a los ciudadanos a participar activamente como conglomerado a la disminución de tal flagelo social, ello como sucede en los casos de “Alerta Amber” cuando un menor de edad es sustraído.

IX. FUERZAS MILITARES: La intervención de las fuerzas armadas bajo cualquiera excusa ya fuere para hacer frente al crimen, acallar revueltas, disolver manifestaciones, no es la política pública más eficaz, la historia en el caso mexicano lo demuestra sin lugar a duda; por

ello debe pugnarse para que los elementos castrenses regresen a sus cuarteles.

TRABAJOS CITADOS

Textos

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México. Ed. Tirant lo Blanch. 11ª. Edición. 2021
- Ley de Ampro. México. Ed. Anaya. 2021.
- MARTINEZ GARZA, Julio César. DERECHO PROCESAL DE AMPARO. México. Flores Editor. 2017.

Medios electronicos

- Amnistía Internacional. *Las desapariciones. un agujero negro en la protección de los derechos humanos*. 1998. En: <https://www.amnesty.org/es/wp-content/uploads/sites/4/2021/06/amr410051998es.pdf>. Consultada el 17 de octubre de 2023
- Centro Pro-Derechos Humanos de la Ciudad de México: En http://centroprodh.org.mx/wp-content/uploads/2018/12/Cartilla_LDF_Full.pdf. Consultado el 16 de octubre del 2023
- Citroni, Gabriella. *Desaparición forzada de personas. Desarrollo del fenómeno y respuestas de la corte interamericana de derechos humanos*. En https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/22114/1/ADI_XIX_2003_11.pdf. Consultado el 17 de octubre del 2023.
- Comité de Familiares de Detenidos Desaparecidos Hasta Encontrarlos. (2016). *10 años de desaparición forzada por motivos políticos en México*. México.
- Contra Línea. Periodismo de Investigación. *Fuerzas armadas, impunes en violaciones a Derechos Humanos*, En: <http://www.contralinea.com.mx/archivo-revista/index.php/2015/03/17/fuerzas-armadas-impunes-en-violaciones-derechos-humanos/> Consultado el 17 de octubre del 2023

Molina Theissen, Ana Lucrecia. *La Desaparición forzada de personas en América Latina*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. En <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a12028.pdf>. Consultado el 16 de octubre del 2023

Nieto Moiré, José Luis. *La desaparición forzada de personas en México*. En Congreso Virtual Interinstitucional Los Grandes Problemas Nacionales. 2008. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Universidad Autónoma de Nuevo León. Visible: <https://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/redipal/CVI-39-08.pdf>. Consultado el 16 de octubre de 2023.

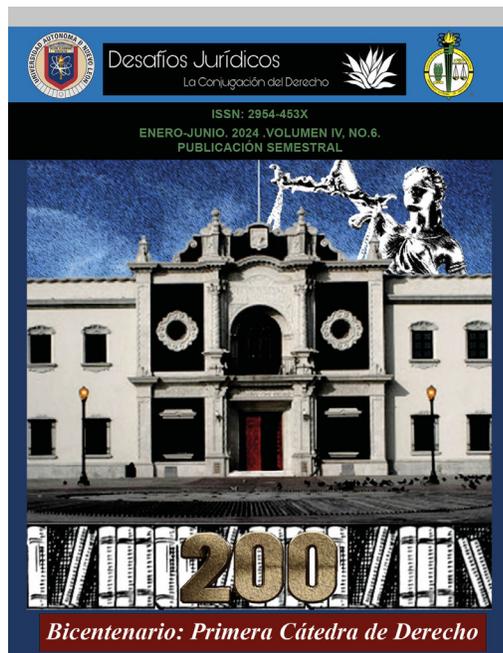
Normas Internacionales sobre desaparición forzada: En <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/wg-disappearances/international-standards-enforced-or-involuntary-disappearances#:~:text=La%20Declaraci%C3%B3n%20Universal%20de%20Derechos,Personas%20contra%20las%20Desapariciones%20Forzadas>. Consultada el 17 de octubre del 2023

Pérez-Laurrabaquio, Ó. (23 de Febrero de 2023). Nexos. *Taller de datos-Hallazgos*. Obtenido de Nexos: <https://datos.nexos.com.mx/acercamiento-estadistico-a-la-desaparicion-de-personas-en-mexico-guerra-sucia-y-guerra-contra-el-narcotrafico/> Consultado el 17 de octubre del 2023.

Robledo Silvestre, Carolina. *Genealogía e Historia no resuelta de la desaparición forzada en México*. En <https://iconos.flacsoandes.edu.ec/index.php/iconos/article/view/1854/2945>. Consultado el 17 de octubre del 2023.

Yankelevich, J. (2017). Congreso Nacional de Investigación en Derechos Humanos. *El juicio de amparo frente a la desaparición de personas*, (págs. 1-20). México. Consultado el 16 de octubre de 2023.





Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Guillermo Santiago Arriaga (Universidad Autónoma de Nuevo León)

Apuntes sobre el derecho a la cultura de los pueblos indígenas: una revisión al artículo 2 de la constitución mexicana. pp. 64-79.
Fecha de publicación en línea: 31 de enero de 2024.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafios.juridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos Vol. 4, Núm. 6, Enero-Junio 2024, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina,

Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. MED. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCÍA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: DR. MARIO ALBERTO GARZA CASTILLO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

COORDINADORA EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ASISTENTE EDITORIAL: Rostam Badii Guillén

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: Mtra. María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Rosa María Elizondo Martínez

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vázquez Azamar "Ius Celebrans" © 2024

Apuntes sobre el derecho a la cultura de los pueblos indígenas: una revisión al artículo 2 de la Constitución Mexicana

Notes on the right to culture of the indigenous villages: a revision of article 2 of the Mexican Constitution

Fecha de publicación en línea: 31 de enero de 2024

Por: Guillermo Santiago Arriaga*

* <https://orcid.org/0000-0003-4798-3297>

Universidad Autónoma de Nuevo León

Resumen. El presente artículo tiene por objetivo analizar la relación entre derecho y cultura para analizarla desde la realidad constitucional mexicana, en particular, lo concerniente al artículo 2. Para este propósito se realiza un estudio multidisciplinar en el que se presenta la ciencia jurídica y la filosofía para comprender la naturaleza de cada uno de estos dos conceptos y así comprender el porqué del vínculo que se da entre ellos. En tanto la composición social del presente es plural es imprescindible preparar los recursos jurídicos con los que contamos para coordinar las relaciones entre la sociedad civil y el Estado. Finalmente, la aspiración de este trabajo es dar luz acerca de la importancia de la cultura como un elemento del derecho constitucional.

Palabras clave: Derecho, sociedad civil, Estado, cultura, Constitución, individuo, derechos humanos, multiculturalismo.

Abstract. The objective of this article is to analyze the relationship between law and culture in order to analyze it from the Mexican constitutional reality, in particular, with regard to article 2. For this purpose, a multidisciplinary study is carried out in which legal science and philosophy are presented to understand the nature of each of these two concepts and therefore, understand the reason for the link between them. As the social composition of the present is plural, it is essential to prepare the legal resources we have to coordinate relations between civil society and the State. Finally, the aspiration of this work is to shed light on the importance of culture as an element of constitutional law.

Key words: Law, civil society, State, culture, Constitution, individual, human rights, multiculturalism.

* Doctor en Derecho Constitucional y Gobernabilidad. Catedrático de la Universidad Autónoma de Nuevo León.

INTRODUCCIÓN

El ámbito de acción del derecho es amplio y diverso, sus límites son los límites del ser humano, en tanto su actividad gira en torno al ser y quehacer de este, y “se descubre y se lee en la realidad cósmica y social y se traduce en reglas” (Grossi, 2003, pág. 17). No hay espacio de la vida privada o pública donde no tenga cabida u oportunidad de influir. También regula la relación entre la sociedad civil y el Estado. Sin embargo, el modo de operar de los individuos es compleja y requiere de estructuras abstractas que coadyuven a mantener el orden y la unidad de una comunidad distribuyendo el poder y la autoridad entre los miembros de esta, siempre con el propósito de protegerlos. Es por ello, que, es una tarea inacabada el analizar los fundamentos del derecho al entender que la realidad esta en un constante devenir y requiere de la atención necesaria para comprender el presente.

La cultura es uno de los elementos constitutivos de la vida humana que configura nuestra praxis, moral y valores, “con sus propios criterios sobre lo razonable y valioso” (Villoro, 2013, pág. 186). Señala una cosmovisión y un modelo de ser de los individuos. Al ser el resultado de nuestra propia humanidad, el derecho debe garantizar que como sociedad tengamos la oportunidad de desarrollarnos libremente de acuerdo con nuestra propia forma de ser, es decir, nuestra cultura. No obstante, la dificultad radica en la pluralidad de culturas que surgen entre los diferentes grupos sociales, sin acotarlo en las diferencias culturales entre naciones, sino entendiendo que dentro de un mismo territorio también hay

diversas culturas, pero cada una valiosa, única y original en sí misma.

El propósito del presente escrito gira en torno a la relación entre el derecho y la cultura. Una reflexión iusfilosófica que ayude a comprender el valor de la cultura en la vida y la importancia de protegerlo desde la esfera jurídica al ser un elemento que contribuye al desarrollo y progreso de la sociedad, un “factor para disminuir ciertas desigualdades; y como uno de los objetivos en una sociedad moderna” (Dorantes Díaz, 2013, pág. 851). De igual manera, se analiza el artículo 2 de la Constitución Mexicana, el cual está dedicado a la protección de los pueblos indígenas, quienes poseen una cultura propia y original, escudriñando el significado de *cultura*, su alcance y objetivo.

LA FUNCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución es el principal documento de una nación porque a través de ella se formaliza el proyecto de cualquier comunidad política que ha decidido unirse en un mismo propósito. En dicho escrito se plasma el espíritu del pueblo, los valores y aspiraciones de aquellos que sumaron su voluntad hacia un objetivo. De igual manera, incluye entre sus líneas los principios rectores que regulan la vida pública y privada. Así, la Constitución “no es una ley como otra cualquiera, sino la ley fundamental del país” (Lasalle, 2013, pág. 57), tomando en cuenta que en ella subyace los principios de justicia y libertad, causa del pacto entre los individuos, y que dan origen y sustento a las leyes, normas y reglamentos que tienen por objetivo regular la vida de la sociedad y su relación con el Estado. Producto de la racio-

nalidad humana, la Constitución es la cumbre más alta en el ámbito jurídico.

En la actualidad, la Constitución no se reduce a presentar un modelo de “organización política” (Aguilera Portales, Teoría política del Estado Constitucional, 2011, pág. 56), es un acuerdo general y un proyecto social en el que se determina una moral y un sistema axiológico, en el cual se propone un paradigma antropológico y ciudadano. No obstante, cabe hacer el apunte que la Constitución no es “orden permanente y estático de la vida estatal frente al devenir político” (García Pelayo, 1984, pág. 81), porque es contrario a “su carácter dinámico” (García Pelayo, 1984, pág. 80). Al menos desde una perspectiva socio-jurídica requiere de un replanteamiento en la medida que la sociedad se encuentra en un permanente devenir, las cosmovisiones van cambiando, mientras que surgen nuevos paradigmas. Por tal razón, es menester apreciar a la Constitución como un ente en movimiento, para que pueda actualizarse respecto a las necesidades sociales y políticas del presente tiempo. Un texto que se mueve hacia la actualización y relectura de sus propios fundamentos en aras de revitalizar su estructura que la sostiene.

Una de las principales funciones de la Constitución, desde la perspectiva de Rudolf Smend, en palabras de García Pelayo (1984, p. 82), es la “integración”, la cual se refiere a la “unidad dialéctica de individuo y colectividad, así como la esfera supraempírica, valorativa, de sentido ideal, con la esfera empírica de realización de aquel territorio del sentido y de los valores, unidad que forma la esencia del Estado” (García Pelayo, 1984, pág. 82). La Constitución,

en una visión tradicional, sólo se entendía como orden normativo, pero en la actualidad, es sumamente necesario comprender la función Constitucional de integración, más allá del pacto social rousseauiano, que se limitaba a proponer un acuerdo político, ahora, es necesario acercarse a la Carta Magna hacia un proyecto que permita a los individuos cohabitar en un mismo territorio, con sus diferentes formas de pensar y vivir, sin que esto lesione el tejido social ni político. Por lo que se requiere un documento jurídico que fortalezca a la sociedad, que favorezca la colaboración, la solidaridad y el respeto mutuo entre los individuos. Finalmente, la Constitución funge como una red que sostiene la vida pública a través de un pacto jurídico y político.

No obstante, la Constitución por sí misma no puede cumplir con ese propósito de integrar a la sociedad, requiere de otro elemento que muestre el camino hacia este objetivo, es así, que los derechos humanos son el elemento clave para cumplir con el propósito de integrar a la sociedad, es el horizonte que determina las directrices para satisfacer las necesidades sociales que van más allá de garantizar los satisfactores básicos y regular las interacciones entre los distintos actores sociales, “representan un instrumento idóneo y pertinente para evitar cualquier tipo de atropello, vulneración o catástrofe contra la vida humana, sobre todo de los sectores más débiles y frágiles de nuestra sociedad” (Aguilera Portales, Teoría política del Estado Constitucional, 2011, pág. 99). No obstante, es necesario recordar que la composición de las sociedades contemporáneas no es homogénea, sino que en ella radican una amplia diversidad de idiosincrasias y tradiciones que surgen en el seno de

las distintas comunidades y que permanecen a lo largo del tiempo. Los derechos humanos se convierten en el mínimo de derechos para asegurar la inclusión, el respeto y la tolerancia, como tres factores determinantes para conservar la paz y el orden social. Y construir una sociedad civil en la que participen todas las visiones e ideas. Pensar estos principios desde la pluralidad epistemológica es la asignatura pendiente en el constitucionalismo contemporáneo. Advertir que la sociedad no persigue una dirección sentido único, sino que hay multiplicidad de intereses y fines en cada persona, que debe considerarse para interpretar y aplicar los derechos. El derecho a la cultura es inaplazable en el mundo multicultural y globalizado. Es tiempo de repensar nuestro papel en la vida social en la diversidad de pensamiento, de creencias y origen y comprender que el ser humano “se descubre en las condiciones del hacer” (Nicol, 2013, pág. 41). Si bien, somos una misma especie, en nuestra operación encontramos matices que nos distinguen y que nos hacen originales.

El movimiento natural de la sociedad y el desarrollo de las ideas exige que el derecho se actualice permanentemente y que someta a escrutinio los principios que lo sostiene y que le dotan de legitimidad para hacer frente a las diversas problemáticas que el mundo contemporáneo presenta. Es por ello, que, la teoría constitucional debe estar abierta a atender a la razón pública, donde “los ciudadanos han de conducir sus discusiones fundamentales en el marco de lo que cada cual considera una concepción política de la justicia fundada en valores que los demás puedan razonablemente suscribir y que cada cual está dispuesto, en buena fe, a defender tal concepción así entendida” (Rawls, 2015, pág. 216). Un diálogo

entre la ciencia jurídica y la sociedad que permita conducir los objetivos, los fines y las preocupaciones en los dos ámbitos. Entendiendo que la interacción de los dos permite la construcción de un mundo mejor para el individuo.

Resulta inevitable el surgimiento de las diferentes percepciones sobre el mundo, pero es necesario reconocer que es parte de la naturaleza humana, que se origina por su capacidad racional, la cual le permite ahondar en varios aspectos del entorno en el que se circunscribe a su propia existencia, y también le permite reflexionar sobre su propio quehacer. Así, la teoría constitucional contemporánea debe considerar la complejidad humana, su variabilidad y sus operaciones. Si el ser humano es un ser que encausa su voluntad en diferentes direcciones, el derecho debe atender a esa particularidad de la persona. Esto no debe confundirse con normas y reglamentos permisibles en cualquier sentido, pero es necesario construir un derecho que armonice con las necesidades humanas. De ahí, la importancia de defender un derecho a la cultura.

LA DELIMITACIÓN EPISTEMOLÓGICA DEL CONCEPTO CULTURA

En el presente, es claro que la concepción actual de los sistemas jurídicos ha superado la visión del normativismo jurídico, la esfera del derecho actual no sólo se limita a la interpretación legalista de las leyes, sino busca los fundamentos de su quehacer en cuestiones extrajurídicas que le dotan de legalidad y legitimidad. Porque la razón jurídica no es suficiente para atender las necesidades humanas, en tanto el ser humano es un ente com-

plejo e indefinido, un ser de posibilidades a lo largo de su existencia. El giro que el Derecho ha tomado en las últimas décadas surge gracias a una concepción humanista sobre este saber, dándole un propósito nuevo a la Constitución, las leyes y las normas. El derecho se debe al ser humano, y no en sentido opuesto. Este importante giro da un nuevo significado al quehacer jurídico, permitiendo hacer nuevas lecturas a la teoría. Por otra parte, en el ámbito de lo político, en lo que concierne a la democracia, también es un agente que permite renovar el abordaje conceptual que se hace al derecho, porque en ella reside “la construcción conflictiva del orden social. Si el futuro no está predeterminado por alguna Providencia, si la definición de la mejor vida posible es una constante tarea de la convivencia humana” (Lechner, 2014, pág. 34) de la ciudadanía y el Estado. Por consiguiente, debe buscar en sí mismo los principios y valores que guiarán el pacto social, pero en ese buscar surge el conflicto por las diferencias que se dan entre los individuos por su pensar, su creer o su vivir. De ahí la labor del derecho de permitir a las sociedades continuar en medio de tensiones y desacuerdos. De fungir como un elemento integrador en un mundo cada día más atomizado por las diferencias sociales, étnicas o religiosas, entre otras más.

La modernidad se caracteriza por rechazar un horizonte que le de seguridad al propio ser humano y niega categóricamente la existencia de un ente metafísico para justificar la idea de dignidad humana para fundamentar los Derechos Humanos, y “trata de estabilizarse desde la única autoridad que le queda, que es, precisamente, la de la razón” (Habermas, 2011, pág. 406). Por consiguiente, la razón del dere-

cho subyace estrictamente en una categoría humana. La naturaleza humana es suficiente para dotarle de valor, reconocimiento e inclusión. No necesita de explicaciones fuera de su persona, sino por su mera razón, es capaz de determinar el curso que tomará su vida misma. Pero, en esa búsqueda de propósito, el individuo, en comunidad, desarrolló diferentes elementos que le permiten relacionarse con su entorno y con sus semejantes. Como hemos visto, el derecho, es uno de ellos, mas no el único. La cultura, es otro elemento capital en el desarrollo de las personas y las sociedades. Es a través de ella que reflexiona sobre su entorno y configura sus relaciones con los otros. En ella se depositan los principios, valores y fines que un grupo de personas defiende como una aspiración para construir, de acuerdo con ellos, una mejor sociedad. La cultura, como elemento humano, debe ser considerado dentro las reflexiones constitucionales dado que concierne al individuo en su vida diaria, pero esto no lo exenta de dificultades porque existen una gran diversidad de culturas que dan por resultado diferentes formas de vida social, que en algunas ocasiones pueden contraponerse con otras culturas o entran en conflicto con la misma Constitución.

Por lo que concierne en este caso en particular, es importante responder a las siguientes cuestiones para continuar. ¿Qué es la cultura? ¿Por qué el derecho a la cultura? ¿Qué es el multiculturalismo? Así, surge el siguiente cuestionamiento ¿Qué sería el derecho si no considerara la vida humana y su existencia para establecer el orden normativo jurídico que sostiene y conduce a la sociedad? Si el derecho es una prerrogativa que protege y vigila los elementos constitutivos de la vida

humana para su plena realización entonces es necesario dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los elementos constitutivos de la existencia humana? Sin duda alguna, la Cultura es uno de estos que forma parte de las personas y de la sociedad. Mas ¿qué la hace tan importante para que sea necesaria protegerla como un derecho? La existencia humana es ambigua en su propio sentido. El individuo es un ser que se sostiene de diferentes formas en el devenir diario. La cultura, un elemento imprescindible, que forma parte de ser del humano, intrínseca a su propia existencia. Cultural “no es solo el conjunto de bienes a disfrutar (patrimonio cultural), sino, sobre todo, el derecho personal y grupal a ser, existir con otros” (Fernandez-Soria, 2020)

HUMANIDAD, CULTURA Y TIEMPO

El individuo, vulnerable y contingente, frente a las fuerzas de la naturaleza, viene al mundo desprovisto de los elementos necesarios para dar la cara a las violentas intempestivas de la naturaleza. A diferencia de los demás animales, su forma de ser no está adaptada para vencer los obstáculos de su medio. Necesita de los otros para asegurar su propia subsistencia y de su misma razón para resolver las problemáticas que se le presentan diariamente. La humanidad, consciente de su naturaleza, desarrolló a lo largo del tiempo los mecanismos que le permitieron hacer frente a estas dificultades. La sociedad y el Estado son claros ejemplos de cómo el individuo trató de superar sus propias deficiencias.

De tal manera, es así la forma en que nace la cultura, como una vía que le permite a la persona interactuar en el medio que se circuns-

cribe, que le dota de seguridad y tranquilidad frente a su frágil condición, pero que también responde a su propia necesidad de comunicarse y crearse a sí mismo (Nicol, 2013, pág. 20). La cultura surge “cuando el movimiento creador de la vida engendra ciertas estructuras en la que encuentran expresión, en concreto, las formas de su consumación y manifestación” (Simmel, 2017, pág. 315) Así, la naturaleza humana no puede acotarse ni reducirse a un mero mecanicismo simplista, sino en su propia esencia hay una capacidad creadora y necesidad de alimentar esa potencialidad humana. Por lo cual, la cultura es una manifestación de su propia existencia, una estructura que lo sostiene en su devenir y un “cultivo de las aptitudes propias del ser humano” (Aguilera Portales, Multiculturalismo, derechos humanos y ciudadanía cosmopolita, 2006, pág. 10). Ella le asiste al individuo a superar los peligros propios del ecosistema y ordenar su existencia por medio de costumbres y tradiciones tales como el “lenguaje mítico, signos orales y gestuales de que se compone el ritual, reglas matrimoniales, sistemas de parentesco, leyes consuetudinarias, ciertas modalidades de intercambios económicos” (Lévi-Strauss, 2013, pág. 15). Cada uno de los anteriores le da un sentido a la vida misma y un propósito a la existencia humana, porque conducen a la persona a la realización del significado que determinó con los otros, la sociedad o la comunidad. Porque el hombre “se conoce por lo que hace” (Nicol, 2013, pág. 41), es decir, la cultura, es diseñada por la cosmovisión, que a su vez proporciona una idiosincrasia, una moral y valores que establecen el camino a seguir de cualquier grupo que viva en sociedad por común acuerdo. El ser humano se realiza en su accionar como hombre y como ser,

descubriéndose en cada elección y acción. Y por ello es tan importante una “cultura viva, la cultura en la que se puede intervenir, que puede ser reelaborada, integrada en nuevos formatos o estéticas” (Rowan, 2016, pág. 52) Una vez realizada la argumentación sobre lo que significa el concepto cultura, es pertinente cuestionarse si es correcto hablar de una cultura o de culturas. En lo que respecta al término en singular, es adecuado cuando se refiere a una característica o manifestación del ser humano. Pero cuando se refiere a señalar la cultura como manifestación lo apropiado es hablar de culturas. Esto significa que no hay una expresión humana única, hay multiplicidad de ellas, en tanto ningún ser humano percibe el mundo de la misma forma que lo hace el otro y sus expresiones variarán según cada sujeto. Las culturas no son expresiones lineales y unívocas, son manifestaciones de la pluralidad humana, son producto de la fuerza de los individuos. En otras palabras, la cultura es un sistema de conocimientos sociales que se van desarrollando en el devenir de la existencia humana, dotando seguridad al ser humano y proveyéndole de un propósito personal.

El ser humano “no posee un entorno natural, sino que debe construir el mundo que le es adecuado. El mundo adecuado al hombre es el mundo cultural” (Sobrevilla, 2006, pág. 102). Por lo tanto, el ser humano es el único ser vivo que posee esa capacidad creadora y transformadora que le caracteriza y distingue de las otras especies. La cultura es una evidencia de esta potencia humana y fuerza creativa. En ella plasma una necesidad constante de búsqueda de sí mismo y de su finalidad en el mundo en el que se circunscribe. Para sí mismo, un ente misterioso, un ser sin

respuesta sobre su propia existencia, por lo cual, no tiene más remedio que buscar en el exterior su ser. Por eso, “el mundo cultural es el mundo de las normas y de las esferas de sentido” (Sobrevilla, 2006, pág. 102). Es decir, la cultura es moral y teleología, y a pesar de que en repetidas ocasiones este concepto se vincula con lo social, en su realización es individual completamente, pero se completa en la interacción con los otros.

A través de la cultura, el ser humano conserva su forma específica de ser y su modo de operar en la realidad. Poseedor de una “voluntad consciente y la razón” (Jaeger, 2012, pág. 3) que le permite crear las condiciones necesarias para su desarrollo como individuo y miembro de una comunidad, testimonio de su capacidad creadora y su “fuerza vital” (Jaeger, 2012, pág. 3), en tanto ser humano. No obstante, si bien la cultura se entiende como un proceso social, es decir, que se genera en la interacción con los otros, al menos desde la perspectiva de la antropología filosófica, esta se entiende como un proceso individual en la compleja red social a la que pertenece. La cultura, producto de la misma humanidad del individuo, es la construcción de un camino moral, axiológico y epistémico que determina el horizonte paradigmático a seguir. Un sendero en la inconmensurable realidad que angustia su razón y perturba su existencia.

Como anteriormente se mencionó, la cultura es la manifestación de la humanidad misma de cada individuo, la cual se expresa en la colectividad, es decir, en la esfera pública, porque ella no se oculta y “puede verlo y oírlo todo el mundo y tiene la más alta publicidad posible” (Arendt, 2014, pág. 71). Sus manifes-

taciones se expresan en el exterior para ser reconocidas por el mismo autor de esas expresiones, pero también para que el otro se reconozca a sí mismo y se identifique con el otro que no es él mismo. La cultura nunca es propiedad de nadie ni tiene exclusividad, sino pertenece a lo público “en cuanto es común a todos nosotros y diferenciado de nuestro lugar desposeído privadamente en él” (Arendt, 2014, pág. 73). Sin autor, surge de manera espontánea en la sociedad y, sin origen definido, es el resultado de los cambios de paradigma que sufren las comunidades.

El ser humano es un ser complejo, que desarrolla su personalidad en diferentes dimensiones para lograr alcanzar su plenitud en medio de las circunstancias que le aquejan y le angustian. Es necesario entenderlo en la complejidad para comprender su operación e individualidad. Pero, surge la siguiente pregunta a colación de las ideas antes presentadas, ¿la cultura es tan importante que debe ser protegida por un derecho? Desde una perspectiva jurídica, sin duda alguna, es una pregunta legítima y necesaria para continuar con la presente investigación.

FUNCIÓN DEL DERECHO

En el presente, el derecho se concibe como “patrimonio jurídico de sus titulares, independientemente de la ley” (Zagrebelsky, El Derecho Dúctil, 2013, pág. 51), una herencia que le corresponde a todos los individuos, el cual tiene vida propia por lo que no depende de ningún poder político para asegurar su propia existencia ni del consenso. Es en sí mismo un derecho que se le reconoce y otorga al individuo en su calidad de persona. Mientras que

la ley “expresa los intereses, las intenciones, los programas de los grupos políticos mayoritarios” (Zagrebelsky, El Derecho Dúctil, 2013, pág. 51), es decir, es el resultado de la soberanía popular que se realiza a través del parlamento o congreso. En el derecho se siembran los principios y valores que conducen la vida de los individuos en todos los ámbitos. Es a través del derecho que se concede la legitimidad de las leyes.

La noción del derecho está vinculada a los principios, una concepción extrajurídica que le da el fundamento epistemológico para cumplir con su propósito. Así, el *principio* es el “médium a través del cual el mundo de los valores entra en el jurídico y el mundo jurídico se abre a los valores” (Zagrebelsky, La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional., 2014, pág. 191), una forma de vincular el derecho constitucional con la sociedad, quienes establecen los valores que persiguen. En el caso particular de la Constitución Mexicana, el principio que conduce toda la argumentación e interpretación jurídica del texto es el conocido principio *pro homine*, “una norma jurídica que contiene un criterio de eficacia de los derechos humanos -de todos los derechos (incluso colectivos, y no sólo liberales)- que irradian integralmente a ordenamiento jurídico y vincula a los operadores jurídicos a aplicar la norma o elegir la interpretación más protectora” (Silva García & Gómez Sámano, 2015, pág. 701). De tal manera, ¿acaso la cultura no merece ser protegida por el derecho en tanto es parte fundamental de la vida humana, sin la cual, el individuo perdería la oportunidad de desarrollarse plenamente como persona? Si bien, el derecho está organizado por principios, y en el principio de los principios está el

principio *pro homine*, es capital proteger todo lo que el ser humano significa y realiza en su devenir, por lo que la cultura, parte esencial de la vida humana, merece ser salvaguardada por un derecho, en tanto atiende a la humanidad misma.

Proteger la humanidad de las personas se volvió una tarea de gran relevancia en el siglo XX, después de los terribles acontecimientos de la primera y, sobre todo, de la segunda guerra mundial. El derecho tomó una nueva dirección y era necesario que se dedicara exclusivamente a salvaguardar al individuo. Por tal razón, hoy no sólo se habla de derechos, sino de derechos humanos. Una categoría jurídica que dedica todo su esfuerzo por garantizar el bienestar de la persona, en tanto su humanidad le hace digno de ser protegido. Y que más humano que la cultura misma, expresión de su potencialidad racional, creativa y volitiva. Por lo cual, el derecho a la cultura es pertinente en la medida que debe ser garantizado para que cada individuo use y disfrute de la cultura que él mismo eligió en su uso racional y libertario de su ser.

Por otra parte, los derechos son “instrumentos para la realización de intereses individuales” (Zagrebel'sky, *El Derecho Dúctil*, 2013, pág. 85), es decir, garantiza el pleno ejercicio del uso de la voluntad. Así, la cultura, que es parte de la expresión humana, es una manifestación de la voluntad de la persona que decidió formar parte de cierto grupo social, que le caracteriza por su propia idiosincrasia. Es un medio para la realización personal de cada individuo, según su deseo y voluntad, en su libertad. Sin la nueva concepción del derecho, en lugar del viejo paradigma de la ley, la va-

loración de la cultura en el ámbito jurídico no sería posible por su misma complejidad y ambigüedad; en cambio, en esta renovada lectura del derecho, como principio, permite considerar aquellos elementos que a primera vista no son necesarios reconocer ni mucho menos proteger. Sin olvidar que el derecho “es una realidad compleja susceptible de abordarse desde distintas perspectivas porque presenta diferentes dimensiones: formal, lingüística, historiográfica, antropológica, estética, etc.” (García Cívico, 2018) Por lo que no es posible limitar su estudio a un solo saber, pero hay que abordarlo desde diversas ópticas que fortalezcan su corpus.

El derecho a la cultura es fundamental en las sociedades democráticas del presente siglo. Un elemento vital en el desarrollo de cada persona, que atiende la esfera moral, axiológica y política de los individuos, por lo cual, su importancia y valor no son puestas en duda. Sin embargo, como en capítulos anteriores se menciona, hoy sería equivocado hablar de una sola cultura, sino hay multiplicidad de ellas en la medida que el ser humano percibe el mundo de diferentes formas y que llevan a establecer una diversidad de maneras para relacionar con la realidad. El reto del derecho en la actualidad radica en garantizar la posibilidad de que cada uno pueda disfrutar de su propia cultura sin atentar con la unidad social de las comunidades o naciones.

¿QUÉ ES EL MULTICULTURALISMO?

Pensar que la sociedad es un grupo de personas que comparten un mismo origen e historia da por resultado negar la diversidad de grupos sociales que coexisten en un mismo terri-

torio. Las naciones contemporáneas surgen a partir de esa interacción entre grupos distintos que sumaron esfuerzos y voluntades para reconocerse como un pueblo y “constituye un consenso afirmar que los Estados modernos de la región emergen de un proyecto comunitario a partir de la existencia de sociedades prenacionales” (Loza, 2016, pág. 153). Grupos que permanecen presente hasta el día de hoy, pero que a lo largo de su historia se relacionaron con otros de manera voluntaria o por medio de la fuerza.

Ninguna nación está exenta que dentro de sus fronteras convivan diariamente diversos grupos sociales diferenciados por etnia, identidad y cultura. Es un hecho natural en la vida de cualquier Estado la pluralidad y diversidad de personas, pero no siempre fue aceptado, la xenofobia, el racismo o la discriminación por diferentes razones son actitudes que nacen a partir del rechazo entre los individuos por motivos de origen étnico, social o económico, que se materializa a través de sistemas culturales, políticos y sociales que limitan la interacción entre las personas. En nuestros días, existe un esfuerzo considerable por erradicar estas prácticas en distintos ámbitos y construir un puente que permita la comunicación y la convivencia ante las múltiples formas de pensamiento y vida que hoy vemos en el ámbito público. En la que todas las personas sean capaces de desarrollarse sin el menoscabo de su identidad cultural.

El multiculturalismo “significa la existencia de muchas comunidades en una comunidad mayor. También se les llama naciones, pueblos o etnias. Por supuesto que algunas de ellas son minorías” (Beuchot, 2013, pág. 14). Y algunos

Estados reconocen su composición sociocultural diversa, aunque estos grupos no sean tan numerosos en sus integrantes, es capital considerarlas dentro del proyecto nacional para garantizar la igualdad de oportunidades, establecer los mecanismos para asegurar su existencia como grupo social y conservar el patrimonio intangible que es su riqueza cultural y tradición. No obstante, el Estado Constitucional “se enfrenta a la problemática de cómo hacer frente a la diversidad cultural para procurar unos mínimos comunes de convivencia política” (Aguilera Portales, Políticas del multiculturalismo, inmigración y derechos diferenciales en el nuevo contexto global, 2015, pág. 34) para mantener la gobernabilidad y no comprometer el orden público en tiempos en que la diversidad y la pluralidad abundan en todas las esferas de la sociedad.

El multiculturalismo enseña que “ninguna cultura está sola; siempre es dada en coalición con otras culturas y es esto lo que le permite edificar” (Lévi-Strauss, 2013, pág. 333) su estructura y su identidad. No es un encuentro pacífico, es un *choque* entre las cosmovisiones, los sistemas axiológicos y sus instituciones, pero tal conflicto permite un crecimiento y desarrollo al permitir una autoevaluación sobre los principios que rigen nuestra propia vida. Pero para que esto suceda, la tarea consiste en encontrar un puente que vincule a los dos mundos sin que uno absorba al otro, o, en el peor de los escenarios, uno de ellos desaparezca.

Así, las sociedades contemporáneas deben transitar hacia un modelo intercultural, en la cual “los miembros de diferentes grupos culturales se relacionan entre sí y se enriquecen

por medio de sus interacciones, ampliando sus horizontes, al grado que incluso su identidad puede ser influida por creencias, normas, valores y prácticas de otros grupos” (Olivé, 2014, pág. 13). Sin embargo, no hay que omitir el papel del Estado en la generación de condiciones necesarias para que los distintos pueblos puedan convivir e intercambiar experiencias, y, por otra parte, establecer los medios suficientes cuando entre los dos modelos haya ruptura o disensión. Y es en el ámbito jurídico en el que se encuentra un proyecto de integración, valores y paz entre las personas. Finalmente, a partir de estos escenarios que se presencian hoy en día, debe replantearse el concepto de ciudadano, no solamente en la antigua acepción política de nacionalidad, sino debe conducirse hacia un nuevo horizonte plural y abierto que permita construir un nuevo espacio público. Si bien el multiculturalismo “está un paso más allá de las culturas, él mismo no es una cultura sino una especie de teoría, de descripción de nuestra realidad o un modelo para generar políticas culturales” (Alcalá Campos, 2015, pág. 66). Y generar ambientes de relaciones sociales armoniosas entre las personas a partir de un derecho que comprenda la pluralidad social que tenemos hoy en día.

EL DERECHO A LA CULTURA EN EL ARTÍCULO 2 DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

El reconocimiento de la composición social es condición indispensable en la actualidad para mantener la vigencia de la Constitución, ella no puede estar alejada de la realidad y solamente disertar desde el idealismo jurídico y político. Al contrario, es su deber escu-

char y analizar el devenir de los movimientos sociales para cumplir con su propósito y repensar su quehacer desde esta perspectiva. Durante los años noventa, se levantó en armas el Ejército Zapatista de Liberación Nacional exigiendo reconocimiento, respeto y dignidad para las comunidades indígenas en nuestro país. Víctimas de violencia y discriminación durante el período de la conquista y en el México independiente, se organizaron y alzaron la voz para mejorar sus condiciones de vida, pero fueron más allá de un cambio en la cultura, esto requería una transformación a nivel constitucional que se consumó en el año 2001. En consecuencia, el artículo 2 se modificó y se incluyó las siguientes palabras: “que la Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2022). Lejos de pensar este movimiento *zapatista* en un tono separatista lo que simbolizaba era la unión y la integración en la diversidad y pluralidad de ideas, de idiosincrasias y culturas de los pueblos indígenas, o como algunos llaman, *pueblos originarios*. Dándose el cambio “principalmente en tres temas torales: i) derecho a la identidad, ii) derecho a la libre determinación; iii) derecho a la autonomía” (Gutiérrez Hernández, 2019), dejando de lado el tema del derecho a la cultura.

En nuestros días, “en México existen 23.2 millones de personas de tres años y más que se autoidentifican como indígenas, lo que equivale a 19.4 % de la población total de ese rango de edad.” (Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, 2022) Y cada uno de ellos requiere seguridad jurídica, protección de su patrimonio cultural

y garantía a sus formas de vida. El reconocimiento constitucional es un acuerdo de convivencia social, basada en la libertad y la tolerancia. Sin embargo, dentro de este universo de personas, cada una forma parte de diferentes grupos diferenciado por su lengua, costumbres e idiosincrasias. Por lo que es indispensable la “apertura a un diálogo intercultural” (González Kazén, 2020).

Pero, siguiendo con la línea presentada a lo largo de este artículo, ¿cuál es el significado de cultura para el artículo 2 de la Constitución mexicana? De manera sucinta, el artículo 2, en el inciso A, fracción IV, menciona que tienen derecho a “preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad.” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2022) Sin embargo, este breve apartado no dimensiona el valor y la importancia de la cultura en la vida de los pueblos indígenas. Limitando el papel de la cultura sólo a sus propios idiomas y dejando de manera abierta e imprecisa el significado de cultura. Aunque se mencione repetidamente durante todo este artículo 2 el concepto cultura, es necesario delimitarlo para no generar una confusión con el otro significado que se le da a este concepto como manifestación artística como se menciona en el artículo 4 de la misma Constitución.

Por otra parte, contrastando el artículo 2 de la Constitución con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en su artículo 11 dice lo siguiente: “Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger

y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas.” (Naciones Unidas, 2022) Un reconocimiento cabal a la importancia de la cultura en la vida de los pueblos indígenas, que hace falta en el texto constitucional mexicano, que no se limite a mencionar el concepto, sino lo que lo constituye la cultura como tal. Para proteger de forma segura y precisa cada una de esas manifestaciones.

Por estas observaciones, considero que es necesario actualizar el texto constitucional con respecto a este concepto y ampliar el significado del término cultura en su relación con los pueblos indígenas sustentado en la noción de al ser pueblos únicos y originales, cuentan con un patrimonio intangible que debe ser salvaguardado. A través de una consulta indígena donde “se considera la opinión, el asesoramiento o la asistencia de los pueblos indígenas o tribales que permitan generar un diálogo” (Olivos Fuentes & Gómez Romo de Vivar, 2020) Por lo que es necesario actualizar este artículo tomando en cuenta a los pueblos originarios. Sin olvidar, que los derechos de los pueblos indígenas, derechos colectivos “son contribuciones obtenidas desde las luchas, resistencias y movimientos sociales” (Guerrero Guerrero, 2018).

CONCLUSIONES

La constitución protege todos los elementos que conciernen a la vida social de los individuos. Tangibles e intangibles. La cultura es parte esencial de la humanidad, un elemento capital en el desarrollo de las personas y las

comunidades, por lo que es menester garantizar su protección como parte constitutiva de la vida humana. La constitución no puede ignorar la cultura como un sistema extrajurídico que provee de moral, axiomas y finalidad a los individuos. Dejando claro que el estudio constitucional requiere de una visión multidisciplinaria que le permita comprender su naturaleza y propósito como una disciplina de las ciencias sociales, comprendiendo que su función primordial es proteger a las personas.

El desarrollo de la sociedad es complejo en tanto crea estructuras ambiguas para darle seguridad, tal como lo es la cultura. Ambigua en el sentido que es indefinido e incommensurable. No tiene un origen determinado. Pero su relación con el desarrollo personal es indubitable. La cultura provee a las personas de un sistema que regula su vida y controla sus relaciones sociales, yendo más allá del ordenamiento jurídico que se puede apreciar en la Constitución. Considerando que ninguna de las dos debe omitir a la otra.

La naturaleza contingente de los individuos lo conducen a desarrollar estructuras que lo sostienen en su devenir en todos los ámbitos, desde el personal hasta el social. La cultura tiene como propósito desarrollar cada una de las potencialidades de la persona, como miembro de una comunidad. Pero no hay una cultura universal, muchas formas culturales de pensamiento, expresión y de actuación, cada una con sus propias características y matices, pero todos productos de la fuerza creadora y creativa del individuo y la sociedad, pero es algo inherente a nosotros mismos, algo que nos acompaña cada día, en cada decisión y acción que tomamos como personas.

Las sociedades del presente se componen por una diversidad de comunidades y culturas quienes comparten el espacio público diariamente. El Estado y la sociedad civil tienen por reto coordinar las relaciones entre individuos que piensan y actúan distinto, por lo que es menester ofrecer a las instituciones de recursos suficientes para articular las relaciones entre ambos, de ahí la importancia de actualizar el derecho y analizarlo a la luz del multiculturalismo, entendiendo, en primer lugar, el papel de la cultura en el marco constitucional mexicano. Entendiendo que la Constitución no es un marco que homogeniza a las personas, sino que es un medio para el desarrollo personal y colectivo de los individuos.

Por último, el artículo 2 de la Constitución mexicana requiere una actualización para ampliar el contenido y el valor de la cultura en el desarrollo de la sociedad mexicana y de sus pueblos originarios. Comprendiendo que la Carta Magna integra a la sociedad y es a través de ella que se puede conciliar dos cosmovisiones que surgen a partir de la tradición como son los pueblos indígenas y la sociedad civil contemporánea, identificada con la globalización, el liberalismo y la realidad virtual. Pero que ambos pueden desarrollarse en el mismo espacio público, sin que esto signifique menoscabar su identidad y tradición.

El devenir del derecho es incierto ante los cambios socioculturales que el mundo atestigüa, sin embargo, su finalidad continuará independientemente de las modificaciones que surjan a partir de la política, la economía, cultura, etc. Es decir, organizar a la sociedad, y será cada época la que determine los matices con la que se conducirá este mismo.

TRABAJOS CITADOS

- Aguilera Portales, R. (2006). Multiculturalismo, derechos humanos y ciudadanía cosmopolita. *Letras Jurídicas*, 1-29.
- Aguilera Portales, R. (2011). *Teoría política del Estado Constitucional*. México: Porrúa.
- Aguilera Portales, R. (2015). Políticas del multiculturalismo, inmigración y derechos diferenciales en el nuevo contexto global. En R. Aguilera Portales, *Políticas del multiculturalismo* (págs. 31-72). México: Res Pública.
- Alcalá Campos, R. (2015). *Pluralismo y diversidad cultural*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Arendt, H. (2014). *La condición humana*. España: Paidós.
- Beuchot, M. (2013). *Interculturalidad y derechos humanos*. México: Siglo Veintiuno.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (4 de septiembre de 2022). *Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Obtenido de <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/cpeum/documento/2020-06/CPEUM-002.pdf>
- Dorantes Díaz, F. J. (2013). Derecho a la cultura en México. Su constitucionalización, sus características, alcances y limitaciones. *Alegatos*, 845-862.
- Fernandez-Soria, J. M. (2020). Identidad cultural y educación. *Contextos Educativos*, 23-39.
- García Cívico, J. (2018). Derecho y cultura: una dimensión cultural del derecho. *Anuario Facultad de Derecho Universidad Alcalá*, 3-43.
- García Pelayo, M. (1984). *Derecho Constitucional Comparado*. España: Alianza.
- González Kazén, T. (2020). El sistema jurídico de los pueblos indígenas: una forma de hacer justicia. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 619-650.
- Grossi, P. (2003). *Mitología jurídica de la modernidad*. España: Trotta.
- Guerrero Guerrero, A. L. (2018). Reflexiones ético-políticas sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas. *Revista nuestraAmérica*, 227-238.
- Gutiérrez Hernández, A. (2019). Los derechos humanos de los pueblos indígenas en México. *Prolegómenos*, 137-156.
- Habermas, J. (2011). *Escritos filosóficos 1. Fundamentos de la sociología según la teoría del lenguaje*. España: Paidós.
- Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática. (4 de Septiembre de 2022). *INEGI*. Obtenido de https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2022/EAP_PueblosInd22.pdf
- Jaeger, W. (2012). *Paideia: los ideales de la cultura griega*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Lasalle, F. (2013). *¿Qué es una constitución?* México: Gernika.
- Lechner, N. (2014). *Democracia y utopía: la tensión permanente*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Lévi-Strauss, C. (2013). *Antropología estructural*. México: Siglo XXI.
- Loza, J. (2016). Stavenhagen y la nación. Etnicidad, comunidad y proyecto político. En E. VERNIK, *La idea de Nación* (págs. 153-174). Argentina: Biblos.
- Naciones Unidas. (4 de septiembre de 2022). *DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS*. Obtenido de https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf
- Nicol, E. (2013). *La idea del hombre*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Olivé, L. (2014). *Multiculturalismo y Derechos Humanos*. México: Fontamara.
- Olivos Fuentes, M., & Gómez Romo de Vivar, G. R. (2020). La construcción jurisdiccional de los procesos de consulta de las comunidades indígenas y su aproximación al derecho a la información en México. *Revista Derecho del Estado*, 155-185.
- Rawls, J. (2015). *Liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rowan, J. (2016). *Cultura libre de Estado*. Madrid: Traficantes de sueños.
- Silva García, F., & Gómez Sámano, J. S. (2015). Principio pro homine vs. restricciones constitucionales: ¿es posible constitucionalizar el autoritarismo? En M. Carbonell Sánchez, H. F. Fix-Fierro, & D. Valadés, *Estado constitucional*,

derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional, tomo IV, volumen 2 (págs. 697-731). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

Simmel, G. (2 de octubre de 2017). *Dialnet*. Obtenido de file:///C:/Users/Guillermo/Desktop/Tesis/Art%C3%ADculos/Cultura%20y%20derecho/Dialnet-EIConflictoDeLaCulturaModerna-250170.pdf

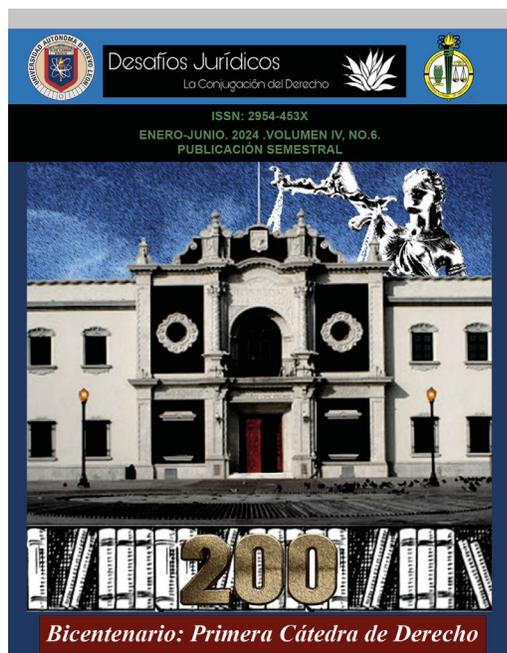
Sobrevilla, D. (2006). El retorno de la antropología filosófica. *Diánoia*, 95-124.

Villoro, L. (2013). *Los retos de la sociedad por venir*. México : Fondo de Cultura Económica .

Zagrebel'sky, G. (2013). *El Derecho Dúctil*. España: Trotta.

Zagrebel'sky, G. (2014). *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*. España: Trotta.





Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Nicanor Helvio Molina Tomasto (Fiscalía General de Perú, Perú)

La prescripción de la acción penal en los tiempos del COVID-19.
pp. 80-105. Fecha de publicación en línea: 31 de enero de 2024.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafiosjuridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos Vol. 4, Núm. 6, Enero-Junio 2024, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina, Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Uni-

versitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. MED. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCÍA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: DR. MARIO ALBERTO GARZA CASTILLO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

COORDINADORA EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ASISTENTE EDITORIAL: Rostam Badii Guillén

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: Mtra. María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Rosa María Elizondo Martínez

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vázquez Azamar “Ius Celebrans” © 2024

La prescripción de la acción penal en los tiempos del COVID-19

The prescription of criminal action in times of COVID-19

Fecha de publicación en línea: 31 de enero de 2024

Por: Nicanor Helvio Molina Tomasto*

* Fiscalía General de Perú, Perú

Resumen. El trabajo realizado, obedeció a tratar de encontrar una salida ante la disparidad de criterios por parte de los Tribunales de Justicia, en torno a la prescripción de la acción penal; con la inesperada pandemia, se erigió una serie de barreras para enfrentar a la COVID-19, en el ámbito jurídico tuvieron consecuencias de paralización de la actividad judicial, que a través de Resoluciones Administrativas se dispuso que también se había paralizado la prescripción de la acción penal, por lo que los Tribunales sumaban los meses de paralización dispuestos en las resoluciones administrativas, y no se respetó lo estipulado en el Código Penal, en lo referente a la prescripción extraordinaria de la acción penal, que señala un límite al añadir la palabra “ante cualquier caso”, la acción penal prescribe sumando el máximo de la pena, más una mitad. Lo cual, deja sin sustento todo afán de extender los plazos de prescripción, a través de una resolución administrativa. Que, para regocijo de los intérpretes de la ley penal, al culminar el presente trabajo, el Tribunal Constitucional, en diciembre expidió una resolución con criterios y resultados buscado por la presente investigación. Lo que ha motivado que se añada la resolución del Tribunal Constitucional y otros apuntes doctrinarios sobre el particular. Post pandemia, se tiene el proyecto de ley que modifica la suspensión de la prescripción penal en el código sustantivo y adjetivo, que trae una suerte de disparidad de criterios doctrinario y legislativo.

* Fiscal Supremo Adjunto ante la Sala de Guerra FPMP. Fiscal Supremo Adjunto ante la Vocalía del FPMP. Abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Egresado de la Maestría en Derecho Penal Universidad San Martín de Porres. Segunda Especialidad en Argumentación Jurídica por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Procurador Adscrito en Tráfico Ilícito de Drogas. Procurador Adscrito de la Policía Nacional del Perú. Asesor Legal de la Dirección General de la PNP. Jefe de la Asesoría Jurídica de la Región Policial Lima. Jefe de la Asesoría Jurídica de la Dirrehum PNP. Asesor Legal de la Dirección de Pensiones de la PNP

Palabras clave: prescripción, pandemia, suspensión, interrupción, plazos.

Abstract. The work has been done in order to try to find a way out of the disparity in the criteria of the Courts of Justice regarding the statute of limitations for criminal prosecution. With the unexpected arrival of the pandemic, there were a series of barriers erected to deal with COVID-19, which in the legal sphere had the consequence of paralysing judicial activity, even though Administrative Resolutions, which had decided that the statute of limitations for criminal action had also become paralysed. The Courts, therefore, added up the months of paralysis stipulated in the administrative resolutions and did not respect the stipulations of the Criminal Code, concerning the extraordinary prescription of criminal action, which indicates a limit by adding the phrase “in any case”, the transgression of laws prescribes the maximum penalty plus one half. Therefore, any attempt to extend the statute of limitations by employing an administrative resolution is unfounded. To the delight of the interpreters of criminal law, at the end of the present work, the Constitutional Court issued a ruling with the criteria and results sought by the current investigation in December. As a result, it has led to the addition of the Constitutional Court’s resolution and other doctrinal notes on the subject. Post pandemic, there is a bill that modifies the suspension of the criminal prescription in the substantive and adjective code, which brings a kind of disparity in doctrinal and legislative criteria.

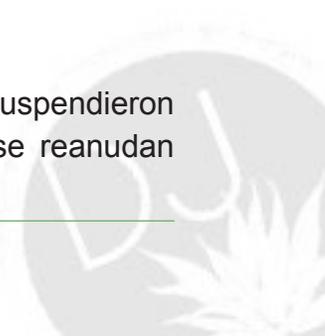
Keywords: prescription, pandemic, suspension, interruption, deadlines.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo surge como una respuesta a las interpretaciones que consideramos erróneas, en cuanto a la extensión de la prescripción de la acción penal, alegando que se han suspendido los plazos procesales debido a la pandemia, y por ende también los plazos de prescripción. Creemos, que los plazos procesales, en cuanto a su extensión están bien delimitados, plazos procesales que son distintos a los plazos de prescripción, suspensión que nos hemos visto obligados a respetar, por la emergencia sanitaria decretada por el gobierno.

Debido a la inamovilidad en que estuvimos sumidos, se dictaron resoluciones administrativas emitidas por el Poder Judicial que suspendieron la actividad jurídica, y por ende los plazos procesales debido a la pandemia causada por la COVID-19, también el Ministerio Público hizo lo mismo, para salvaguardar la salud de sus trabajadores y los justiciables. Entendemos, que solamente se suspendieron los plazos procesales, porque no había atención en las entidades públicas, y menos atención para los justiciables, por los eventos ya conocidos.

Cuando decimos que sólo se suspendieron los plazos procesales, y estos se reanudan



automáticamente sin que sea necesario solicitarlo expresamente, como así lo precisa la Sala Permanente de la Corte Suprema en la Casación N° 748-2021 del 10JUL2022. Son los plazos procesales normales que tienen que ver con el desarrollo del proceso mismo, más no con la interrupción de la prescripción penal.

Donde no encontramos una respuesta clara, es cuando se interpreta que esta paralización, también afectó a la institución jurídica de la prescripción – no se ha modificado el Código Penal, para prorrogar la prescripción por pandemia- sin embargo, las resoluciones administrativas del poder judicial que suspenden los plazos procesales, solamente es para lo que está enmarcado, suspender los plazos procesales por la COVID-19, más no está referida a la suspensión de los plazos de prescripción, porque una norma de menor jerarquía y máxima de carácter administrativo no puede modificar el artículo 84 referido a la prescripción, y la prescripción extraordinaria comprende estos vacíos, que la jurisprudencia no tiene un contenido uniforme y considera que los plazos de prescripción, también se han extendido a expensas de las resoluciones administrativas que han prorrogado los plazos procesales.

En el presente trabajo, en la sección 1 tratamos sobre la pandemia de la COVID-19 y su incidencia en el proceso penal, y que ella no es reparadora de los desaciertos de los operadores jurídicos, para poder prolongarla con este nuevo evento de la pandemia. La sección 2 se hace un estudio de la prescripción como ordenamiento jurídico interno y externo con la legislación comparada; entendiendo como se contempla la interrupción y su diferencia con

la suspensión de la prescripción de la acción penal. La sección 3, en esta sección se incide en contemplar que al existir la suspensión de la prescripción penal, ella tiene su límite en la prescripción extraordinaria, es una definición de carácter numérico, donde la norma penal precisa cuando se excede en un plazo superior la mitad de la pena mayor señalada para el delito, si o sí se configura la prescripción de la acción penal, no pudiendo ser rebasada por normas de inferior jerarquía que el Código Penal pretextando la paralización de las labores judiciales por causas del COVID, el decurso del tiempo es fatal en sus plazos y ella no puede ser prorrogado in extenso fuera de los límites que señala el Código Penal en la prescripción extraordinaria de la acción penal.

SECCIÓN 1

1. La COVID-19 y su incidencia en el Derecho Procesal Penal

La COVID-19 como fenómeno mundial ha afectado todos los aspectos de la vida del ciudadano y los Estados, hay hechos que no han podido ser controlados y han desbordado en tragedias que han costado muchas vidas. Por ello Landa, manifiesta: “Nos encontramos ante una pandemia mundial del coronavirus que, en cuatro meses, ha contagiado a casi 5 millones de persona y matado a más de 300 mil personas en 188 países; ello debido a la falta de una vacuna. El impacto de este virus es incontrolable no solo en el ámbito de la salud personal y familiar, y del sistema público de salud nacional y regional, sino también en la respuesta de los estados, mediante la declaración de la emergencia sanitaria y en algunos países el establecimiento de los estados

de excepción, replanteando tanto la división y equilibrio de poderes, como los poderes legislativos y judicial reduciendo el ejercicio de su competencia”¹.

La conducta de los hombres está regulada por las normas jurídicas, el legislador como un visionario puede prever algunos aspectos que enmarcan determinados actos y acontecimientos, y a veces no hay respuesta ante un acontecimiento inusitado como es el inicio de una pandemia como la Covid-19. Antaño han existido pandemias², como la peste negra, la gripe española y varias que fueron superadas³. Hoy con el Coronavirus, todo se trans-

formó de forma repentina, “el derecho, ¿todo lo abarca?... ¿pueden las reglas de derecho adelantarse y regular incluso las situaciones extraordinarias de emergencia?”⁴ (Riberi, 2021, pág. 48).

El evento del Coronavirus ha atacado todo, a las personas y al Estado mismo, “La pandemia de coronavirus es un evento trascendental, que nos obliga a repensar la política y la economía, la democracia...para reflexionar sobre nuestro pasado y nuestro futuro”⁵.

Así como nos protegemos para cuidar la salud de los individuos, también es necesario que en los tiempos del Covid se imparta justicia, porque es un clamor que siempre ha estado vigente en cada momento del actuar cotidiano. “El acceso a la justicia, generalmente, se aborda en relación el derecho a la tutela jurisdiccional...como fin del Estado Constitucional que adopta la fórmula política de Estado Social y Democrático”⁶ (Alvites, 2021, p. 209).

1 César Landa, “Constitucionalismo de emergencia frente al coronavirus en el Perú”, en *Constitución y emergencia sanitaria*. Coord. César Landa (Lima: Palestra, 2021, Vol. I), 17-18

2 “Pandemias hubo muchas en la historia, comenzando por la peste negra en la Edad Media y pasando por las enfermedades que vinieron de Europa y arrasaron con la población autóctona en América en tiempos de conquista. Se estima que entre la gripe, el sarampión y el tifus murieron entre 30 y 90 millones de personas. Mas recientemente, todos evocan la gripe española (1918-1919), la gripe asiática (1957), la gripe de Hong Kong (1968), el VIH/SIDA (desde la década de 1980), la gripe porcina AH1N1 (2009), el SARS (2002), el ébola (2014), el MERS (coronavirus, 2015) y ahora el Covid-19”. Maristella, SVAMPA. *Reflexiones para un mundo post-coronavirus*. En Nueva Sociedad, 2020, en <https://www.nuso.org/articulo/reflexiones-para-un-mundo-post-coronavirus/>

3 El legislador penal no tuvo en mente regular la interrupción de la prescripción en casos de pandemia, que cada siglo resurge de la nada. El personaje Melquiades de cien años de soledad, es uno de los que había pasado estas odiseas, a él “la muerte lo seguía a todas partes, husmeándole los pantalones, pero sin decidirse a darle el zarpazo final. Era un fugitivo de cuantas plagas y catástrofes habían flagelado al género

humano. Sobrevivió a la pelagra en Persia, al escorbuto en el archipiélago de Malasia, a la lepra en Alejandría, al beriberi en el Japón, a la peste bulbónica en Madagascar, al terremoto de Sicilia y a un naufragio multitudinario...”. Gabriel García. *Cien años de soledad*. (Argentina: Penguin, Random House, Grupo editorial, 2022), 14.

4 Pablo Riberi, “*Dos estaciones en un viaje desconocido, emergencia y desequilibrio de poderes*”, en *Constitución y Emergencia Sanitaria*. coord. César Landa (Lima: Palestra, Vol. III, 2021) 48.

5 Luigi Ferrajoli, “*Las lecciones que se pueden aprender de la pandemia: la perspectiva de un constitucionalismo más allá del Estado*”, en *Derecho, derechos y pandemia*. ed. Susanna Pozzolo, José Moreso y Pedro Grández (Lima: Palestra, 2021), 19.

6 Elena Alvites, “*Acceso a la justicia y objetivos de desarrollo*

No se ha previsto en el ordenamiento penal los casos de la prescripción de la acción penal en tiempos excepcionales, la norma es única, lo veremos más adelante, pero tenemos la institución de la prescripción de la acción penal propiamente dicha, y la prescripción de la acción penal extraordinaria, en la primera se fija para el delito una pena mínima y una pena máxima, vencido el tiempo señalado para la pena máxima, prescribe la acción penal. En el caso de la prescripción de la acción penal extraordinaria, cuando ha sobrepasado en una mitad el tiempo mayor de la pena, sí o sí se da la prescripción, se supera todo lo que haya sucedido en el interín del proceso penal, suspensiones como cuestiones previas o prejudiciales.

Sin embargo, se han dado casos que no están contemplados en la norma punitiva, como la suspensión de la prescripción por casos de huelga judicial, donde existe jurisprudencia que recorta la prescripción, y alargando la prescripción durante el tiempo que ha durado la huelga judicial, en ese sentido también ha aparecido Resoluciones Administrativas del Poder Judicial que suspende la prescripción de la acción penal por la COVID-19, puesto que hubo inamovilidad de la población.

Si la norma punitiva, no contempla estos casos, mal se hace, que una norma administrativa avasalle de forma impetuosa una norma de mayor jerarquía, al querer extender los plazos de prescripción de la acción penal. En un Estado Constitucional de Derecho, se deben

respetar los derechos fundamentales, y el acceso a la justicia es un derecho contenido en nuestra carta constitucional. A decir de Bobbio, la norma debe ser sometida a tres valoraciones, las mismas que son independientes entre sí: “1) si es justa o injusta; 2) si es válida o inválida, y 3) si es eficaz o ineficaz. Se trata de tres diferentes problemas: de la justicia, de la validez y de la eficacia de una norma jurídica”⁷. Tenemos que la norma administrativa, al prorrogar los plazos de prescripción de la acción penal, no es justa porque extiende por un plazo adicional la prescripción de la acción penal, la cual no está contemplada en una norma superior. Lo que obliga a que el juez no obedezca una norma de menor jerarquía para decidir, lo cual se encuentra respaldada por los cánones de interpretación jurídica, su actuación estaría “justificada cuando se presenta expresamente respaldada por argumentos interpretativos admisibles. Por el contrario, la que se base en argumentos inadmisibles se tendrá por no justificada, lo que es tanto como decir arbitraria”⁸.

2. El debido proceso

Nuestra carta constitucional en su artículo 139° numeral tres, consagra La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, donde refiere que ninguna persona puede estar sometido a procedimiento distinto de los previamente establecidos. Por lo cual entendemos, que si en el Código Penal no considera la suspensión de la prescripción por

sostenible, los retos impuestos por la pandemia para el derecho a la salud”, en Constitución y emergencia sanitaria. Coor. César Landa (Lima:Palestra, 2021, Vol. III),209.

7 Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, (Lima: Ara Editores, ediciones Olejnik, Temis, 5ta. Ed, 2017), 19.

8 Juan García, *Razonamiento Jurídico y Argumentación*, nociones introductorias (Lima: Zela, 2da. ed., 2019),155.

huelga del poder judicial y en el reciente caso por la pandemia de la Covid-19, no se pueden dar normas de carácter inferiores que amplíen los plazos de prescripción de la acción penal. Los plazos están para ser respetados, y aplicarlos, gusten o no, porque son las reglas del juego democrático las que se deben cumplir, siempre respetando la norma de mayor jerarquía. Pues Kelsen manifestaba que la norma inferior tiene validez cuando respeta la norma de mayor jerarquía, y apreciamos que en los casos de la Covid-19, se está arremetiendo contra el debido proceso, al tratar de prorrogar los plazos de prescripción de la acción penal.

Señalamos en este rubro el debido proceso debe prevalecer siempre, el cumplimiento de los plazos señalados en el código sustantivo, no darían lugar a invocar la prescripción de la acción penal, porque todo ha seguido su cauce normal. Si por las circunstancias calamitosas de la COVID-19 se ha paralizado la humanidad en todas sus facetas, incluyendo la actividad judicial, no por ello se expediría una norma administrativa para alargar la agonia de un caso que llegó al límite de la prescripción extraordinaria, al no haberse expedido sentencia condenatoria en su oportunidad.

3. El plazo razonable

Cuando el imputado y su defensa asumen la imputación de un delito, ellos tienen su estrategia, y saben cuándo va a iniciar, y en el caso más extremo cuando va a culminar, porque cada delito tiene una pena mínima y una pena máxima, por ello el Abogado defensor tiene un tope de actuación, considerando la prescripción de la acción penal en su variante más

extensa, como es la prescripción extraordinaria. Cambian, la figura cuando se saca un as bajo la manga de la justicia, y ella produce la prórroga por figuras de suspensión de la prescripción por huelga del poder judicial, y ahora por la Covid-19, extendiendo los plazos de prescripción por normas de inferior jerarquía. Así el “Plazo razonable es la expresión más significativa que utiliza la dogmática de los derechos fundamentales para regular la prerrogativa del imputado a que su proceso termine tan pronto como sea posible (...) el imputado goza de un derecho constitucional subjetivo según el cual su proceso debe finalizar definitivamente dentro de un plazo que asegure un enjuiciamiento expeditivo⁹.”

Las autoridades tienen el deber de actuar conforme los plazos estipulados en el ordenamiento jurídico penal, su inactividad prolongada no puede perjudicar al procesado. “Se debe determinar si hubo lapsos prolongados de ausencia de actividad; de tal manera que siendo el de investigar un deber de oficio que debe ser conducido por las autoridades estatales, la inactividad durante los pasos mencionados responde a la conducta de aquellas(...) Hay afectación al plazo razonable cuando una demora en el desarrollo del proceso es consecuencia principalmente de la falta de acción de las autoridades, tras largos periodos de inactividad en las investigaciones.”¹⁰

⁹ Daniel Pastor, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones. (Buenos Aires: Konrad-Adenauer Stiftung & Ad. Hoc, 2002), 47-48.

¹⁰ José Castillo, *Las garantías mínimas del debido proceso* (Lima: Iustitia, 2020), 541-542.

SECCIÓN 3

1. La Prescripción de la Acción Penal en sus ámbitos normativos

1.1. En la Constitución

En la Constitución contempla la institución de la prescripción a través del artículo 41°, donde se duplica la pena en casos que los delitos afecten el patrimonio del Estado y los agentes del delito sean servidores o funcionarios públicos, no hay más que agregar, el Estado se defiende ante personas a quienes se le otorgó la confianza, y sin embargo, ellos quebrantan la confianza depositada y la expectativa de la sociedad en sus buenos funcionarios.

El otro apartado de la Constitución que considera la prescripción está consagrada en el Artículo 139° inciso 3ro. que se tiene a esta institución jurídica que tiene los efectos de la cosa juzgada, es decir, persona que se ve favorecida por la prescripción de la acción penal, no puede ser sometido a nuevo proceso, por más que se encuentren nuevas pruebas que puedan desestabilizar la presunción de inocencia, pasado el tiempo y a merito de la prescripción de la acción penal, no cabe el resurgimiento de una nueva acción penal contra el favorecido por la prescripción de la acción penal, porque dicho sobreseimiento tiene los efectos de la cosa juzgada.

1.2 En el Código Penal

El Código penal señala en el artículo 78° que la acción penal se extingue por prescripción, en el artículo 80° señala que la prescripción en un tiempo igual al máximo de la pena fijada

por la ley; en caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben de forma separada; en el concurso ideal prescribe al plazo igual al máximo del delito más grave. Y se duplica los plazos de prescripción cuando los funcionarios públicos o servidores públicos atentan contra el patrimonio del Estado, también cuando a los integrantes de una organización criminal.

El artículo 83° dispone que la prescripción de la acción penal se interrumpe por actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales. Después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo, también se interrumpe por la comisión de un nuevo delito doloso. Sin embargo, la acción penal prescribe, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

El artículo 84° contempla la suspensión de la prescripción, cuando el proceso penal depende de cualquier otra cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, hasta que quede concluido.

Los plazos de prescripción se reducen a la mitad cuando el agente tenía menos de 21 años o más de 65 años al tiempo de la comisión del delito.

En la figura de la prescripción penal, culmina el proceso antes de que se expida una sentencia, pues el transcurso del tiempo fijado en el ordenamiento punitivo pone fin al ius puniendi del Estado. Los plazos de prescripción son ordinarios cuando se cumple con los plazos señalados como máximo de la pena fijada para el delito.

1.3 En el Código Procesal Penal

El Código adjetivo contempla como un mecanismo de defensa la Excepción de Prescripción de la acción penal en su literal e) que procede cuando haya vencido el plazo señalado en el Código Penal para la extinción de la acción penal o el derecho de la ejecución de la pena.

El Código Procesal Penal establece en su artículo 339°, que la formalización de la acción penal, suspende el curso de la prescripción de la acción penal.

Luego en el artículo 450, numeral 9 el CPP no interrumpe ni suspende la prescripción de la acción penal para el caso de las altas autoridades contempladas en el artículo 99° de la Constitución.

2. La Prescripción de la acción penal, modalidades.

2.1 Interrupción

El artículo 83° del Código Penal introduce la figura jurídica de la interrupción, cuando señala que el proceso de la prescripción se interrumpe por las diligencias del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, por lo que el tiempo de prescripción que se haya iniciado queda sin efecto; añade que después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la actuación del Ministerio Público o de la autoridad judicial. También se produce la interrupción de la prescripción por la comisión de un nuevo delito; no puede ser cualquier tipo de delito, es decir un delito culposo no interrumpe la prescripción, sólo puede interrumpir la

prescripción la comisión de un delito doloso. Respecto a la interrupción de la prescripción penal, el maestro Roy señala “el sentido técnico-jurídico de la interrupción consiste en el fraccionamiento que sufre el plazo de prescripción de la acción penal, teniendo como consecuencia principal la de prolongarle el tiempo para la producción de su efecto extintivo, al disponer la ley que comenzará a correr un nuevo plazo (“quedando sin efecto el tiempo transcurrido”), siendo su consecuencia colateral la cancelación o caducidad del tiempo que ya hubiese discurrido hasta el momento de iniciarse la interrupción, salvo cuando ese lapso sea referido para hacer el cómputo de la prescripción extraordinaria”¹¹.

2.2 Suspensión

El artículo 84° del Código Penal regula la figura jurídica de la suspensión, que se da cuando el proceso penal depende de cualquier aspecto que deba resolverse en otro procedimiento, por lo que queda en suspenso la prescripción hasta que el asunto a ventilarse en otra área quede concluido. Así Bramont-Arias Torres refiere que “La prescripción de un delito se puede suspender, es decir durante un determinado tiempo el plazo de prescripción queda detenido, pero una vez que cesa la suspensión se reinicia tomándose en cuenta el plazo anterior a la suspensión”¹². Nos dice Villa, que se “trata de un recurso civilista por el que excepcionalmente se suspende el cómputo del plazo, hasta tanto se resuelva el asunto –no

¹¹ Luis Roy, *Causas de extinción de la acción penal y de la pena* (Lima: Gaceta Jurídica, 3ra. ed. 2018), 66.

¹² Luís Bramont- Arias, *Manual de Dearecho Penal, Parte General* (Lima: Eddili, 4ta. ed., 2008), 479.

penal- que lo motivó”¹³ considerando como causas de suspensión a la cuestión previa y la cuestión prejudicial. Hurtado & Prado refieren: “Es el caso, por ejemplo, de las cuestiones prejudiciales. La jurisprudencia ha incorporado otros supuestos como el antejuicio o el procedimiento de extradición”¹⁴, el Código Penal sólo refiere que para darse la suspensión de la prescripción tiene que estar a la espera que otro proceso penal resuelva el litigio, y luego operaría recién la vía penal.

Por la vía jurisprudencial, se han creado situaciones que van más allá de la ley, los jueces están creando derecho y confundiendo con sus pronunciamientos que van más allá de lo estipulado en el código sustantivo, así García manifiesta: “Las causas de suspensión de la prescripción se han ampliado, sin embargo, a supuestos que no están referidos a una cuestión a dilucidar en un procedimiento extrapenal, sino que se sustentan en otras razones. Lo común es que no suspenden el plazo ordinario de prescripción, sino al extraordinario, pues se trata de causas que se presentan durante el proceso penal”¹⁵. (p. 948)

Tenemos que se está ampliando el abanico de causales de suspensión, “la Corte Suprema ha ampliado las causales de suspensión de la prescripción de la acción penal a la circunstancia imprevisible como la huelga judicial. Así lo ha señalado en el Recurso de Nulidad

N° 2622-2015-Lima de fecha treinta y uno de marzo de dos mil dieciséis precisó que: “Igualmente, es de rigor reconocer, desde otra perspectiva, la suspensión del plazo de prescripción cuando por causa imprevisibles ocurre la suspensión del despacho judicial, como es el caso de una huelga judicial...”¹⁶.

Esta terminología de la suspensión contemplada en el Art. 339° inciso 1 del Código Procesal Penal ha provocado opiniones dispares en el ámbito jurisdiccional, como en el doctrinario. Pues dicho dispositivo prescribe: “La formalización de la investigación preparatoria suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal”.

Refiere el Profesor Percy García: “Un sector de la doctrina y remarcada en las jurisprudencia penales entienden que, en realidad, se trata de una causa de interrupción de la prescripción. Sin embargo, el Acuerdo Plenario N° 01-2010 se encargó de desvirtuar esta línea de interpretación, al precisar que el tenor de la normativa procesal es claro en cuanto a señalar que se trata de una causa de suspensión de la prescripción. La formalización de la investigación preparatoria suspende la prescripción desde la formalización hasta la sentencia o resolución que ponga fin al proceso, o la solicitud de sobreseimiento del fiscal sea aceptada...En el fondo, lo que esta interpretación provocaba era la eliminación de la prescripción extraordinaria. Esta situación motivó que la misma Corte Suprema rectifique el defecto acotado con el Acuerdo Plenario N° 3-2012, señalando en el punto 11 que el tiem-

¹³ Javier Villa, *Derecho Penal, parte general* (Lima: Ara editores, 2014), 619.

¹⁴ José Hurtado y Victor Prado, *Manual de Derecho Penal, parte General* (Lima: Idemsa, Tomo II, 2011), 422.

¹⁵ Percy García, *Derecho penal, parte general* (Lima: Ideas, 3ra. ed., 2019), 948.

¹⁶ Rony del Aguila, *La Prescripción penal, estudio integral desde la práctica, la dogmática y la Jurisprudencia* (Lima: editorial Gaceta Jurídica, 2020), 155-156.

po de suspensión del proceso penal no podía prolongarse más allá del tiempo equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad...”¹⁷ (García, p. 949)

Nos precisa Arbulú, cual es el origen de la norma que motivó el conflicto de interpretación, así señala: “Si bien es cierto que en el artículo 339.1 del NCPP el término empleado es suspensión, esta redacción ha sido una copia del artículo 233 a) del Código Procesal Chileno, pero que tiene una concordancia con el artículo 96° del Código Penal Chileno que dice que la prescripción se suspende desde que hay un procedimiento dirigido contra el delincuente (...). Desde que el instituto de la prescripción está regulado por el cuerpo sustantivo el Código Procesal Penal debe ser sistemático con respecto a este lo que no se advierte del artículo 339.1 con el artículo 84 del Código Penal (...). Por esta razón es que se debe buscar una reformulación legislativa cambiando el término suspensión para concordar sistemáticamente con nuestro Código Penal. Esta concordancia normativa tiene sustento, por ejemplo, cuando en el artículo 6 e) del NCPP dice que opera la excepción de prescripción: “(...) cuando por el vencimiento de los plazos señalados por el Código Penal se haya extinguido la acción penal o el derecho de ejecución de la pena”¹⁸. (pp. 200-201)

2.2.1 La suspensión e interrupción de la prescripción en la legislación comparada

¹⁷ García, Derecho Penal, 949.

¹⁸ Victor Arbulú, Derecho Procesal Penal, un enfoque doctrinario y jurisprudencial (Lima: Gaceta Jurídica, T.II 2015), 200-201.

2.2.1.1 Argentina

El Código Penal Argentino del 21 de diciembre de 1984, el término suspensión de la prescripción ha traído abajo el andamiaje que se tenía desde la perspectiva penal, que era por asuntos que tenían que ventilarse en sede extra penal. Nos decía el Maestro Roy, que “El CP argentino solo prevé el efecto de la suspensión (art. 67) y no así expresamente el de la interrupción”¹⁹, sin embargo, de la lectura del Código Penal de Buenos Aires del 21 de diciembre de 1984, cierto que en el artículo 67° en el primer párrafo, trata de la suspensión de la prescripción, y detalla que se da cuando se necesita de cuestiones previas o prejudiciales, que deban ser resueltas en otro juicio. Dicha descripción va de la mano con lo afirmado en nuestra doctrina nacional que la suspensión de la prescripción tiene aside-ro cuando tenga que ventilarse otros hechos en vía distinta a la penal; manifestamos que el artículo 67° del Código Penal Argentino se prevé la interrupción de la prescripción en el sexto párrafo, que entre otros se interrumpe por la comisión de otro delito.

En cuanto a la Covid-19, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha referido a esta situación excepcional en particular. Ha descrito el alto tribunal a la situación como un contexto ‘de inaudita y acuciante excepcionalidad’ y como situación ‘de emergencia [...] que sacude a la sociedad de una manera inaudita en la historia reciente”²⁰.

¹⁹ Roy, Causas de extinción, 66.

²⁰ Cristina Gonzales, *Acceso a la justicia en el Covid-19. caso fortuito y la reforma procesal*, en *El derecho argentino frente a la pandemia y post pandemia Covid-19*. coor. Maxi-

2.2.1.2 Chile

El Código Penal Chileno del 12 de noviembre de 1874, contempla la interrupción, en los casos que el delincuente comete un nuevo delito, refiere a la suspensión de la prescripción cuando el procedimiento está dirigido contra el delincuente, y recalca si se paraliza su prosecución por tres años, continúa la prescripción como si no se hubiera interrumpido, así lo precisa el artículo 96 del Código Penal Chileno. Nos refiere el profesor Cury que “La suspensión, por lo tanto, determina que el plazo de prescripción cese de contarse, pero no implica la pérdida del tiempo ya transcurrido hasta el momento en que ella se produce. Por esto, la parte final del precepto dispone que en los casos a los cuales se refiere, el cómputo se prosiga como si la prescripción no se hubiere suspendido (la ley emplea el termino ‘interrumpido’, incurriendo manifiestamente en error) esto es, agregando el tiempo ya corrido hasta entonces el nuevo lapso que ahora se principia a contar”²¹

El Código Procesal Chileno del 2000, en el artículo 233, a) señala que la formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción. Sobre el particular, el profesor Politoff, nos manifiesta: “Lamentablemente, el nuevo cuerpo procedimental no corrigió el evidente error del punitivo, y al regular los efectos de la decisión del Ministerio Público

en orden a no perseverar en la investigación, reitera en art. 248 la impropiedad de declarar que, en tal caso (que se corresponde al de la paralización del procedimiento, pero con efecto inmediato, esto es, sin esperar los tres años del sistema procesal antiguo). “La prescripción de la acción penal continúa corriendo como si nunca se hubiese interrumpido”, cuando, en verdad, debiera decir “como si nunca se hubiese suspendido”²².

En Chile, también se dio una norma no de carácter administrativo, sino una Ley, que fue la Ley 21226 que reguló el régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales por el caso de la pandemia Covid-19, así dispone en su artículo 8° “se entenderá interrumpida la prescripción de las acciones por la sola presentación de la demanda...”. En el segundo párrafo de la ley precisa que para los casos penales no opera la interrupción.

2.2.1.3 Colombia

El Código Penal Colombiano del 24 de julio 2000, en su artículo 86° contempla la interrupción “fenómeno en cuya virtud se borra el tiempo transcurrido desde la comisión de la conducta, la ley prevé que ello sucede cuando se produzca la ‘formulación de la imputación’ (Código Penal, artículo 86, inciso 1°”²³. Señala en el artículo 83° que la prescripción se da en un tiempo igual al máximo de la pena.

miliano Rajzman y Ricardo Eriazán (Cordova: Colección estudios críticos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, T. III, 2020), 260. <https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle>.

²¹ Enrique Cury, *Derecho penal parte general* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2da. ed., 1992), 434-435.

²² Sergio Politoff, Jean Pierre y María Rámirez, *Lecciones de derecho penal chileno*, parte general (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2da. ed., 2000) 584-585.

²³ Fernando Velásquez, *Manual de derecho penal, parte general* (Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 5ta. ed., 2013), 813.

En Colombia por los casos de la Pandemia, no se atacó la suspensión de la prescripción penal, así en el Acuerdo N° 18 de 01 de abril del 2020, en su numeral 8, refiere: “Que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sesión virtual llevada a cabo el 25 de marzo del presente año, adoptó algunas excepciones a la suspensión de términos decretada, considerando prevalente el bien supremo de la libertad, razón por la cual no se entienden suspendidos para aquellos trámites que pueden conllevar la libertad de la persona...De igual término aprobó que la suspensión de términos no puede afectar aquellos casos con fecha próxima de prescripción”,²⁴ el gobierno Colombiano en igual sentido, emite el Decreto Legislativo N° 564 del 15 de abril del 2020, que en su artículo 1°, en su tercer párrafo, determina que “la suspensión de de prescripción. Una decisión, consideramos acertada por parte de la alta instancia suprema de Colombia.

2.2.1.4 Uruguay

El Código Penal de Uruguay de fecha 04 de diciembre de 1933, tiene configurado la interrupción en el artículo 121° que se da con cualquier transgresión penal, y la suspensión de la prescripción en el artículo 122° cuando el proceso penal requiere de la terminación de otro juicio civil, comercial o administrativo. De lo que tenemos que la suspensión de la prescripción se da cuando se está a la espera de un pronunciamiento por entidad no penal.

En Uruguay la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Contencioso están autorizados cons-

titucionalmente para declarar Feria Judicial Extraordinaria; la Feria Judicial Ordinaria es la que anualmente se otorga a los jueces y personal de la administración de justicia, es lo que conocemos como vacaciones del personal judicial; en cambio la Feria Judicial Extraordinaria se da en eventos de emergencia, por ello el gobierno Uruguayo expidió la Ley 19879 del 30 de abril del 2020, en dicha se suspendieron los plazos procesales. No hace indicación expresa a la prescripción de la acción penal. Refiere Valentín: “la paralización casi total supuso una importante afectación a los principios de universalidad de acceso al proceso y tutela jurisdiccional efectiva. Ese extraordinario estado de situación dejó al descubierto algo que era impensable en el grado actual de evolución de los sistemas de justicia: que la efectividad de las promesas constitucionales podía verse seriamente afectada, y que esa afectación podía ser generalizada”²⁵.

2.2.1.5 México

El Código Penal Federal de México data del 14 de agosto de 1931, no contempla la suspensión de la prescripción, contempla en el artículo 110° la interrupción de la prescripción que se da por las actuaciones de la autoridad judicial o del ministerio público. La prescripción, “que opera por el transcurso del tiempo, es fuente para la adquisición de derechos y la liberación de obligaciones; alcanza el ámbito punitivo...La prescripción se interrumpe por actuaciones practicadas en averiguación del

²⁴ <https://cortesuprema.gov.co/index.php/2020/04/02>.

²⁵ Valentín Gabriel, *El covid-19 y el Derecho Procesal*, *Revista de Derecho* (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho) N° 21 Montevideo, enero-junio (2020) <http://www.scielo.edu.uy>>pdf.

delito y de los responsables (artículo 110)".²⁶

Con la llegada de la Pandemia México dio las pautas normativas, con el Acuerdo General 8/2020 del 25 de mayo del 2020, determinó en su considerando décimo, que para los asuntos urgentes, debe haber personal pendiente para la recepción de expedientes que la premura del tiempo exige, por lo que recoge la expresión que se debe estar con la "guardia baja"; en el artículo 24° I, a) , indica que los Juzgados de competencias penales federales, darán trámite a la recepción de documentos donde se declare la prescripción de la acción penal de causas suspensas²⁷.

SECCIÓN 4

1. Prescripción Ordinaria

La prescripción ordinaria es la que está contemplada en el artículo 80° del Código Penal, la que establece que "La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad...que la prescripción no será mayor de veinte años. Tratándose de cadena perpetua se extingue a los treinta años".

En este tipo de prescripción se tiene que tener en cuenta el máximo de la pena fijada para el delito, tratándose de concurso real de delitos, las acciones prescriben de forma separada, y para los delitos de concurso ideal se toma como referencia el delito de la pena más grave.

²⁶ Sergio García, *Derecho Penal* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1990), 114.

²⁷ https://dof.gob.mx>nota_detalle

2. Prescripción Extraordinaria

El último párrafo del artículo 83° del Código Penal, contempla la prescripción extraordinaria, al señalar que "la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción".

La prescripción extraordinaria o "prescripción larga", "la cual opera cuando se ha interrumpido el plazo establecido para la prescripción ordinaria. De acuerdo al art. 83° del Código Penal, esto sucede 1.- Por actuación del Ministerio Público.2.- Por actuación de las autoridades judiciales.3.- por la comisión de un nuevo delito doloso"²⁸, complementa el Dr. Villa, que "una demora excesiva derivada de la pasividad de los órganos de control penal pudiera atentar contra el debido proceso o contra la seguridad jurídica, la ley ha previsto que la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción"²⁹.

El plazo extraordinario significa, que opera la prescripción, cuando al delito con la pena mayor por más que haya habido interrupción o suspensión de la prescripción, se suma una mitad a la pena mayor, si el delito tiene una pena mayor de cuatro años, y ha habido interrupción o suspensión de la prescripción, se suma una mitad a la pena mayor, en este caso el delito prescribiría a los seis años, "el plazo extraordinario de prescripción no es inmune a los supuestos de suspensión, pues, de lo contrario, se generaría situaciones ab-

²⁸ Bramont, *Derecho Penal*, 477.

²⁹ Villa, *Derecho Penal*, 619.

surdas de impunidad, al producirse la prescripción extraordinaria del delito, pese a que el proceso penal no podía iniciarse o continuarse por una cuestión que debe resolverse previamente”³⁰.

3. La prescripción penal y la mascarilla de la suspensión penal por la Covid-19

Hoy la humanidad vive etapas muy difíciles, la idea es salvarnos de una terrible pandemia, por lo que debemos protegernos a toda costa, mediante vacunas y de prevención el uso de mascarillas. El derecho penal no queda atrás de este fenómeno suscitado que ha paralizado el mundo en sus inicios, y el mundo jurídico también sufrió los embates, al paralizarse el comercio jurídico, no ha habido atención a los justiciables, ni desarrollo de las funciones jurisdiccionales. En este momento surgió la forma de poner a la defensiva al aparato estatal, respecto a la prescripción de la acción penal. Este se recubrió mediante disposiciones del Sistema judicial expidiendo resoluciones administrativas que suspendían los plazos procesales, así como en un primer momento se utilizaban mascarillas de distinto tipo, en el ámbito Administrativo para prolongar la prescripción se ha recurrido al Código Civil, como una caja de herramientas donde pueden sacar norma y arroparlo para justificar la prolongación de la prescripción, sin tener en cuenta, que esas disposiciones no encajan en el ámbito penal, pese a como ya se ha mencionado, el artículo 83° del Código Penal contempla la figura jurídica de la interrupción de la acción penal, precisa que de todas maneras, la acción penal prescribe, cuando el

tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

Así en la Resolución Administrativa N° 000177-2020-CE-PJ publicado en el diario Oficial el Peruano el 10JUL2020, en su considerando sétimo, toma el numeral 8 del artículo 1994 del Código Civil, se suspende la prescripción mientras sea imposible reclamar ante un tribunal peruano, el referido artículo trata sobre la suspensión de la prescripción, y ya hemos mencionado *ut supra*, que en el ámbito penal suspensión e interrupción de la prescripción penal, son cosas totalmente distinta a las invocada por el Consejo Ejecutivo del Podere Judicial, que en su artículo primero aclara que la suspensión de plazos procesales incluye la suspensión de plazos de prescripción y caducidad; así como los plazos para interponer medios impugnatorios, cumplir con los mandatos judiciales, en este aspecto, consideramos que está bien la suspensión de plazos procesales, más no en la prorroga de los plazos de prescripción.

Esa caja de herramientas a la que recurre la autoridad administrativa, también se da a nivel de la Sala Permanente en la Casación N° 748-2021 Huancavélica del 10JUN2022, que hace referencia al artículo 1315 del Código Civil, que regula sobre el caso fortuito, que es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Considerando la emergencia sanitaria y las medidas adoptadas como un caso fortuito. El artículo tomado en cuenta por el órgano supremo está referida al título de la inejecución de obligaciones, el caso fortuito, está

³⁰ García, *Derecho Penal*, 948.

comprendiendo a la suspensión de los plazos procesales. Consideramos, que la suspensión del plazo de prescripción no debe verse involucrado en el caso fortuito invocado por en la Casación N° 748-2021 Huancavélica, porque si la administración de justicia hubiese actuado de manera responsable respetando el debido proceso, no cabría invocar la prescripción de la acción penal, así, como suelen tomar un dispositivo de la caja de herramientas, recogemos lo dispuesto en el artículo 1314 del Código Civil “Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”. Abandonamos con esta interpretación, lo que está claramente estipulado en el artículo 83° del Código Penal, en el último párrafo contempla la prescripción extraordinaria, porque, cualquier evento que haya interrumpido el proceso se toma en cuenta para aplicar la prescripción larga.

La Casación N° 748-2021- Huancavélica, hace referencia a la reposición contemplada en el artículo 145.1 del Código Procesal Penal, ella se refiere al caso fortuito o fuerza mayor que perjudica al justiciable, pero no se puede invocar la reposición al justiciable que pide que se le aplique la prescripción extraordinaria, esa reposición es para una actividad prevista a su favor. La prolongación del plazo de prescripción no es a favor del justiciable, por ello encontramos un contrasentido en el numeral 1.6 invocado por el Tribunal Supremo.

La misma casación, en su fundamento 1.11, reconoce que la “resolución administrativa inclusive un decreto supremo, son normas de rango inferior a una ley (CPP); sin embargo, el contenido de dichas normas, en razón de

su fundamento, la realidad de la fuerza de las circunstancias y el imperativo de su cumplimiento, en función del interés social y la preservación, en este caso, el derecho a la vida y la integridad física (salud), tiene tal trascendencia que su aplicación rebasa razonablemente la aplicación de la ley; por lo tanto, resulta cuestionable afirmar que la sola jerarquía normativa determina que una norma administrativa no puede contradecir los plazos establecidos en la norma procesal, lo que en abstracto es correcto, pero, en función de una realidad incuestionable es preciso razonar en la adecuada interpretación de las normas, para darle valor al derecho”.

La resolución casatoria le está otorgando validez a la norma administrativa de menor jerarquía, que prolonga los plazos de prescripción penal, por lo que no está respetando la estructura normativa que se debe dar en un Estado Constitucional de derecho “...todo ordenamiento jurídico (moderno) tiene una estructura jerárquica, es decir, que las normas que lo componen no están –metafóricamente hablando- todas ‘sobre el mismo nivel’, sino que están jerárquicamente ordenadas”³¹, consideramos que la norma administrativa es de menor jerarquía que el artículo 83° del Código Penal que contempla la prescripción extraordinaria de la acción penal.

Así el profesor Rojas F. precisa: “la prescripción de la acción pena se rige por el principio constitucional de legalidad, en tanto que los plazos, su interrupción o suspensión deben estar expresamente previstas en la ley-artí-

³¹ Ricardo Guastini, *La sintaxis del derecho* (Madrid: Marcial Pons,2016), 207.

culo 82° del CP-, en consecuencia, no cabe establecer más supuestos de interrupción o suspensión que los taxativamente establecidos en la ley- artículos 83° y 84° del CP, por lo que no resulta compatible que se proceda a una construcción, elaboración jurisprudencial o interpretación extensiva en malam partem, caso contrario no solo estaría vulnerándose el principio de legalidad, sino también la prohibición de la analogía y el principio de seguridad jurídica”³².

3.1 La suspensión de la acción penal por motivos de fuerza mayor

Dijimos que el Art. 84 del Código Penal contempla la suspensión de la prescripción, que ella se configura cuando tiene que resolverse un aspecto en otra vía. La norma es clara, dice cuando tiene que resolverse cualquier cuestión en instancia distinta a la penal. Sin embargo, se está suspendiendo por causas que no son objeto de resolución en instancia distinta, así se está considerando la suspensión de la prescripción por huelga judicial, así lo establece el Recurso de Nulidad N° 2622-2015-Lima. Caso, que no está contemplada en la normatividad penal, pues “el supuesto de suspensión del plazo de prescripción no puede generarse por supuestos no reconocidos en la ley, como la suspensión de labores judiciales, toda vez que iría en contra del principio de legalidad..., con lo cual debe rechazarse toda suspensión que provenga de la propia deficiencia del Po-

³² Freddy Rojas, *Comentarios a la resolución emitida por la primera Sala Penal Liquidadora de Lima respecto a la suspensión de la prescripción de la acción penal en Estado de emergencia sanitaria por el Covid-19*, Agnitio. <https://agnitio.pe/articulo-de-blogger/comentarios-a->

der Judicial o del Ministerio Público. De igual forma, la suspensión de la prescripción no debería establecerse a través de Directivas o Resoluciones, toda vez que son norma de inferior jerarquía que no son suficientes para limitar la institución de la prescripción”³³.

3.2 La suspensión de la prescripción penal por la COVID-19

El Código Penal no contempla la suspensión de la prescripción penal por COVID o cualquier otra pandemia, el legislador ha considerado que la institución jurídica de la prescripción es para brindar la oportunidad al reo de zafarse de la persecución estatal, y es un castigo a la lenta administración de justicia. La Prescripción penal no es un aliciente para que se sigan sobreseyendo las causas por esta vía, sino es un remedio que el Estado trata de otorgar a sus ciudadanos que se ven apabullados por el sistema judicial en un inicio, pero en un trámite sin fin, por lo que opera la prescripción para poner coto a este estado de incertidumbre que tiene el ciudadano ante la administración de justicia lenta, que tarda en pronunciarse en una situación de definición sobre el estatus de libertad o privación de libertad por parte de una decisión judicial que no llega en un plazo razonable, la prescripción es un reproche a la administración de justicia por no respetar este plazo razonable.

Consideramos que con el caso de la suspensión de los plazos procesales por el fundamento de una Resolución Administrativa del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, es correcto en el sentido que no ha habido actuaciones

³³ Rojas, *Comentarios a resolución*

del sistema judicial por el caso de la pandemia, hasta ahí todo bien, pero donde encontramos la diferencia es cuando a raíz de esta Resolución Administrativa se quiere alargar los plazos de prescripción, el artículo 83° del Código Penal puntualiza que “ la prescripción de la acción se interrumpe por actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales... Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción”. La norma indica en todo caso prescribe cuando sobrepasa una mitad del plazo ordinario del plazo de prescripción, no ha lugar hacer una interpretación extensiva, y se está haciendo una interpretación alargando el proceso de prescripción por el tiempo que ha sido suspendido los plazos procesales por el COVID-19.

La humanidad que ha sobrevivido a esta pandemia, ha vivido con sobresalto, y que la justicia extienda los plazos de prescripción por encima de lo dispuesto en el artículo 83° del Código Penal, se estaría creando una situación no justa con el ser humano que al margen de sobrevivir a la pandemia, tiene que sobrevivir a la extensión de los plazos de prescripción que no está contemplada en la ley, sino por una interpretación que se aleja de lo señalado en el artículo acotado. Por lo que aparentemente estaríamos ante una laguna axiológica que “no es un juicio de hecho, sino un juicio de valor: no una descripción del derecho como es, sino una crítica del derecho existente y/o una prescripción de cómo debería ser”³⁴.

³⁴ Riccardo Guastini, *Interpretar y argumentar* (Lima: Legales, 2018), 162.

4. Jurisprudencia de la suspensión de la prescripción penal por la COVID-19

4.1 La suspensión de la acción penal por Covid en el fuero común

A raíz de la COVID-19, el Poder Judicial puso en práctica las normas administrativas señalando la suspensión de los plazos procesales, son una especie de “normas jurídicas, llamadas derecho legislado, que comprendería todas aquellas normas jurídicas que son promulgadas por las instituciones legislativas, tales como el Congreso, las legislaturas estatales e, incluso, las instituciones administrativas que regulan con carácter general”³⁵. Consideramos que estas normas de carácter administrativo tienen que respetar las jerarquías normativas, y no pueden estar por encima del Código Penal cuando regula la suspensión de la prescripción, y culmina ella con la prescripción extraordinaria de la prescripción de la acción penal. Toda otra interpretación a través de una norma administrativa estaría violando la integridad legislativa, incurriendo en una legislación del tipo “tablero de damas”, por el cual Marmor, citando a Dworkin, señala “que podría prescribir, por ejemplo, que los abortos están legalmente permitidos para mujeres que nacieron en los días pares del mes, y prohibido para aquellas que nacieron los días impares”³⁶, el suspender los plazos de prescripción extraordinaria, tomando como referencia una Resolución Administrativa, no es una interpretación acorde con la jerarquía normativa, así “Para ilustrar el criterio jerárquico, se

³⁵ Andrei Marmor, *Teoría Analítica del derecho e interpretación constitucional* (Lima: Ara, 2011), 276.

³⁶ Marmor, *Teoría Analítica*, 264.

suele decir 'lex superior derogat inferiori', la norma superior prevalece sobre (en el sentido que invalida) la inferior"³⁷. Las Resoluciones administrativas del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, son de menor jerarquía que el Código Penal, en especial del artículo 84° que regula la suspensión de la prescripción de la acción penal, y ella señala que la suspensión procede con "cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento", y en ella no contempla la suspensión por pandemia, porque la pandemia y la paralización de las labores judiciales, no requiere que haya un pronunciamiento en otro procedimiento, y estar a la espera que en ella se resuelva.

En el fuero común tenemos la decisión de la Corte Suprema de Justicia- Sala Penal Transitoria de 31MAR2021, Recurso de Nulidad N° 916-2019, que, en su fundamento decimoprimer, señala: a consecuencia de la situación inédita generada por la pandemia de la COVID-19 que paralizó gran parte de las actividades (a nivel nacional e internacional) dado que, en el ámbito judicial, se emitieron las Resoluciones Administrativas singadas con los Nos. 115-2020-DE-PJ, 117-2020-CE-PJ, 118-2020-CE-PJ, 061-2020-P-CE-PJ, 062-2020-P-CE-PJ, 157-2020-CE-PJ, 179-2020-DE-PJ, 2005-2020-CE-PJ y 234-2020-CE-PJ, las mismas que expresamente suspendieron los plazos procesales, lo que resulta compatible con los derechos fundamentales a la salud y tutela jurisdiccional efectiva. En ese sentido, se verificó la suspensión del plazo prescriptorio durante un periodo que medió desde el dieciséis de marzo

al treinta de septiembre de dos mil veinte, y cuya suma totaliza seis meses y catorce días (tiempo que duró la suspensión).

Luego, encontramos otra disposición de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Recurso de Nulidad N° 616-2020, en su fundamento 41 establece:

Por lo expuesto, este Tribunal Supremo asume que la suspensión de los términos prescriptorios en materia penal es de aplicación general, está justificada, resulta proporcional y razonable, compatible con los derechos fundamentales a la salud y tutela jurisdiccional efectiva. En consecuencia, no se ampara la excepción de prescripción planteada por el recurrente y la acción penal aún sigue vigente.

De lo que tenemos que es criterio del Poder Judicial considerar la suspensión de la prescripción penal, con un nuevo elemento más: pandemia. A lo que tenemos que cuando se suscite cualquier evento, la suspensión va a ser un cajón de sastre donde podrá ingresar cualquier hecho que no haya contemplado el Código Penal, si solo sí, la suspensión opera como señala la doctrina dominante para casos de cuestión previa o cuestión prejudicial.

El presente trabajo, lo iniciamos en marzo del 2022 que presentamos en el curso del Programa de segunda Especialización en Argumentación Jurídica en la Ponticia Universidad Católica del Perú, que culminé con presentar el trabajo en diciembre del 2022. Y, una grata sorpresa, cuando mi Asesor del presente Informe del Dr. Ricardo Elías Puelles, me remi-

³⁷ Riccardo Guastini, *Lecciones de teoría del derecho y del Estado* (Lima:Zela,2019),133.

tió la Sentencia del Tribunal Constitucional³⁸, que declara nula la Resolución Suprema de 2 de febrero de 2021, que declaró infundada la excepción de prescripción de la acción penal deducida por doña Santa Tereza Damián Valderrama, disponiendo que la favorecida sea puesta en libertad, al haber prescrito el plazo para que el Estado ejerza su poder punitivo.

Dicha sentencia dicta cátedra, en el sentido que ninguna norma inferior al Código Penal puede señalar límites a la prescripción de la acción penal, en su fundamento 23, literal “h” señala: “No puede aceptarse que dicho plazo pueda ser modificado vía un decreto de urgencia- cuya emisión ha sido regulada para asuntos taxativamente previstos-, ni mucho menos por una resolución administrativa o mediante un criterio judicial interpretativo. Cualquiera de tales opciones es manifiestamente inconstitucional...”³⁹. Agregando, en el fundamento 23, “i”, que la interpretación efectuada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia es manifiestamente inconstitucional, pues contraviene los artículos 51 y 103 de la Constitución, al pretender que mediante resoluciones administrativas se pueda modificar el contenido de una o varias disposiciones legales”⁴⁰.

4.3 La indiferencia de la causa de paralización

En nuestro país estamos haciendo una ola cíclica respecto a las paralizaciones, en momen-

tos se dice que afectan a la prescripción penal, en otros se dice que no afecta. Lo que tiene en una situación de incertidumbre, por ello vale lo manifestado por Pastor F. quien refiere: “Actualmente, la jurisprudencia de forma unánime afirma que para apreciar la prescripción del delito por paralización del procedimiento es indiferente la causa que ha originado dicha paralización ya se deba al abandono judicial, a la saturación de los Juzgados, a la rebeldía, o a la pasividad o negligencia de las partes. Sea cual fuere la causa, cualquier paralización motiva la prescripción. (...) Sin embargo, en la jurisprudencia de los años 50 y 60 este tema no era tan claro. La prescripción del delito o falta por la paralización del proceso ha sido un tema controvertido en la jurisprudencia, pues ponía en evidencia la lentitud y los problemas de la misma administración de justicia. Durante muchos años, los Tribunales se mostraron muy restrictivos para apreciar la prescripción por paralización, pues aplicaban criterios jurisprudenciales que imposibilitaban su apreciación. De esta forma, alguno Tribunales, con fin de evitar declarar la prescripción, exigían que se produjera una serie de requisitos no contemplados en la ley.(...) Hoy dicha concepción ha sido totalmente abandonada, y la jurisprudencia mayoritaria afirma que la causa de la paralización es indiferente, ya que no es lícito distinguir donde la ley no distingue”⁴¹.

Es de comprender que para invocar la prescripción de la acción penal sólo basta tener en cuenta lo que está plasmado en la ley, en el

38 STC. Exp. N° 03580-2021-HC/TC, Lima del 04OCT2022, Santa Tereza DAMIAN VALDERRAMA

39 STC. Exp. N° 03580-2021-HC/TC

40 STC. Exp. N° 03580-2021

41 Francisco Pastor, Tratado de la prescripción penal, aplicación en todas las reformas del Código Penal (Barcelona: Atelier, 2019), 323-324.

caso que nos ocupa, si hay una paralización de la actividad judicial por huelga, terremoto, COVID-19, se entiende que hay paralización de la actividad judicial, ella deja en suspenso los plazos procesales, más no los plazos de prescripción, porque ésta institución se ha hecho, no para favorecer al ius puniendi, sino para favorecer a la persona que está inculpada por la supuesta comisión de un delito. Se ha llegado a la prescripción porque no se dio atención prioritaria al caso materia de prescripción. Así Pastor cita la Sentencia del Tribunal Supremo del 24 de diciembre de 1991 (R.J.A 9630) que señala: “En segundo lugar, afirma que la paralización del procedimiento se debió a que la Sala decidió atender precedentemente otras causas más urgentes. (...) Al no distinguirse por la Ley, entre las diferentes causas que pueden motivar la paralización del procedimiento, cualquier distinción en este sentido, además de ser contra reo, sería ilegal”⁴². (p. 325)

4.4 Derrotabilidad de la norma por la COVID-19 y las Resoluciones Administrativas de menor jerarquía al Código Penal

En esta etapa que vivimos a la defensiva para evitar el contagio del Covid, también las entidades que representan al sistema de justicia han apresurado expediciones de resoluciones administrativas, la misma que pueden ser válidas cuando se pronuncian en la paralización de los plazos procesales, porque ha habido inamovilidad social, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, ha ido más allá, expidiendo Resoluciones Administrativas que no sólo

suspendían los plazos procesales, sino que suspendió los plazos de prescripción por un periodo de seis meses y catorce días, según ellos por el término que demoró la suspensión. El COVID-19 es un evento inoportuno “utilizando la terminología de HART, podríamos denominar ‘los intersticios del derecho’, es decir, esa zona del Derecho donde la clásica división entre actos de creación y de aplicación del Derecho se desdibuja”⁴³, ante ello tenemos un espacio que nos mantiene en la penumbra, y se tiene que hacer algo para salir de ese lugar incómodo; HART “sostenía la imposibilidad de establecer una lista cerrada de las condiciones necesarias y suficientes para que un concepto jurídico resulte aplicable”⁴⁴, desarrolló la derrotabilidad de la norma jurídica en un ensayo publicado en 1949, por lo que “una norma es ‘derrotable’ o ‘abierta’, cuando está sujeta a excepciones implícitas que no pueden ser enumeradas exhaustivamente de antemano”⁴⁵.

En el Fuero Militar en igual sentido se expidieron Resoluciones suspendiendo los plazos procesales, y además suspendiendo los plazos procesales de prescripción por cinco meses y veintiséis días. El Consejo Ejecuti-

⁴² Pastor, Tratado de la prescripción, 325.

⁴³ Ángeles Róddenas, “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”, en *interpretación y razonamiento jurídico*. ed. Santiago Ortega (Lima:Ara, 2009), 171.

⁴⁴ Roger Rodríguez, Razonamiento jurídico y Estado Constitucional, *una teoría sobre la derrotabilidad Jurídica* (Lima: Palestra,2022), 26-27.

⁴⁵ Rafael Aguilera y Rogelio López, “Interpretación judicial y principios jurídicos fundamentales en el Estado Democrático y Social del Derecho”, en: *Interpretación y Razonamiento jurídico*. Editor Santiago Ortega (Lima:Ara Editores, 2009), 409.

vo al suspender los plazos de prescripción, ha abierto el camino, para que los jueces no hagan interpretación conforme establece el código penal, sino que ha señalado un derrotero a seguir por los aplicadores del derecho, evitando su interpretación ceñida a la figura de la interrupción de la prescripción, por lo que se ha ampliado el abanico de la interrupción con criterios no contemplados en el ordenamiento punitivo, y la prescripción en la modalidad de la interrupción extraordinaria está claramente señalada en el Código Penal, y ésta va en beneficio del procesado por la inercia de la actividad judicial.

5. La suspensión de la prescripción de la acción penal post pandemia

Con fecha 13ENE2023 ingresa al Área de Trámite del Congreso de la República el Proyecto de Ley N° 3991/2022, por el cual se proyecta modificar el artículo 84° del Código Penal.

El actual Art. 84° señala: Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido.

La modificatoria es que aquello que tenga que ser resuelto en otro proceso, “no suspenderá los plazos prescriptivos de la acción penal”.

En la exposición de motivos hace referencia que la inmunidad parlamentaria y el antejuicio constituyen un claro supuesto de suspensión de la prescripción de eficacia absoluta y por imperio de la ley.

Mencionando que el artículo 84° alude a la suspensión de origen, la cual se da por imperio legal, cuando no es posible el inicio de un proceso sin previa autorización específica, caso de la inmunidad parlamentaria y el antejuicio político.

Sobre el particular, la doctrina considera que el tiempo que dura el mandato o representación congresal, el tiempo se suspende, “sin que se pueda computar para efectos de prescripción el tiempo transcurrido...los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad que los congresistas...”⁴⁶

En la exposición de motivos refiere que esta “suspensión viola el plazo razonable y el principio de presunción de inocencia, pues, esta se mantiene estacanda hasta que una vía extrapenal pueda resolver respecto al fondo de esta, siendo muchas veces, más largo (en tiempo) al proceso penal.

Con la propuesta normativa, aparece un nuevo criterio, que se aleja de los comentarios doctrinarios, en el sentido que la suspensión paraliza el cómputo de la prescripción hasta que sea resuelta la cuestión extra penal. Lo que se postula en el referido proyecto de ley, es que el pronunciamiento de la autoridad no penal, no suspenden los plazos prescriptivos.

También ha acordado la Modificación del artículo 339° del Nuevo Código Procesal Penal.

⁴⁶ Felipe Villavicencio, *Derecho penal, parte general* (Lima: Grijley, 2019), 216-217.

En un primer momento con el artículo 339°, inciso 1, se tenía que, con la Investigación Preparatoria, se suspendía la prescripción hasta que culmine el proceso con una sentencia. Con la modificación del artículo en mención demuestra que afectaban muchos intereses. Desde un inicio se desnaturalizó el concepto de “interrupción” y “suspensión”. Lo ideal hubiese sido que el artículo 339°, inciso uno se modifique en el sentido que la Disposición Formalizada de la Investigación Preparatoria “interrumpe” la prescripción, y se extirpaba del artículo 339° el término “suspensión”, que ha dado lugar a mucha controversia, y seguro posteriormente sea objeto de otro acuerdo de juristas para precisar conceptos. Así, el recordado Maestro Roy Freyre, hablaba del mixtiferi, que es la mezcla de dos cosas heterogéneas con los conceptos “interrupción” y “suspensión”, nos decía el gran Maestro que “Constituye una lamentable confusión el empleo indiscriminado, como si fuesen sinónimos, que hace la ley, supuestamente interpretativa, de dos expresiones que traducen conceptos jurídicos que son heterogéneos: el de ‘interrupción’ y el de ‘suspensión’⁴⁷.”

Con fecha 25 de mayo de 2023, se publicó en el diario oficial el peruano la Ley N° 31751, que modificó el artículo 84° del Código Penal, en los términos siguientes:

“Artículo 84. Suspensión de la prescripción

Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cues-

tión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción.

La suspensión de la prescripción no podrá prolongarse más allá de los plazos que se disponen para las etapas del proceso penal u otros procedimientos. En ningún caso dicha suspensión será mayor a un año”.

La Ley N° 31751 modifica el artículo 339° del Código Procesal Penal, en los siguientes términos:

“Artículo 339. Efectos de la formalización de la investigación.

1. La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal del conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del Código Penal”.

El debate no culminado con la modificatoria del artículo 84° del Código Penal, y el artículo 339°, inciso 1 del Código Procesal Penal, da lugar a rupturas de conceptos acentuados. La producción de ideas germinará a raíz de la presente modificatorias, tendremos un cúmulo de interpretaciones para todos los gustos, pues como dice Guastini “A los efectos de un análisis lógico, la interpretación no es sino el discurso de los intérpretes”⁴⁸.

⁴⁸ Riccardo Guastini, *Interpretación jurídica y teoría del derecho, estudios* (Lima: Zela, 2023), 63.

⁴⁷ Roy, op. cit. p. 87

CONCLUSIONES

- a) Que, no hay una interpretación sistemática del ordenamiento punitivo en lo que respecta al tema de la prescripción de la acción penal, lo que ha dado lugar a varias decisiones judiciales que se han alejado del criterio primigenio del Código Penal cuando estableció la figura jurídica de la “suspensión de la prescripción”, porque esta operaba sólo cuando tenía que ser resuelto un asunto en vía extrapenal.
- b) La suspensión de la prescripción ha tomado otro cariz, al incrementar nuevas causas como condición para la suspensión de la prescripción, como el caso de paralización del despacho judicial, caso de pandemia, y suspensión del plazo de prescripción por Resoluciones Administrativas de inferior jerarquía al Código Penal.
- c) Donde ha surgido la confusión, es con lo estipulado en el artículo 339.1 del Código Procesal Penal, que considera que el inicio de la Investigación Preparatoria suspende la prescripción de la acción penal; debiendo ser que el inicio de la investigación interrumpe la prescripción penal.
- d) El error del legislador, surge porque se ha tomado como referencia el Código Procesal Penal Chileno, que contempla la suspensión de la prescripción penal por actuación del Ministerio Público, la misma que tiene concordancia con el artículo 96 del Código Penal Chileno.

Motivo que ha originado un desfase de la interpretación jurídica por parte de los órganos jurisdiccionales.

- e) Con el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 en su fundamento número 26° ha sentado base de que la suspensión en el artículo 339°, inciso 1, es “sui generis”.

RECOMENDACIÓN

- a) Que, se modifique el artículo 339.1 del Código Procesal Penal Peruano, y se cambie el término suspensión por interrupción.
- b) En igual sentido, que la suspensión de la prescripción penal solamente debe ser para cuestiones que se ventilen en vía extrapenal.
- c) No debiera contemplarse como causal de suspensión de la prescripción la huelga judicial, y suspensión del despacho por COVID. La prescripción penal debe operar en respecto al principio del debido proceso y plazo razonable.

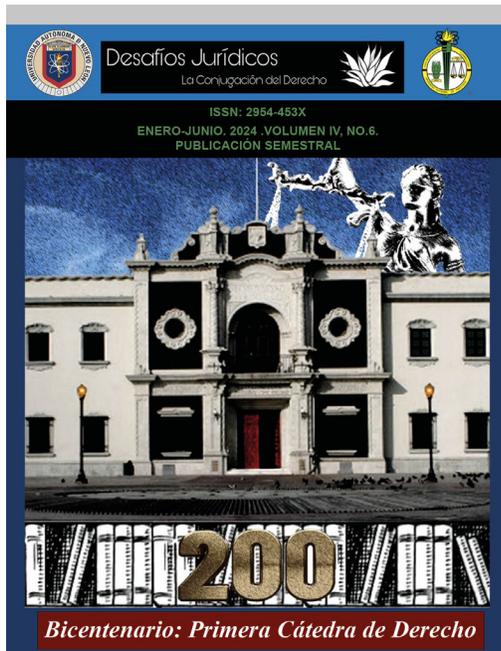
TRABAJOS CITADOS

- Aguilera, Rafael y López Rogelio. “Interpretación judicial y principios jurídicos fundamentales en el Estado Democrático y Social de Derecho”, en Interpretación y razonamiento jurídico. editor Santiago Ortega. Lima: Ara, 2009.
- Aguiló, Josep. *En defensa del Estado Constitucional de Derecho*. Lima: Palestra, 2021.
- Alvitez, Elena, “Acceso a la justicia y objetivos de desarrollo sostenible, los retos impuestos por la pandemia para el derecho a la salud”, en *Constitución y emergencia sani-*

- taria. Coordinado por César Landa. Lima: Palestra, Vol. III, 2021.
- Arbulú, *Derecho procesal penal, un enfoque doctrinario y jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica, T.II, 2015.
- Atienza, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trota, 2013.
- Bobbio, Norberto. *Teoría general del derecho*. Lima: Ara editores, ediciones Olejnik, Temis, 5ta. ed., 2017.
- Bramont-Arias, Luís. *Manual de derecho penal, parte general*. Lima: Eddili, 4ta. ed., 2008.
- Castillo, José. *Las garantías mínimas del debido proceso*. Lima: Iustitia, 2020.
- Cury, Enrique. *Derecho penal parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2da. ed., 1992.
- Del Aguila, Rony. *La prescripción penal, estudio integral desde la práctica, la dogmática y la Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2020.
- Ferrajoli, Luigi, "Las lecciones que se pueden aprender de la pandemia: la perspectiva de un constitucionalismo más allá del Estado", en *Derecho, derechos y pandemia*. Editado por Susanna Pozzolo, José Moreso y Pedro Grández. Lima: Palestra, 2021.
- Gabriel, Valentín, "El covid-19 y el Derecho procesal". *Revista de Derecho* N° 21 Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho. Montevideo, enero-junio 2020. <http://www.scielo.edu.uy>>pdf.
- García, Gabriel. *Cien años de soledad*. Argentina: Penguin, Random House, Grupo editorial, 2022.
- García, Juan. *Razonamiento jurídico y argumentación, nociones introductorias*. Lima: Zela, 2da. ed., 2019.
- García, Percy. *Derecho penal, parte general*. Lima: Ideas, 3ra. ed., 2019.
- García, Sergio. *Derecho penal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1990.
- Grández, Pedro. *El ascenso de los principios en la práctica constitucional*. Lima: Palestra, 2016.
- Guastini, Riccardo. *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- Guastini, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Lima: Legales, 2018.
- Guastini, Riccardo. *Lecciones de teoría del derecho y del Estado*. Lima: Zela, 2019.
- Guastini, Riccardo. *Interpretación jurídica y teoría del derecho, estudios*. Lima: Zela, 2023.
- Gonzales, Cristina. *Acceso a la justicia en el Covid-19, caso fortuito y la reforma procesal*, en *El derecho argentino frente a la pandemia y postpandemia Covid-19*. Córdoba: coord. Maximiliano Rajjman y Ricardo Eriazán. Cordova: Colección estudios críticos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, T. III, 2020. <https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle>.
- Landa, César. "Constitucionalismo de emergencia frente al coronavirus en el Perú", en *Constitución y emergencia sanitaria*. Coordinado por César Landa. Lima: Palestra, Vol.I, 2021.
- Marmor, Andrei. *Teoría analítica del derecho e interpretación constitucional*. Lima: Ara, 2011.
- Moreno, Victor y Cortés Valentín. *Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 7ma. ed., 2015.
- Pastor, Daniel. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho, una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: Konrad-Adenauer Stiftung y Ad. Hoc, 2002.
- Pastor, Francisco. *Tratado de la prescripción penal, aplicación en todas las reformas del Código Penal*. Barcelona: Atelier, 2019.
- Pegoraro, Lucio. "Derecho y nada más: los silencios de la doctrina jurídica en tiempos de pandemia", en *Derecho y docencia como vocación. Libro homenaje a José F. Palomino Manchego*. Coordinado por Domingo García y Dante Payva. Lima: Adrus Editores, Instituto Iberoamericano, 2022.
- Politoff, Sergio, Pierre, Jean y Ramírez María. *Lecciones de derecho penal chileno, parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2da. ed., 2000.
- Riberi, Pablo. "Dos estaciones en un viaje desconocido, emergencia y desequilibrio de poderes", en *Constitución y Emergencia Sanitaria*. Coordinado por César Landa. Lima: Palestra, Vol.III, 2021.

- Riquert, Marcelo. "Coronavirus:entre la prevención y el ciberpatrullaje", en en *Derecho Penal y dignidad humana, Libro homenaje al profesor Felipe Villavicencio Terreros*. Volumen, 2 Director Edward Omar Alvarez Yrala, coords. Juan E. Carrión Díaz y Magaly Lopez Arenas (Lima: Grijley, USMP Derecho, Grijley Instituto Centro de capacitación,2023).
- Ródenas, Ángeles. "En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas", en *Interpretación y razonamiento jurídico*. editor Santiago Ortega. Lima: Ara, 2009.
- Roy, Luís. *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*. Lima: Gaceta Jurídica, 3ra. ed. 2018.
- Villa, Javier. *Derecho penal*, parte general. Lima: Idemsa, tomo II, 2011.
- Villavicencio, Felipe. *Derecho penal, parte general*. Lima: Grijley, 2019.
- Velásquez, Fernando. *Manual de derecho penal, parte general*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 5ta. ed., 2013.
- Zuñiga, Jorge. "El control de plazos en el proceso penal", en *Instituciones del Derecho procesal penal, análisis y comentarios*. Coordinado por Harold Saavedra y Gustavo Rodríguez Lima: Grijley, 2022.
- Rodríguez, Roger. *Razonamiento jurídico y Estado Constitucional, una teoría sobre la derrotabilidad jurídica*. Lima: Palestra, 2022.
- Rojas, Freddy. Comentarios a la resolución emitida por la primera Sala Penal Liquidadora de Lima respecto a la suspensión de la prescripción de la acción penal en Estado de emergencia sanitaria por el Covid-19, *Agnitio*. [https://agnitio.pe>artículo-de-blogger>comentarios-a-](https://agnitio.pe/articulo-de-blogger/comentarios-a-)
- Svampa, Maristella. *Reflexiones para un mundo post-coronavirus*. En Nueva Sociedad,2020.Disponible en [https://www.nuso.org/articulo/reflexiones-para-un mundo-post-coronavirus/](https://www.nuso.org/articulo/reflexiones-para-un-mundo-post-coronavirus/).
- STC. Exp. N° 03580-2021-HC/TC, Lima del 04OCT2022, Santa Tereza DAMIAN VALDERRAMA.





Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

José Antonio Gutiérrez Flores (Poder Judicial del Estado de Nuevo León, México)

Conceptos fundamentales de justicia digital. Panorama desde una nueva dimensión del derecho procesal. pp. 106-127. Fecha de publicación en línea: 31 de enero de 2024.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafios.juridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos Vol. 4, Núm. 6, Enero-Junio 2024, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Res-

ponsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina, Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. MED. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCÍA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: DR. MARIO ALBERTO GARZA CASTILLO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

COORDINADORA EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ASISTENTE EDITORIAL: Rostam Badii Guillén

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: Mtra. María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Rosa María Elizondo Martínez

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vázquez Azamar “Ius Celebrans” © 2024

Conceptos fundamentales de justicia digital. Panorama desde una nueva dimensión del derecho procesal

Current reading of the powers of the executive branch in the State of Veracruz

Fecha de publicación en línea: 31 de enero de 2024

Por: José Antonio Gutiérrez Flores*

* <https://orcid.org/0009-0003-6719-3361>

Poder Judicial del Estado de Nuevo León

Resumen. La aplicación y uso de TIC's en la administración de justicia ha recibido múltiples y variadas denominaciones: justicia electrónica, e-justicia, justicia en línea, ciberjusticia, justicia telemática, justicia remota, justicia a distancia, justicia digital, etc., sin que hoy en día exista un concepto universalmente aceptado para referirse a ella; lo más grave es que tales denominaciones en muchas ocasiones son utilizadas como sinónimos. Este problema terminológico se toma muy a la ligera y es algo en lo que la doctrina debería ocuparse para lograr su unificación. Este artículo intentará contribuir a ello, además de explicar los conceptos fundamentales de este fenómeno jurídico bajo la óptica de una nueva dimensión del derecho procesal.

Palabras clave: Tecnologías de la Información y Comunicación, Impartición de Justicia, Justicia Digital, Terminología.

Abstract. The application and use of ICT's in the administration of justice has received multiple and varied names: electronic justice, e-justice, online justice, cyberjustice, telematic justice, remote justice, distance justice, digital justice, etc., without that today there is a universally accepted concept to refer to it; the most serious thing is that such names are often used as synonyms. This terminological problem is taken very lightly and is something that the doctrine should address to achieve its unification. This article will try to contribute to this, in addition to explaining the fundamental concepts of this legal phenomenon from the perspective of a new dimension of procedural law.

Keywords: Information and Communication Technologies, Delivery of Justice, Digital Justice, Terminology.

* Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León (2007). Estudios de Maestría en Derecho Procesal Penal con Orientación en Juicios Orales por el Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal (2011).

INTRODUCCIÓN

Es inevitable preguntarnos si el servicio público de impartición de justicia, en especial el relacionado con actos procesales dentro de juicio, puede prestarse válidamente desde un espacio virtual, es decir, desde un lugar distinto a las oficinas físicas de los juzgados y tribunales.

Para Aliste Santos (2022, pág. 100) la mera idea de “servicio público” nos conduce al universo de instituciones jurídicas de carácter prestacional vinculadas a la esfera gubernamental. Así, los gobiernos han hecho uso de la tecnología en su intento de buscar un mayor acercamiento a la ciudadanía, debido a su capacidad de brindar mayores niveles de participación e interacción, lo que se ha denominado *e-government* (Londoño Sepúlveda, 2010, pág. 125).

En el ámbito judicial, el derecho informático o informática jurídica, como disciplina o rama del derecho, se ha ocupado de estudiar los conocimientos informáticos y jurídicos que se coordinan para desarrollar dispositivos tecnológicos que auxilien a los juristas en su actividad, la cual comúnmente se clasifica en documental, de gestión y de decisión (Campuzano Gallegos, 2019, pág. 112). Su evolución y aplicación en la práctica judicial dio lugar al nacimiento de la justicia digital.

Con relación a esto, Richard Susskind (2019, pág. 95) plantea la pregunta: ¿Es la corte un servicio o un lugar? Cuando las personas están en disputa y piden al Estado que resuelva sus diferencias, ¿deben congregarse en tribunales físicos? Su visión sugiere que no.

De igual forma, los juristas González Martín y Navarro Sánchez (2020, pág. 20) concluyen que se trata de un servicio y a través de la tecnología se puede brindar de manera remota.

En contraposición, Aliste Santos (2022, págs. 100-101) se opone a que la justicia, concebida como servicio público, abandone su estructura conceptual que la dogmática constitucional y procesal ha desarrollado y se le considere equivalente a cualquier ventanilla virtual que se facilita a las personas interesadas en obtener una prestación pública. En su opinión, con ese cambio conceptual precipitamos al servicio de justicia sin sentido alguno en el universo administrativo, tal y como si acudir a los tribunales fuese lo mismo que pedir una prestación de jubilación, un subsidio a favor de familiares o solicitar asistencia sanitaria en un ambulatorio.

En mi particular punto de vista, creo que la nueva dimensión conceptual de la justicia, a la luz de las TIC's, nos permite representarla como un servicio público, de modo que puede prestarse desde una sede física o virtual, indistintamente, sin que por ello se afecte su esencia o naturaleza.

Sobre este punto, el Tribunal Constitucional de España (2019), en su sentencia 55/2019, de 6 de mayo de 2019, determinó que la modernización de la administración de justicia mediante la generalización en el uso de las nuevas tecnologías no constituye un fin en sí mismo sino un instrumento para facilitar el trabajo, tanto del órgano judicial como de los justiciables, por lo que no pueden tales medios tecnológicos erigirse en ningún caso, en

impedimento o valladar para la obtención de la tutela judicial a la que todas las personas tienen derecho.

No obstante, al hablar de los servicios de justicia en el campo de la virtualidad, nos enfrentamos a un problema terminológico. En efecto, la aplicación y uso de TIC's en la administración de justicia ha recibido múltiples y variadas denominaciones: justicia electrónica, e-justicia, justicia en línea, ciberjusticia, justicia digital, etc. Estos conceptos, en muchas ocasiones, son utilizados como sinónimos,

sin que hoy en día exista uno universalmente aceptado.

¿QUÉ ES LA JUSTICIA DIGITAL?

Problema conceptual o terminológico

Me permitiré hacer un breve repaso conceptual de algunas definiciones sobre este fenómeno jurídico. Las clasificaré por año; la intención es conocer si hubo alguna variación conceptual en sus elementos con motivo de la emergencia sanitaria por Covid-19.

Tabla 1. Definiciones pre-pandemia (previas al 2020)

Autor/a y año	Concepto	Definición
Cerrillo (2007, pág. 3)	e-justicia	“La e-justicia, es decir, el uso de las tecnologías de la información y el conocimiento en la Administración de justicia puede suponer ... el uso de una pluralidad de instrumentos y canales tecnológicos: desde los ordenadores personales a la televisión, pasando por el fax o Internet. En la actualidad, los principales canales tecnológicos que se usan en la Administración de Justicia son el teléfono, el fax e Internet”.
Comisión de las Comunidades Europeas (2008, pág. 3)	e-justicia	“puede definirse como el recurso a las tecnologías de la información y la comunicación para mejorar el acceso de los ciudadanos a la justicia y para la eficacia de la acción judicial entendida como toda actividad consistente en resolver un litigio o en sancionar penalmente una conducta”.



García Barrera (2010, pág. 221)	Justicia electrónica o ciberjusticia	“se puede definir como las nuevas posibilidades que ofrecen las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), en el seno de la sociedad del conocimiento, para garantizar una administración de justicia al servicio de los ciudadanos y ciudadanas. Se trata de un concepto que involucra cualquier transacción institucional efectuada por medios electrónicos, ya sean estos teléfono, fax, Internet, el télex, EDI, etcétera, con objeto de agilizar el proceso judicial por medio de la reducción de tiempos y de costos”.
Consejo de la Unión Europea (2014, pág. 1)	e-justicia o justicia en red	“La E-Justice o Justicia en red es una herramienta de formulación de políticas mediante la cual se está simplificando y mejorando el acceso a la información jurídica y se están digitalizando los procedimientos jurídicos transfronterizos”.
Duaso Calés (2016, pág. 436)	Ciberjusticia	“Entendemos el concepto de ciberjusticia como el uso y la integración de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación en los procesos de resolución de conflictos de forma judicial o extrajudicial”.
Ríos Ruiz (2017, pág. 7)	Justicia electrónica	“se entiende por justicia electrónica al mejoramiento continuo de la administración de justicia, con el apoyo de la tecnología electrónica, que crea programas automáticos para la solución de conflictos”.
Richard González (2017, pág. 1035)	Justicia electrónica	“aquella que hace un uso inclusivo y extensivo de las Tecnologías de información y la comunicación tanto en el ámbito de la gestión documental, notificación y comunicación de los expedientes judiciales, que serán electrónicos, como en la sustanciación del procedimiento judicial en el que la regulación legal debe prever la posibilidad de practicar determinadas pruebas mediante el uso de las tecnologías de la comunicación, incorporar a la causa documentos y otros soportes en formato electrónico y, finalmente, garantizar la grabación completa de todas las audiencias y trámites orales que se desarrollen durante el procedimiento judicial”.
Susskind (2019, pág. 6)	Justicia en línea	Aquella que permite la determinación de los casos por parte de jueces humanos, pero no en salas físicas.

Tabla 2. Definiciones a partir de la pandemia (2020 en adelante)

Autor/a y año	Concepto	Definición
Lillo (2020, pág. 7)	e-justicia	“La incorporación del gobierno electrónico al sector justicia es lo que se ha conocido como e-justicia, concepto referido básicamente al uso de tecnología, particularmente de la Internet, como herramienta para lograr una mayor relación con las personas, fomentar la participación ciudadana, eliminar barreras de acceso a la justicia, promover la transparencia y rendición de cuentas, lograr una mayor relación interinstitucional y, en general, brindar un servicio judicial más eficiente”.
Ramírez Carvajal (2020, pág. 315)	Justicia digital	“ el trámite de los conflictos ante los jueces por medio de la tecnología”.
Mantallana Ruiz (2020, pág. 66)	Ciberjusticia	“Con este término se busca describir la revolución provocada por las TIC en la gestión del aparato judicial, que implica la suma de infraestructura (hardware y software), digitalización, interoperatividad y aprendizaje digital (e-learning). La ciberjusticia presupone la utilización de varios instrumentos y canales tecnológicos, como los ordenadores y la internet, que permiten un mayor y mejor acceso a la justicia”.
Echavarría-Arcila (2020, pág. 409)	Justicia digital	“La justicia digital, entendida como la administración de justicia en el entorno digital, supone una verdadera ‘administración’ o gestión, que, en este entorno, está mediada por la tecnología”.
Bueno de Mata (2020, pág. 484)	e-justicia	“Cuando las herramientas informáticas son utilizadas por los órganos jurisdiccionales en el desarrollo de su actividad, nace una nueva forma de entender la justicia a la que llamamos ‘e-justicia’ ... De este modo, la e-justicia se podría definir como la inclusión del uso de las tecnologías del conocimiento y la información en la administración de justicia. Esta supone el uso de una pluralidad de instrumentos y canales tecnológicos a la hora de impartir justicia”.
Delgado Martín (2020, pág. 241)	e-justicia	“puede ser definida como la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones, en particular internet, como herramienta para mejorar la resolución de conflictos por el sistema judicial”.



Castillo Solano (2021, pág. 152)	e-justicia	“e-justice es el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (tic) en los procesos y procedimientos (jurisdiccionales o administrativos), cuya tarea es facilitar las actividades y el quehacer institucional de quienes imparten justicia, por lo que para resolver las controversias que se plantean se usan las tic desde el inicio del proceso o procedimiento, hasta el dictado de una sentencia o resolución, incluyendo la admisión y el desahogo de pruebas”.
Medina Zepeda (2022, pág. 182)	e-justicia	“puede entenderse como la aplicación interna y externa de cualquier tipo de tecnología digital en la preparación, sustanciación, resolución y ejecución de los procedimientos seguidos en forma de juicio, con la finalidad de eficientizar la administración de justicia”.

Un elemento común que encontramos en las definiciones de “justicia digital” es que, previo a la pandemia por Covid-19, su misión era lograr la integración del uso de la tecnología para la sustanciación de los conflictos judiciales; con la pandemia esta visión se hizo más amplia y se comienza a hablar de mejorar el acceso a la justicia y de abrir la administración de justicia a la sociedad en general, no solo a las partes que forman parte de la controversia.

En consecuencia, podemos concluir, para efectos de las definiciones que hemos estudiado, que la implementación de los servicios de justicia digital derivan del sistema de *e-government* y tienen dos objetivos fundamentales: (1) mejorar la gestión y desempeño de las instituciones del sistema judicial y (2) mejorar el acceso a la justicia para toda la población (Salas Salazar, Becerra Valdivia, & otros, 2021, pág. 109).

Hasta aquí pareciera que existe un consenso teórico; sin embargo, no es en la defini-

ción donde radica la divergencia, sino en su denominación conceptual o terminológica, pues claramente se hace referencia a la justicia digital como sinónimo de justicia electrónica, e-justicia, justicia en línea, ciberjusticia, etc. Es algo que, a mi modo de ver, se toma muy a la ligera y en lo que la doctrina debería ocuparse para lograr su unificación, por lo que aquí intentaré contribuir a ello.

Precisión conceptual o terminológica

Como he señalado, la transformación digital de la justicia ha sido llamada por distintos nombres. Además de los ya expresados, añadiría otros conceptos que se utilizan de manera muy común en el foro: justicia telemática, justicia remota y justicia a distancia. Para estos fines, es importante precisar que la constante en todas esas denominaciones es la palabra “justicia”; lo que varía es su complemento, así que centraremos nuestros esfuerzos en diferenciar ese aspecto.

Justicia electrónica o e-justicia

Las expresiones “justicia electrónica” y “e-justicia” se abordarán de manera conjunta, ya que, en el contexto del uso de la tecnología aplicada en los servicios de impartición de justicia, son sinónimos y pueden utilizarse indistintamente. Respecto al prefijo “-e” sirve para recalcar que estamos aplicando a una misma realidad un matiz electrónico (Bueno de Mata, 2020, pág. 484).

Ahora bien, con esa precisión, debemos decir que, según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (RAE, 2022) la voz electrónica denota “*que funciona mediante la electrónica*”. Este vocablo se utiliza comúnmente para referirse al dispositivo o medio utilizado para su funcionamiento. Por ejemplo, la computadora es una máquina electrónica; el celular es un dispositivo electrónico. Cuando alguna actividad se realiza usando algún medio electrónico, suele colocárseles esa característica en su denominación: así conocemos al correo electrónico, mensaje electrónico, tarjeta electrónica, etc.

Bajo esta concepción, la justicia electrónica sólo se refiere a los medios o mecanismos a través de los cuales puede hacerse uso de los programas o herramientas tecnológicas en la impartición de justicia, pero no a la forma de almacenamiento o procesamiento de datos. La idea de la justicia electrónica se centra, pues, en que su servicio puede desarrollarse a través de una computadora u otro dispositivo electrónico. Por ende, la justicia digital no es ni puede ser sinónimo de e-justicia (Echavarría-Arcila, 2020). La justicia electrónica o e-justicia es, digamos, la forma

en que la justicia digital se materializa en el mundo real.

Justicia en línea

La frase “en línea” sugiere la utilización de la internet. Aunque, ciertamente, la internet es la que permite la expansión de los servicios judiciales, también existen avances tecnológicos al interior de los Poderes Judiciales que permiten realizar actividades fuera de línea, mediante programas o desarrollos de aplicaciones que sólo sirven a través de redes locales.

En palabras de Echavarría-Arcila (2020, pág. 415), las soluciones tecnológicas son herramientas para lograr el paradigma de la justicia digital, pero éste trasciende la utilización de mecanismos instrumentales de carácter electrónico o informático, para estructurarse en una verdadera gestión tecnológica de justicia, por fuera del entorno analógico. Así, la idea de la justicia en línea queda corta, puesto que sólo se enfoca en aquellos servicios que pueden prestarse a través de la internet, pero excluye todos los que son locales o internos y que pueden prestarse *offline*. La justicia en línea es, entonces, la parte de la justicia digital que aprovecha las herramientas tecnológicas y cobertura de la internet.

Justicia telemática

La voz “telemática” se puede definir como “*aplicación de las técnicas de la telecomunicación y de la informática a la transmisión de información computarizada*” (RAE, 2022). Es la vía que hace posible desarrollar aplicaciones tecnológicas o programas informáticos que puedan ser utilizados en un equipo de cómputo o dispositivo electrónico.

En tanto herramienta, el impacto de la tecnología no depende de sí misma, sino de su uso y gestión. Por tanto, al ser las aplicaciones tecnológicas o programas informáticos sólo una herramienta técnica para poder implementar la justicia digital, no se le puede ver como sinónimo de ésta. Siguiendo esta misma línea de pensamiento, los medios tecnológicos son necesarios para gestionar la justicia en el entorno digital, pero en sí mismos tienen un carácter fundamentalmente instrumental (Echavarría-Arcila, 2020, pág. 403).

La justicia telemática, desde esta visión, constituye el desarrollo de aplicaciones que hacen posible que los servicios que presta la justicia digital puedan llevarse a cabo a través de un equipo de cómputo o dispositivo electrónico e integrarse a las constancias procesales en formato virtual.

Justicia remota o a distancia

La palabra “remota” da la idea de muy lejano (RAE, 2022). Se entrecruza con la expresión “a distancia”. La justicia remota o a distancia es aquella que nos permite hacer los trámites judiciales, que brinda la justicia digital, sin tener que acudir prácticamente a los juzgados y tribunales, es decir, conlleva el mero desplazamiento de una sede física a otra electrónica.

La justicia remota o a distancia se concreta a la realización de actos procesales desde cualquier lugar a través de una sede judicial electrónica, sin necesidad de tener que trasladarse o hacer uso de una sede judicial física, lo cual, a diferencia de la justicia digital, acota su concepto.

Justicia cibernética o ciberjusticia

Pasando a la cibernética, ésta constituye una ciencia que estudia comparativamente los sistemas de comunicación y regulación automática de los seres vivos con sistemas electrónicos y mecánicos semejantes a aquéllos (García Barrera, 2010, pág. 212). En su sentido gramatical, cibernética significa “*creado o regulado mediante computadora*”, así como “*perteneciente o relativo a la realidad virtual*” (RAE, 2022).

La justicia cibernética, desde este punto de vista, sería la parte de la justicia digital vinculado con las tecnologías de inteligencia artificial. La justicia digital, en este rubro, no se traduce en una reflexión sobre el reemplazo de los operadores jurídicos por máquinas (Echavarría-Arcila, 2020, págs. 404-405), sino en modernizar y automatizar procesos mediante algoritmos que coadyuven a simplificar las tareas judiciales. Sin embargo, como advierte Taruffo (2009, pág. 395), este tipo de investigación está apenas comenzando y el propósito de construir una teoría completa de la inteligencia artificial en la práctica judicial está lejos de ser alcanzada.

Justicia digital

Hasta aquí, va quedando claro que me decanto por la utilización del término “justicia digital”. La palabra “digital” tiene un alcance más amplio en el campo de la informática. El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (RAE, 2022) la define como “*Dicho de un dispositivo o sistema: Que crea, presenta, transporta o almacena información mediante la combinación de bits*”. La

justicia digital no se refiere sólo a los medios que permiten su utilización, ni a los sistemas que hacen posible su funcionamiento u operación, sino al conjunto de todos ellos.

La justicia digital es, en mi particular óptica, la rama de derecho procesal, perteneciente a la informática jurídica, que permite la implementación y uso de la tecnología en la prestación del servicio público de impartición de justicia, mediante programas o sistemas informáticos que pueden operar dentro o fuera de línea y que tienen el potencial de constituirse como una herramienta de administración y gestión de todo el proceso judicial.

SISTEMA DE GESTIÓN DE PROCESOS

El trámite judicial está regido por reglas procedimentales preestablecidas en normas de carácter legal, las cuales, con ayuda de la tecnología, son susceptibles de mejorarse y complementarse con modelos eficientes de gestión (Varela S. & Caro G., 2019, págs. 108-109). Por ello, los sistemas de gestión procesal son fundamentales en los sistemas tecnológicos de impartición de justicia digital. Según Cordella y Cortinio (2020, pág. 13), los sistemas de gestión procesal son aplicaciones que adoptan los tribunales para apoyar y optimizar las tareas de las oficinas judiciales, como el registro de documentos procesales y el seguimiento del cronograma de casos.

Normalmente, estos sistemas, como instrumento de mejora, inician injertando nueva tecnología a viejas prácticas de trabajo (Susskind, 2019, pág. 34), que luego se va ampliando hasta tener cada vez una mayor cobertura en la administración de justicia. Su enfoque

es respaldar y automatizar la información judicial para lograr resultados más eficaces, uniformes, imparciales, transparentes, rápidos y económicos (Pérez-Luño Robledo, 2022, pág. 530), además de constituirse como un pre-requisito de la interoperabilidad.

Los sistemas de gestión procesal son tecnologías de *back-office* y, por lo mismo, el personal judicial es el usuario más frecuente. Estos sistemas suelen reemplazar los registros en papel –*libros o expedientes*– y permiten la recopilación de datos detallados y precisos, que son esenciales para contar con datos estadísticos (Cordella & Cortinio, 2020, pág. 13).

Aunque su finalidad es que los empleados judiciales –*y particularmente las personas juzgadoras*–, puedan dedicarse a labores que exijan una mayor actividad intelectual, el fácil manejo de datos y procesamiento de texto ha hecho prevalecer la mala práctica de “copiar y pegar”, que sólo extiende el contenido de los documentos con una gran cantidad de información, pero sin una argumentación adecuada, pues muchas veces sólo se presentan justificaciones que nada tienen que ver con los procesos que efectivamente han disparado la narrativa de la decisión (Cáceres Nieto, 2016, pág. 72).

El reto al que se enfrentan los sistemas de gestión de casos es que brinden mayores niveles de eficiencia en los procesos judiciales, disminuyendo el tiempo necesario para su desahogo; permitan que las personas juzgadoras se concentren en la toma de decisiones, eje central del sistema judicial; y que se garanticen los derechos humanos de acceso a la justicia y debido proceso.

EXPEDIENTE ELECTRÓNICO

El concepto de expediente judicial electrónico puede tener varias connotaciones. En España, el artículo 26.1 de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y comunicación (2011), lo define como: “...el conjunto de datos, documentos, trámites y actuaciones electrónicas, así como de grabaciones audiovisuales correspondientes a un procedimiento judicial, cualquiera que sea el tipo de información que contenga y el formato en el que se hayan generado”. Esa misma definición la encontramos en el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico de la Real Academia Española (2023).

En México, este concepto legislativamente se introduce por primera vez en el año 2005 en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León (CPCNL, 2022), donde se estableció en su artículo 48 que expediente electrónico “es el conjunto de documentos digitalizados, promociones electrónicas y resoluciones realizadas en los sistemas del poder judicial, almacenados en sus bases de datos siendo una copia fiel del expediente físico”. Más tarde, la Primera Sala de la SCJN (2013), en la contradicción de tesis 455/2012, vendría a reconocer su validez en los procesos penales de corte acusatorio, definiéndolo como un dispositivo de almacenamiento de información procesal en soportes digitales para preservar las constancias que lo integran, al que se le dio la naturaleza jurídica de una prueba instrumental pública de actuaciones, por tratarse de la simple fijación o registro, por medios digitales o electrónicos, de los actos o diligencias propios de la tramitación de una causa.

Por su parte, el Consejo de la Judicatura Federal, a través del Acuerdo General 12/2020 (CJF, 2020), ha definido al expediente electrónico –artículo 2, fracción XIV– como: “conjunto de documentos electrónicos y digitalizados que integran el contenido de la totalidad de actuaciones judiciales, entre ellas, promociones, acuerdos, notificaciones, resoluciones o sentencias y los correspondientes registros administrativos”. En fechas recientes, el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares (2023) –en periodo de vacatio legis en el marco de esta investigación–, en su artículo 2, fracción XVIII, establece que es “el conjunto de información contenida en documentos electrónicos, documentos digitalizados o mensajes de datos que conforman un determinado procedimiento jurisdiccional, independientemente de que esté conformado por texto, imagen, audio, video o cualquier otra tecnología”.

Es común que las legislaciones, al menos en México, establezcan que el expediente electrónico e impreso deben coincidir íntegramente, por ejemplo, la Ley de Amparo –artículo 3, sexto párrafo– (LA, 2022), el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares –artículo 941– (CNPCYF, 2023) y el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León –artículo 62– (CPCNL, 2022), por lo que son vistos como un complemento del expediente físico, lo que significa que sirven para ofrecer una versión digital de las actuaciones en papel relacionadas con asuntos que se siguen ante los tribunales. En otros casos menos comunes, los expedientes judiciales electrónicos no constituyen un soporte del expediente físico o impreso, sino que su integración es completamente virtual. Me parece

interesante que el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares (CNPCYF, 2023) –*que constituye la legislación más contemporánea a esta investigación*– delega en los Consejos de la Judicatura la facultad para integrar solamente la versión electrónica, pero siempre que se garantice a las partes el derecho a la tutela judicial efectiva.

Desde esta perspectiva, podríamos concluir que son dos los enfoques que puede adoptar el expediente judicial electrónico: (1) una amplia, en la que se le considera como un mero respaldo de la información procesal que existe de manera física, donde los juzgados y tribunales deben trabajar con procedimientos mixtos –*en papel y electrónicos*–; y (2) otra estricta, en la que el almacenamiento de la información judicial no permite el uso del papel y, por ende, los juzgados y tribunales utilizan exclusivamente sistemas totalmente automatizados.

En cualquier caso, el expediente judicial electrónico es una mejora deseable de tecnologías de *front-office*, que facilitan el acceso a la información judicial, pues puede llegar a reducir significativamente el número de usuarios que acuden a los juzgados para consultar las constancias procesales; agilizar las actividades de *back-office*, al contarse con registro electrónicos que brinda el sistema de gestión de casos; y generar una mayor estandarización del procedimiento, lo que conlleva una mayor eficiencia y seguridad jurídica.

La implementación del expediente electrónico total puede conducir al tentador ideal de tener un proceso judicial sin papel pero, como advierten Cordella y Cortinio (2020, pág. 37),

hacer obligatorio el uso del expediente electrónico no puede considerarse una solución rápida para impulsar su utilización, ya que se requiere de una infraestructura tecnológica que permita el intercambio seguro de datos y documentos relacionados con los casos judiciales. Será una opción valiosa solo cuando la mayoría de las personas usuarias –*internas y externas*– lo utilicen con cierta frecuencia y se hubiere probado su confiabilidad, aunque no tendrá impacto positivo si esas personas todavía prefieren usar medios físicos; lo que se puede hacer, como alternativa, es promover estrategias para fomentar el uso del expediente electrónico, sin pasar por alto ni minimizar la existencia de la brecha digital.

FIRMA ELECTRÓNICA

La justicia tradicional o analógica se caracteriza por el excesivo uso de papel y, en tal sentido, parte de la creencia que el modo más seguro para demostrar la autenticidad o validez de los documentos es mediante el empleo de firmas autógrafas o del puño y letra del firmante (Castillo Solano, 2021, pág. 149).

No obstante, desde hace algunos años este concepto ha ido evolucionando, impulsado por la utilización cada vez más habitual del uso de la tecnología, dando lugar a lo que hoy conocemos como firma electrónica. Así, como una primera definición, podemos decir que la firma electrónica es equivalente a la firma autógrafa, sólo que, mientras que ésta se caracteriza por elementos, rasgos o signos manuscritos, aquella se compone por una serie de códigos digitales.

El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico de la Real Academia Española (2023) se-

ñala que firma electrónica es el “conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante”, distinguiéndola de la firma electrónica avanzada, la cual define como aquella “que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control”.

En el plano internacional, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre las Firmas Electrónicas (LMFE, 2001) –artículo 2, inciso a– dispone que “por ‘firma electrónica’ se entenderán los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos”.

En México, la figura de la firma electrónica la encontramos regulada, entre otros ordenamientos legales, en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León (CPCNL, 2022), en el Código de Comercio (CC, 2018), en la Ley de Firma Electrónica Avanzada (LFEA, 2021), en la Ley Federal del Trabajo (LFT, 2022) y en el nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares (CNPCYF, 2023), los cuales la definen, respectivamente, de la siguiente manera:

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León (CPCNL, 2022)

Artículo 48.- (...)

Firma Electrónica: es la información en forma electrónica consignada en un mensaje de datos, adjuntados o lógicamente asociados al mismo por cualquier tecnología, que son utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje y que produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa, siendo admisible como prueba en juicio.

Código de Comercio (CC, 2018)

Artículo 89.- (...)

Firma Electrónica: Los datos en forma electrónica consignados en un Mensaje de Datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo por cualquier tecnología, que son utilizados para identificar al Firmante en relación con el Mensaje de Datos e indicar que el Firmante aprueba la información contenida en el Mensaje de Datos, y que produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa, siendo admisible como prueba en juicio.

Firma Electrónica Avanzada o Fiable: Aquella Firma Electrónica que cumpla con los requisitos contemplados en las fracciones I a IV del artículo 97.

En aquellas disposiciones que se refieran a Firma Digital, se considerará a ésta como una especie de la Firma Electrónica.

Artículo 97.- Cuando la ley requiera o las partes acuerden la existencia de una Firma en relación con un Mensaje de Datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si se utiliza una Firma Electrónica que resulte apropiada para los

finés para los cuales se generó o comunicó ese Mensaje de Datos.

La Firma Electrónica se considerará Avanzada o Fiable si cumple por lo menos los siguientes requisitos:

I. Los Datos de Creación de la Firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al Firmante;

II. Los Datos de Creación de la Firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del Firmante;

III. Es posible detectar cualquier alteración de la Firma Electrónica hecha después del momento de la firma, y

IV. Respecto a la integridad de la información de un Mensaje de Datos, es posible detectar cualquier alteración de ésta hecha después del momento de la firma.

Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de que cualquier persona demuestre de cualquier otra manera la fiabilidad de una Firma Electrónica; o presente pruebas de que una Firma Electrónica no es fiable.

Ley de Firma Electrónica Avanzada (LFEA, 2021)

Artículo 2.- (...)

XIII. Firma Electrónica Avanzada: el conjunto de datos y caracteres que permite la identificación del firmante, que ha sido creada por medios electrónicos bajo su exclusivo control, de manera que está vinculada únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, lo que permite que sea detectable cualquier modificación ulterior de éstos, la cual produce los mismos efectos jurídicos que la firma

autógrafa;

Ley Federal del Trabajo (LFT, 2022)

Artículo 836-B.- (...)

j) Firma electrónica: Conjunto de datos que en forma electrónica son vinculados o asociados a un mensaje de datos por cualquier tecnología y que son utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos para indicar que aprueba la información contenida en el mensaje de datos;

k) Firma Electrónica Avanzada: al conjunto de caracteres que permite la identificación del firmante en los documentos electrónicos o en los mensajes de datos, como resultado de utilizar su certificado digital y clave privada y que produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa;

Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares (CNPCYF, 2023)

Artículo 2.- (...)

XX. Firma electrónica avanzada. El conjunto de datos y caracteres que permite la identificación del firmante, que ha sido creada por medios electrónicos bajo su exclusivo control, de manera que está vinculada únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, lo que permite que sea detectable cualquier modificación ulterior de éstos, la cual produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa. La firma electrónica avanzada prevalece frente a la firma electrónica simple, ya que los requisitos de producción de la primera la dotan de más seguridad que la segunda. A pesar de que las autoridades utilicen una termino-

logía distinta para este tipo de firma, si la misma cuenta con los atributos y características señaladas en esta definición, será considerada como firma electrónica avanzada para los efectos de este Código Nacional;

XXI. Firma electrónica o firma electrónica simple. Los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo por cualquier tecnología, que son utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información contenida en el mensaje de datos, y que produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa, siendo admisible como prueba en juicio;

En este tenor, podemos establecer que la firma electrónica es tecnología de *front-office*, a la que podemos atribuirle dos dimensiones. En una, que denominaríamos básica o simple, la firma electrónica cumple la función más básica, que es simplemente la de identificar al firmante; se puede conformar de contraseñas, número de identificación personal –*nip*– o a través de reconocimiento biométrico o pluma digital. En la otra, que sería la avanzada o certificada, la firma electrónica reúne más requisitos de seguridad que la firma electrónica básica o simple, puesto que, además de identificar a la persona firmante, ofrece la seguridad de garantizar la integridad del documento y detecta las modificaciones realizadas posteriormente al mismo (Cerdá Meseguer, 2018, págs. 174-175); por ejemplo, la *e.firma* de Servicio de Administración Tributaria o la FIREL del Poder Judicial de la Federación.

NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA

La notificación, como medio de comunicación en el proceso judicial, es parte fundamental del debido proceso, por ser el acto mediante el cual se hace saber a la persona interesada el contenido de las resoluciones dictadas en un juicio. Una de las modalidades en que puede llevarse a cabo es por medios electrónicos; a este tipo de notificación se le conoce como notificación electrónica y es propia de las tecnologías de *front-office*.

En México, el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León (CPCNL, 2022) –*artículo 48*– establece que notificación electrónica es el “*proceso mediante el cual se dan a conocer las actuaciones judiciales realizadas en los procesos civiles, familiares y de jurisdicción concurrente a los usuarios del Tribunal Virtual*”, mientras que el reciente Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares (CNPCYF, 2023) –*artículo 2, fracción XXVII*– la define como el “*acto mediante el cual se hace saber a las personas a quienes va dirigida, a través de medios electrónicos, una resolución judicial*”.

En el caso concreto de Nuevo León, la Primera Sala de la SCJN (2017), al resolver el amparo directo en revisión 258/2017, validó los alcances y funcionamiento del mecanismo de notificaciones electrónicas, determinando que no existe ambigüedad, imprecisión o deficiencia, sino que contienen las previsiones necesarias para que el justiciable tenga plena certeza de las reglas aplicables a las notificaciones electrónicas efectuadas mediante el Tribunal Virtual.

VIDEOCONFERENCIA

La utilización de la videoconferencia en el ámbito judicial tiene un amplio respaldo legal, no sólo en el Derecho interno, sino también en el Derecho Internacional. En este último plano, tenemos el Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia (CIUVCISJ, 2011), suscrito y ratificado por los países de la región —*entre los que destaca México*—, en el que se asumió el compromiso de favorecer el uso de la videoconferencia como un medio concreto para fortalecer y agilizar la cooperación mutua en materia civil, comercial y penal, así como en otras materias. La videoconferencia, para esos efectos, se define como un sistema interactivo de comunicación que transmita, de forma simultánea y en tiempo real, imagen, sonido y datos a distancia de una o más personas que presen declaración, ubicadas en un lugar distinto de la autoridad competente, para un proceso, con el fin de permitir la toma de declaraciones en los términos del derecho aplicable de los Estados involucrados.

En México, el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP, 2023), desde su expedición en el año 2014, estatuye —*artículo 51*— que la videoconferencia en tiempo real u otras formas de comunicación que se produzcan con nuevas tecnologías podrán ser utilizadas para la recepción y transmisión de medios de prueba y la realización de actos procesales, siempre y cuando se garantice previamente la identidad de los sujetos que deban intervenir en ese acto. Más recientemente, el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares —*artículo 2, fracción XXXIV*— (CNP-

CYF, 2023) contempla la posibilidad de celebrar actos procesales desde salas virtuales, las cuales son definidas como los programas de cómputo, herramientas, plataformas electrónicas de videoconferencia, metaverso, sistema de realidad virtual o aumentada, sistema holográfico o cualquier otro medio tecnológico designado como sistema de interacción a distancia, que permita la transmisión de audio, video o imágenes, así como la comunicación sincrónica entre las partes que participan en ellos.

INTEROPERABILIDAD

El término “interoperabilidad” se usa comúnmente para indicar la capacidad de las organizaciones para trabajar juntas con el fin de lograr objetivos comunes (Cordella & Cortinio, 2020), mediante el intercambio seguro y confiable de información, tanto entre las que forman parte de la rama judicial como las que no. Puede decirse que: (1) desde un punto de vista técnico, describe la capacidad de dos o más dispositivos de *hardware* y dos o más de *software* de trabajar juntos (Lueders, 2004, pág. 4); y, (2) desde un punto de vista práctico, se equipara a un proceso de tráfico de información entre programas o sistemas informáticos, que establecen comunicaciones mutuas (Gamero Casado, 2009, pág. 292).

A nivel europeo, este concepto se introduce por primera vez en la Decisión 2004/387/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a la prestación interoperable de servicios paneuropeos de administración electrónica al sector público, las empresas y los ciudadanos (IDABC, 2004), en el que se establece —*artículo 3, inciso f*—

que la interoperabilidad es la “*capacidad de los sistemas de tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), y de los procesos empresariales a los que apoyan, de intercambiar datos y posibilitar la puesta en común de información y conocimientos*”. Sin embargo, fue en el Anexo de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (LAECSP, 2007), de España, donde obtiene su reconocimiento legal, definiéndose –*inciso o*– como la “*capacidad de los sistemas de información, y por ende de los procedimientos a los que éstos dan soporte, de compartir datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento entre ellos*” (Bueno de Mata, 2022, pág. 153; 167).

Por su parte, el Marco Europeo de interoperabilidad – Estrategia de aplicación, en su Anexo de la comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones (MEI, 2017), precisa –*punto 1.1.1*– que “*la interoperabilidad es la capacidad de que las organizaciones interactúen con vistas a alcanzar objetivos comunes que sean mutuamente beneficiosos y que hayan sido acordados previa y conjuntamente, recurriendo a la puesta en común de información y conocimientos entre las organizaciones, a través de los procesos empresariales a los que apoyan, mediante el intercambio de datos entre sus sistemas de TIC respectivos*”.

Para efectos de determinar su precisión conceptual, se tomó como referencia a la Unión Europea, por ser uno de los primeros operadores mundiales que ha percibido la importancia de la interoperabilidad (Gamero Casado,

2009, pág. 303), misma que se presenta y actúa como el motor de la administración electrónica (Cerdá Meseguer, 2018, pág. 129).

Ahora bien, en el sector judicial, el reto que enfrenta la justicia en el terreno de las TIC’s, al igual que el *e-government*, es evolucionar hacia la interoperabilidad y la gestión electrónica general (Echavarría-Arcila, 2020, pág. 406), pues sólo así se logrará el funcionamiento armónico y cohesionado de los distintos sistemas, organizaciones, procesos y aplicaciones existentes que, en el ámbito de la justicia, son numerosos dada la variedad de actores implicados (García Barrera, 2016, pág. 162). Por lo mismo, su implantación es compleja, ya que se requiere de una infraestructura tecnológica flexible y adaptable, que permita la interconexión y el intercambio electrónico de datos y documentos, así como la colaboración de personas e instituciones ajenas al Poder Judicial, con las que exista conectividad y compatibilidad entre equipos, plataformas y aplicaciones.

Dada la complejidad y el alto nivel de interoperabilidad que requieren, el diseño y desarrollo de estas tecnologías de *front-office* plantea un problema, que parece hacerse más grave en países con un sistema de gobierno federal, donde cada jurisdicción tiende a desarrollar su propio sistema informático (Cordella & Cortinno, 2020, pág. 15; 44). Por esta razón, muchos proyectos de justicia digital se han suspendido o no se han extendido, debido a que los programas de gestión procesal son incompatibles entre sí (Bueno de Mata, 2022, pág. 152). No obstante, la interoperabilidad es uno de los objetivos que debe buscar el sistema judicial moderno, por las ventajas potenciales

que puede brindar, no sólo dentro de la propia organización, sino para todos los involucrados o interesados en las tareas y funciones que realiza el Poder Judicial.

La interoperabilidad es, entonces, el desafío más importante que se plantea a la gestión administrativa en la primera mitad del siglo XXI (Gamero Casado, 2009, pág. 294) que, de lograrse plenamente en el sector de la justicia, nos acercaría cada vez más al imperativo constitucional de ofrecer un proceso con todas las garantías (Bueno de Mata, 2022, pág. 152).

CONCLUSIONES

El derecho procesal, entendido como el conjunto de disposiciones que regulan la sucesión concatenada de los actos jurídicos por el juez, las partes y otros sujetos procesales, con el objeto de resolver las controversias que se suscitan con la aplicación de las normas de derecho sustantivo (Fix-Zamudio, 1983, pág. 199), ha evolucionado de forma tal que ahora es posible realizar esos actos jurídicos a través de herramientas tecnológicas, o como diría Ortells Ramos (2020, pág. 360) *“las nuevas tecnologías de la informática y las telecomunicaciones han abierto posibilidades de cambios en las formas de realización de los actos procesales”*.

Sin lugar a dudas, la irrupción de las TIC's en el sector judicial y, particularmente, en los procesos judiciales, ha generado una transformación en el derecho procesal y, por ende, surge la necesidad de que éste se adapte a una nueva realidad, lo que implica un profundo análisis de los derechos fundamentales, principios

y reglas comprometidos en su marco de actuación y de los mecanismos digitales que se utilizan en este nuevo entorno o ecosistema digital. Por ello, comparto la opinión de Martín Diz (2020, pág. 51) cuando afirma que esos cambios en las formas de realización de actos procesales nos pueden conducir a un cambio, o al menos a una actualización, en la denominación y aplicación de principios procesales.

Es por ello que en la definición que propongo de justicia digital introduzco un elemento diferenciador que es la ubicación de ese fenómeno jurídico como una rama del derecho procesal. La finalidad de esto no es solamente retórica o estilística, sino que tiene una razón de fondo y es transformar la justicia digital en una disciplina de derecho procesal, a la que podríamos llamar derecho procesal digital.

En esta nueva dimensión del derecho procesal debemos tener presente y reconocer que el futuro menos probable es que no haya más avances tecnológicos en la impatición de justicia y que las tecnologías de hoy sean el final de la modernización judicial. También que esta modernización no se limitará a trasladar de la esfera analógica a la virtual los procesos judiciales actuales, sino que su objetivo será transformarlos para proporcionar a la sociedad un acceso a la justicia más adecuado, rápido, oportuno, eficiente, ágil y transparente.

Con esto no estoy diciendo que es necesario replantear la teoría del derecho procesal o cambiarla y sustituirla por una nueva, sino en ver a la justicia digital como un fenómeno jurídico que se integra por un conjunto de formalidades que le son propias y que deben observarse dentro del proceso judicial, además

de ser garantizadas, para lograr el respeto de los derechos fundamentales, principalmente los derivados del derecho a la tutela judicial efectiva.

TRABAJOS CITADOS

- CC. (2018). *Código de Comercio*. Recuperado el 7 de junio de 2023, de Cámara de Diputados: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CCom.pdf>
- Cáceres Nieto, E. (2016). *Técnicas ericksonianas para la elicitation del conocimiento judicial en un proyecto de inteligencia artificial aplicada al Derecho* (Primera ed.). (U. N. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ed.) México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- LA. (2022). *Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Recuperado el 6 de junio de 2023, de Cámara de Diputados: <https://web.diputados.gob.mx/inicio>
- LAECSP. (22 de junio de 2007). *Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos*. Recuperado el 7 de junio de 2023, de Boletín Oficial del Estado, España: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12352>
- Campuzano Gallegos, A. (2019). *Inteligencia artificial para abogados. Ya es tiempo* (Primera ed.). México: Dofiscal Thompson Reuters.
- Castillo Solano, R. (septiembre-diciembre de 2021). E-justicia en México: aspectos fundamentales. *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, 4(15), 148-174.
- Cerdá Meseguer, J. I. (2018). *El expediente judicial electrónico*, Tesis doctoral. Recuperado el 7 de junio de 2023, de Universidad de Murcia, España: <http://hdl.handle.net/10201/56617>
- Cerrillo, A. (junio de 2007). E-justicia: las tecnologías de la información y el conocimiento al servicio de la justicia iberoamericana en el siglo XXI. *Revista de Internet, Derecho y Política*(4), 2-12.
- Ley 18/2011. (2011). *Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia*. Recuperado el 6 de junio de 2023, de Boletín Oficial del Estado, Gobierno de España: <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/07/05/18/con>
- LFEA. (2021). *Ley de Firma Electrónica Avanzada*. Recuperado el 7 de junio de 2023, de Cámara de Diputados: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFEA_200521.pdf
- LFT. (2022). *Ley Federal del Trabajo*. Recuperado el 7 de junio de 2023, de Cámara de Diputados: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFT.pdf>
- Lillo L., R. (2020). Indicadores de CEJA: El rol de las TIC en una justicia para ciudadanos. *Sistemas Judiciales, El rol de las nuevas tecnologías en el sistema de justicia*(Año 9, No. 16), p. 6-17. Recuperado el 29 de abril de 2022, de Centro de Estudios de Justicia de las Américas: https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2018/04/revisita16_completa.pdf
- CIUVCISJ. (2011). *Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia*. México. Recuperado el 29 de abril de 2022, de Secretaría de Relaciones Exteriores: <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/ConvIberoVideoIntSistJusProtAdic.pdf>
- CJF. (2020). *Acuerdo General 12/2020, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que regula la integración y trámite de expediente electrónico y uso de videoconferencias en todos los asuntos competencia de los órganos jurisdiccionales a cargo del propio Consejo*. Recuperado el 6 de junio de 2023, de Consejo de la Judicatura Federal: https://apps.cjf.gob.mx/normativa/Recursos/2020-12-0-AC_V07.pdf
- LMFE. (2001). *Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Firmas Electrónicas*. Recuperado el 7 de junio de 2023, de Naciones Unidas: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/ml-elecsig-s.pdf>
- CNPCYF. (2023). *Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares*. Recuperado el 7 de junio de 2023, de Diario Oficial de la Federación: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5691385&fecha=07/06/2023#gsc.tab=0

- CNPP. (2023). *Código Nacional de Procedimientos Penales*. Recuperado el 23 de noviembre de 2023, de Cámara de Diputados del Congreso de la Unión: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP.pdf>
- Comunidades Europeas, C. (30 de mayo de 2008). *Hacia una estrategia europea en materia de e-Justicia (Justicia en línea)*. (Comisión de las Comunidades Europeas) Recuperado el 3 de junio de 2023, de European Union Law: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0329:FIN:ES:PDF>
- Londoño Sepúlveda, N. R. (2010). El uso de las TIC en el proceso judicial: una propuesta de justicia en línea. *Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Vol. 40*(No. 112), p. 123-142. Recuperado el 29 de abril de 2022, de Bibliografía Latinoamericana en revistas de investigación científica y social, UNAM: <https://biblat.unam.mx/es/revista/revista-facultad-de-derecho-y-ciencias-politicas/articulo/el-uso-de-las-tic-en-el-proceso-judicial-una-propuesta-de-justicia-en-linea>
- Cordella, A., & Cortinio, F. (2020). *Tecnologías digitales para mejorar los sistemas de justicia: un conjunto de herramientas para la acción*. Banco Interamericano de Desarrollo. Recuperado el 29 de abril de 2022, de Banco Interamericano de Desarrollo: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Tecnologias-digitales-para-mejorar-los-sistemas-de-justicia-un-conjunto-de-herramientas-para-la-accion.pdf>
- CPCNL. (2022). *Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León*. Recuperado el 6 de junio de 2023, de Congreso del Estado de Nuevo León: <https://www.hcnl.gob.mx/>
- Lueders, H. (2004). *El Marco Europeo de Interoperabilidad. Recomendaciones de la industria de las tecnologías de la información y comunicación*. Recuperado el 7 de junio de 2023, de Portal de la Administración Electrónica, España: https://administracionelectronica.gob.es/pae_Home
- Aliste Santos, T. J. (2022). Hacia un sistema de justicia digitalizado: problemas y desafíos. En M. L. Sánchez-Arjona, S. Calaza López, & J. C. Muínelo Cobo, *Digitalización de la justicia: prevención, investigación y enjuiciamiento* (Primera ed., págs. 93-110). España: Thomson Reuters.
- Bueno de Mata, F. (2020). Últimos avances de la justicia digital y los programas de gestión y tramitación procesal informatizados en España. En D. M. Ramírez Carvajal, *Justicia digital: una mirada internacional en época de crisis* (Primera ed., págs. 483-569). Colombia: Justicia y Proceso.
- Bueno de Mata, F. (2022). Interoperabilidad de sistemas de gestión procesal y debido proceso: experiencias a nivel nacional y europeo para alcanzar una verdadera digitalización de la justicia. En M. L. Sánchez-Arjona, S. Calaza López, & J. C. Muínelo Cobo, *Digitalización de la justicia: prevención investigación y enjuiciamiento* (Primera ed., págs. 151-178). España: Thomson Reuters Aranzadi.
- Delgado Martín, J. (2020). *Judicial-Tech, el proceso digital y la transformación tecnológica de la justicia. Obtención, tratamiento y protección de datos en la justicia* (Primera ed.). Madrid, España: Wolters Kluwer.
- Duaso Calés, R. (2016). Ciberjusticia: tecnologías e internet para el acceso a la justicia. En M. Recio Gayo, *La Constitución en la sociedad y economía digitales. Temas selectos de derecho digital mexicano* (Primera ed., págs. 433-472). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Echavarría-Arcila, M. A. (2020). La "justicia digital": del término común al concepto especializado. En D. M. Ramírez Carvajal, *Justicia digital. Una mirada internaional en época de crisis* (Primera ed., págs. 401-418). Colombia: Justicia y Proceso.
- Fix-Zamudio, H. (1983). Derecho procesal. En U. N. Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano* (Primera ed., Vol. III, págs. 199-202). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gamero Casado, E. (mayo-agosto de 2009). Interoperabilidad y administración electrónica: conéctense, por favor. *Revista de Administración Pública*(179), 291-332.
- García Barrera, M. E. (2010). Justicia electrónica o ciberjusticia. El Tribunal Virtual y sus alcances en Nuevo León. *Jurística, Estudios en homenaje a Julio Téllez Valdés por sus 30 años de labor académica en el derecho informático*, p. 208-230. Recuperado el 29 de abril de 2022,

- de Biblioteca Jurídica Virtual, UNAM: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2958/16.pdf>
- García Barrera, M. E. (2016). Justicia electrónica: en busca de la interoperabilidad. En E. Téllez Carvajal, *Derecho y TIC. Vertientes actuales* (Primera ed., Vols. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 751, págs. 161-182). México: Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado el 29 de abril de 2022, de Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM: <https://www.infotec.mx/work/models/Infotec/Publicaciones/Derecho-y-TIC-Vertientes-actuales.pdf>
- González Martín, N., & Navarro Sánchez, F. (2020). *Emergencia sanitaria por Covid-19: medios alternos de solución de conflictos (MASC)* (Primera ed.). México: Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado el 29 de abril de 2022, de Biblioteca Jurídica Virtual, UNAM: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6279/1a.pdf>
- IDABC. (28 de abril de 2004). *Decisión 2004/387/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a la prestación interoperable de servicios paneuropeos de administración electrónica al sector público, las empresas y los ciudadanos*. Recuperado el 7 de junio de 2023, de Boletín Oficial del Estado, España: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2004-81420>
- Mantallana Ruiz, R. (julio-diciembre de 2020). Desafíos y oportunidades de la justicia digital en el ámbito laboral. *Revista de Derecho Procesal del Trabajo*, 2(2), 59-76.
- Martín Diz, F. (2020). Justicia digital post-covid: el desafío de las soluciones extrajudiciales electrónicas de litigios y la inteligencia artificial. *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*(No. 2), p. 41-74. Recuperado el 29 de abril de 2022, de Editorial UCA, Universidad de Cádiz: <https://revistas.uca.es/index.php/rejucrim/article/view/6712/7080>
- Medina Zepeda, E. (enero-junio de 2022). Hacia una teoría sobre la e-justicia o justicia digital: instrucciones para armar. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*(46), 177-212.
- MEI. (23 de marzo de 2017). *Anexo de la comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*. Recuperado el 7 de junio de 2023, de Marco Europeo de Interoperabilidad - Estrategia de aplicación: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:-52017DC0134&from=LT>
- Ortells Ramos, M. (2020). *Introducción al Derecho Procesal* (Décima ed.). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Pérez-Luño Robledo, E. C. (2022). Digitalización, administración de justicia y abogacía. En M. L. Sánchez-Arjona, S. Calaza López, & J. C. Muínelo Cobo, *Digitalización de la justicia: prevención, investigación y enjuiciamiento* (Primera ed., págs. 523-545). España: Thomson Reuters.
- RAE. (2022). *Diccionario de la Lengua Española, 23ª ed.* Recuperado el 29 de abril de 2022, de Real Academia Española: <https://www.rae.es/>
- RAE. (2023). *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*. Recuperado el 6 de junio de 2023, de Real Academia Española: <https://dpej.rae.es/>
- Ramírez Carvajal, D. M. (2020). La prueba del testimonio en los entornos de la justicia digital. En D. M. Ramírez Carvajal, *Justicia digital. Un análisis internacional en época de crisis* (Primera ed., págs. 314-359). Colombia: Justicia y Proceso.
- Richard González, M. (septiembre-diciembre de 2017). La justicia electrónica en España: qué es, cómo se regula y cómo funciona. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 67(269), 1031-1074.
- Ríos Ruiz, A. d. (2017). Una visión latinoamericana de la justicia en la era digital y los medios electrónicos. *Amicus curiae*, Vol. 1(No. 9), p. 6-21. Recuperado el 29 de abril de 2022, de Revistas UNAM: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/amicus/article/view/62483>
- SCJN, Amparo Directo en Revisión 258/2017 (Primera Sala, SCJN 28 de junio de 2017).
- Salas Salazar, C., Becerra Valdivia, K., & otros. (2021). Abogacía, tecnologías de la información y comunicación (tics) y acceso a la justicia. Un estudio inicial del contexto en Chile. En A. Binder, & M. Fandiño, *El ejercicio de la abogacía en América Latina: en búsqueda de una agenda de trabajo* (Vol. II, págs. 101-130). Chile: CEJA. Recuperado el 29 de abril de 2022, de Centro de Estudios de Justicia de las Américas: <https://biblioteca.cejamericas.org/>

bitstream/handle/2015/5698/Abogacia%20America%20Latina_II_web.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Sentencia 55/2019, Recurso de amparo núm. 1656-2017 (Segunda Sala del Tribunal Constitucional de España 06 de mayo de 2019).

Susskind, R. (2019). *Online courts and the future of justice* (Primera ed.). Reino Unido: Oxford University Press.

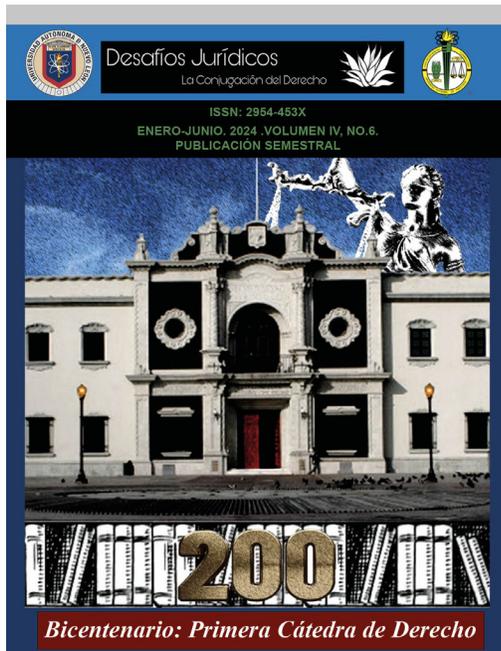
Taruffo, M. (2009). *Páginas sobre justicia civil*. Madrid, España: Marcial Pons.

Unión Europea, C. (24 de noviembre de 2014). *Conclusiones del Consejo sobre la sostenibilidad de e-CODEX*. Recuperado el 3 de junio de 2023, de <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15774-2014-INIT/es/pdf>

Varela S., D. F., & Caro G., J. M. (2019). Justicia y TIC: situación y perspectivas de la rama judicial en Colombia. En Pontificia Universidad Javeriana, *Tecnologías al servicio de la justicia y el derecho* (págs. 103-126). Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.

VIDEOGRABACIONES DE AUDIENCIAS CELEBRADAS EN PROCESOS PENALES DE CORTE ACUSATORIO Y ORAL. SI LA AUTORIDAD RESPONSABLE LAS REMITE COMO ANEXO O SUSTENTO DE SU INFORME JUSTIFICADO ADQUIEREN LA NATURALEZA JURÍDICA DE PRUEBA DOCUMENTAL PÚBLICA, Registro digital: 2004362, Décima Época (Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013). Obtenido de Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2004362>





Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Edwin Horacio Gracia Elizondo (Poder Judicial de la Federación, México) y **Aram Mario González Ramírez** (Universidad Autónoma de Nuevo León).

Insolvencia financiera: una denegación al acceso de la justicia arbitral internacional. pp. 128-141. Fecha de publicación en línea: 31 de enero de 2024.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafiosjuridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos Vol. 4, Núm. 6, Enero-Junio 2024, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X,

ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina, Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. MED. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCÍA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: DR. MARIO ALBERTO GARZA CASTILLO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

COORDINADORA EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ASISTENTE EDITORIAL: Rostam Badii Guillén

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: Mtra. María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Rosa María Elizondo Martínez

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vázquez Azamar “Ius Celebrans” © 2024

Insolvencia financiera: una denegación al acceso de la justicia arbitral internacional

Financial insolvency: a denial of access to international arbitral justice.

Fecha de publicación en línea: 31 de enero de 2024

Por: Edwin Horacio Gracia Elizondo* y
Aram Mario González Ramírez**

* <https://orcid.org/0000-0002-3882-0341>

Poder Judicial de la Federación, México

** Universidad Autónoma de Nuevo León

Resumen. Una de las opciones más recurribles para la solución de conflictos transnacionales es sin duda el arbitraje, el cual ha beneficiado a personas jurídicas para dirimir controversias de forma eficiente, siempre que no se presenten obstáculos para acceder a dicho método, pues se han registrado casos en que –aunque pareciera que esto no representa obstáculo alguno para los comercios internacionales–, la insolvencia económica ha obstruido que las partes puedan acceder al arbitraje internacional, lo que no es ninguna coincidencia si consideramos los altos costes de las instituciones arbitrales, y las diversas situaciones que pueden presentar las partes antes y/o después de pactar la cláusula arbitral. Tal es el caso cuando, ya sea por vicio en el consentimiento, aceptas dicha cláusula estando a todas luces fuera de tu alcance financiero, o; cuando una de las partes sufre un cambio en su situación económica después de convenir la cláusula arbitral. Situación que puede traducirse como una denegación de justicia arbitral, en la medida que, por una parte, al tratarse de una cláusula contractual compromisoria, bajo el principio de buena fe, esta debe ser cumplida y respetada por las partes; por otra, atendiendo el principio kompetenz-kompetenz, al menos en su aspecto negativo, las controversias derivadas de un contrato –incluso, bajo ciertos supuestos, fuera de este–, no pueden ser objeto de estudio de los órganos jurisdiccionales en tanto las partes hayan decidido por sí, resolverlas por medio del arbitraje, y; no menos importante, que el hecho de remitirse a las normas del derecho estatal en materia de contratos para invalidar sustancialmente la cláusula compromisoria invade la autonomía arbitral, en virtud del carácter anacional del arbitraje.

* Estudiante del Doctorado en Derecho con orientación en Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Nuevo León, trabaja actualmente en el Poder Judicial de la Federación.

** Director General del Colegio de Estudios Científicos y Tecnológicos del Estado de Nuevo León, catedrático de la Universidad Autónoma de Nuevo León y estudiante del Doctorado en Ciencias Políticas en la misma institución.

Palabras clave: arbitraje internacional – insolvencia financiera – vicio en el consentimiento – suspensión del convenio arbitral – autonomía – separabilidad.

Abstract. One of the most applicable options for resolving transnational conflicts is undoubtedly arbitration, which has benefited legal entities to resolve disputes efficiently, provided that there are no obstacles to accessing said method, since they have been registered. cases in which – although it seems that this does not represent any obstacle to international trade – economic insolvency has obstructed the parties from accessing international arbitration, which is no coincidence if we consider the high costs of arbitration institutions, and the various situations that the parties may present before and/or after agreeing on the arbitration clause. Such is the case when, either due to a defect in the consent, you accept said clause being clearly out of your financial reach, or; when one of the parties suffers a change in their economic situation after agreeing to the arbitration clause. Situation that can be translated as a denial of arbitral justice, to the extent that, on the one hand, since it is an arbitration clause, under the principle of good faith, it must be complied with and respected by the parties; On the other hand, taking into account the kompetenz-kompetenz principle, at least in its negative aspect, disputes arising from a contract – even, under certain assumptions, outside of it – cannot be the subject of study by the jurisdictional bodies as long as the parties have decided by itself, resolve them through arbitration, and; No less important is that the fact of referring to the rules of state law on contracts to substantially invalidate the arbitration clause invades arbitral autonomy, by virtue of the non-national nature of arbitration.

Keywords: international arbitration – financial insolvency – defect in consent – suspension of the arbitration agreement – autonomy – separability.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los fundamentos del arbitraje se basa en una propuesta más eficiente para la solución de conflictos. En el comercio internacional, es una forma de resolver controversias transnacionales de forma pacífica y amigable, acordando someter su diferencia a una persona o grupo de personas, y cuya decisión será obligatoria para los contendientes (Adriano, 2010).

Sin embargo, la práctica ha demostrado que no siempre se logra esta eficiencia que carac-

teriza al arbitraje frente al método tradicional de solución de conflictos, es decir, el jurisdiccional.

Desde luego, cada vez son más frecuentes las diversas situaciones particulares de cada caso que obstaculizan el eficiente empleo del mecanismo de solución que nos ocupa, lo que ha impedido que las partes puedan acceder sin restricción alguna a una justicia pronta.

En la presente investigación, se estudiará una de las problemáticas que se ha presentado

cada vez más recurrente en la práctica del arbitraje internacional, esto es, la insolvencia económica de las partes para someterse a una institución arbitral o arbitraje ad hoc.

Prima facie, pareciera que la insolvencia financiera no constituye, desde la óptica en que lo queremos visualizar, una problemática para el comercio de índole internacional, considerando que, por lo general, quienes pueden acceder a este tipo de comercio, regularmente y por las magnitudes del acto, son personas físicas o morales con capacidad económica, sin embargo, partiendo de los altos costes que el mecanismo representa y las diversas situaciones que antes y después de convenir un acuerdo arbitral eventualmente pueden presentarse a las partes¹, se abre la posibilidad que la insolvencia económica funja como impedimento para que las partes puedan someterse a un arbitraje internacional.

Esto, sin duda, conlleva a una denegación de justicia a la parte que se encuentre en dicho supuesto, en tanto que, por una parte, al tratarse de una cláusula contractual compromisoria, bajo el principio de buena fe, esta debe ser cumplida y respetada por las partes; por otra, atendiendo el principio *kompetenz-kompetenz*, al menos en su aspecto negativo, las controversias derivadas de un contrato –incluso, bajo ciertos supuestos, fuera de este–, no pueden

1 Aunque más adelante veremos casos reales, por mencionar algunos ejemplos, se encuentra el supuesto en el que ya sea por vicio en el consentimiento, aceptas la cláusula arbitral, cuando este se encuentra a todas luces fuera de tu alcance financiero, o bien, cuando, una de las partes sufre un cambio en su situación económica, lo cual quedará de manifiesto en esta obra a través de casos reales.

ser objeto de estudio de los órganos jurisdiccionales en tanto las partes hayan decidido por sí, resolverlas por medio del arbitraje, y; no menos importante, que el hecho de remitirse a las normas del derecho estatal en materia de contratos para invalidar sustancialmente la cláusula compromisoria para acceder a la vía jurisdiccional, invade la autonomía arbitral, en virtud del carácter anacional del arbitraje.

En el presente estudio se propone una alternativa a esta problemática a la que las partes contractuales pueden optar en el supuesto de encontrarse en una situación de insolvencia financiera, sin que se vea afectado esta serie de principios arbitrales, así como la previsibilidad y seguridad jurídica de las partes para dirimir sus eventuales conflictos de comercio internacional a través del arbitraje.

2. METODOLOGÍA APLICADA

El planteamiento del problema se traduce en el denegado acceso a la justicia en los procedimientos arbitrales con motivo de insolvencia financiera de las partes.

La justificación de este estudio se basa en esa denegación de justicia que la problemática presenta en perjuicio de las partes, en la medida que bajo el principio *kompetenz-kompetenz*, en su sentido negativo (Caivano & Ríos, 2020), las controversias suscitadas no pueden ser objeto de estudio de los órganos jurisdiccionales en tanto las partes decidan resolver las mismas por ese medio; que el arbitraje como tal deriva de una cláusula compromisoria dentro de un contrato que al tenor del principio de buena fe, las partes deben cumplir y respetar; y que dado el principio de auto-

nomía arbitral, no puede invocarse el derecho contractual estatal para invalidar la cláusula compromisoria con la finalidad de acceder a la vía jurisdiccional, en virtud al carácter anacional del arbitraje.

Como hipótesis se tiene que la invalidez de las cláusulas arbitrales con motivo de vicio en el consentimiento de los pactantes respecto la cláusula compromisoria a raíz de una insolvencia financiera, previo test de racionalidad que eviten deliberadas suspensiones de cláusulas arbitrales, permite que las partes puedan acceder a una justicia pronta a través de diversos métodos de solución de conflictos.

Se analizarán cualitativamente las opiniones de diversos autores con respecto a la discusión y cuantitativamente se presentan los costes y porcentajes que representan los procedimientos arbitrales que ponen de manifiesto la dificultad, para ciertos grupos de personas, para acceder a este tipo de mecanismos.

3. BREVE INTRODUCCIÓN AL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Un antecedente histórico del arbitraje internacional se dio a finales del siglo XVIII, a través del Tratado Jay, celebrado el 19 de noviembre de 1794, entre Estados Unidos de América y Gran Bretaña; otro gran antecedente se dio en la Primera Conferencia de La Haya en 1907, que culmina como un, si no es que el más, importante paso de la evolución del Arbitraje, al establecerse la Corte Permanente de Arbitraje (Adriano, 2010).

El arbitraje internacional es considerado como un método por el cual las partes, en una disputa transnacional, convienen someter sus

diferencias a un árbitro o tribunal de árbitros constituidos para que éstos, a su vez, resuelvan la controversia a partir de las legislaciones territoriales aplicables que las partes especifiquen, cuya decisión será obligatoria para los contendientes.

Lleva por objeto el arreglo de las disputas entre personas incluso estados como entidades soberanas mediante árbitros designados libremente por las partes y sobre la base del respeto a las instituciones jurídicas según la ley aplicable convenida.

Su justificación deviene, en la mayoría de los casos, de una cláusula compromisoria establecida en los contratos internacionales, de manera tal que para que el arbitraje se pueda llevar a cabo para resolver una controversia se requieren al menos los siguientes presupuestos:

- a) La existencia de un contrato.
- b) La inclusión de una cláusula compromisoria dentro del contrato.
- c) Un compromiso arbitral.
- d) Un acuerdo arbitral.

Elvia Quintana, hace la distinción entre la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, en el sentido que la primera mencionada se identifica como aquel apartado dentro del contrato en el que las partes estipulan que en caso de surgir una contienda jurídica entre ellas se someterán para su arreglo a un arbitraje, mientras que la segunda como el acuerdo pactado entre las partes, una vez que ya se suscitó la controversia jurídica, para que sea dirimida a través del arbitraje; es decir, el compromiso arbitral se conviene después de planteado el pleito (Adriano, 2010).

Mientras que, por acuerdo arbitral, podemos entender que es aquel acuerdo de voluntades entre las partes y el o los árbitros designados, en el que se establece las obligaciones y derechos de estos, así como el procedimiento a seguir, por citar un ejemplo, el plazo para resolver; los honorarios que se deberán cubrir, entre otros aspectos.²

Para Carlos Matheus, el convenio arbitral contenido en un contrato no es sólo una cláusula más de éste³, más bien, detecta al interior de un mismo instrumento una dualidad de negocios jurídicos, cuya duración puede diferir, que su carácter ejecutorio es propio, que la ineficacia de uno no afecta necesariamente al

otro, y que cada uno constituye un todo suficiente en sí mismo (López, 2021).

De lo anterior se puede distinguir el principio de separabilidad que “*opera mediante la creación de una presunción que confiere una especie de status a la cláusula arbitral frente al contrato circundante. De acuerdo con esta presunción, las partes tuvieron la intención de que la cláusula arbitral esté separada del contrato respecto del cual ésta se aplica*” (Lando, 2013).

Según Emilia Onyema, esta doctrina fue formulada para asegurar que allí donde exista algún factor capaz de afectar o viciar el contrato principal o primario en el cual la cláusula arbitral está contenida, el mismo no afectará o viciará la cláusula arbitral salvo cuando éste afecte directamente a esta última (Onyema, 2009).

De tal forma, que la cláusula arbitral puede ser invocada, conforme la voluntad de las partes, para jugar un rol determinante en el pronunciamiento de la validez o nulidad del contrato principal, lo que resulta obvio si las partes comúnmente prevén someter al arbitraje, el conjunto de las controversias que puedan surgir de un contrato, entre ellas, la nulidad de este.

Pero ¿qué pasa si la cláusula compromisoria arbitral es inválida formal o sustancialmente?, esta determinación sin duda importa a los árbitros a la hora de decidir sobre su propia competencia, como a los jueces que deben analizar excepciones de arbitraje o supuestos de nulidad o reconocimiento de un laudo (Lorenzo, 2020).

² El artículo II.1 de la Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, define el acuerdo arbitral como el “*acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje*”.

³ De hecho, comparte el análisis de Samuel, Adam “Separability of Arbitration Clauses - Some Awkward Questions About the Law on Contracts, Conflict of Laws and Administration Justice” en The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal, N° 36, Essex, 2000, pág. 1, en donde establece que “[Sin importar] Cualquier posición doctrinal que se tome en esta materia, la cláusula de arbitraje no es un término típico del contrato. Prevé el establecimiento de los derechos proporcionados por el resto del acuerdo y típicamente de algo más allá de su alcance. Así, utilizando la famosa clasificación de Lord Diplock, ésta no es ciertamente una creadora de obligaciones primarias. Hablando en sentido estricto no contiene deberes secundarios. Contiene las promesas referentes a ambos tipos de obligaciones y sobre todo de su ejecución. Podríamos llamarla una obligación terciaria”.

Generalmente, los sistemas jurídicos no contemplan normas específicas sobre la validez sustancial de la cláusula compromisoria arbitral, por lo que se remiten a las normas de conflictos generales en materia de contratos, involucrando el principio de autonomía de la cláusula compromisoria, pues conviene decir, que el acuerdo de arbitraje constituye un negocio autónomo.

Además del principio de separabilidad, la autonomía de la cláusula arbitral contiene un segundo aspecto que predica la independencia de la cláusula compromisoria o del acuerdo arbitral, de cualquier derecho estatal, en virtud del carácter anacional del arbitraje (Lorenzo, 2020).

Este postulado tuvo lugar en la sentencia de 4 de julio de 1972 emitida por la Cour de Cassation francesa, en el caso Hetch, y tomó relevancia en la diversa de 20 de diciembre de 1993 emitida por el mismo tribunal, en el caso Dalico. En la última mencionada, la corte de casación francesa observa al principio de separabilidad de la cláusula arbitral, como un principio del derecho internacional del arbitraje no necesariamente del francés, afirmando que la validez y eficacia de la cláusula no puede ser sometida a ningún derecho estatal, sino que debe apelar a la voluntad de las partes.

La jurisprudencia francesa⁴ ocurre a un criterio material para la determinación de la validez sustancial de la cláusula arbitral, siendo partidaria de no someter esta cuestión a ninguna ley nacional sino a la aplicación de los criterios materiales fundamentados en el principio

⁴ Sentencias de 4 de julio de 1972 y 20 de diciembre de 1993 de la Cour de Cassation (Francia) en los asuntos Hetch y Dalico, respectivamente.

de buena fe o en una corrección de la validez sobre la base del principio contra proferentem (Lorenzo, 2020).

Sin embargo, detrás de la cortina de anacionalidad de la cláusula compromisoria arbitral derivada de la jurisprudencia francesa para prohibir la aplicación de legislaciones estatales, se encontraba la aplicación de los criterios de validez de las cláusulas arbitrales conforme su propio derecho francés en materia de arbitraje internacional⁵.

En efecto, al inclinarse por la anacionalidad de la cláusula compromisoria y excluir las leyes estatales en torno a su validez, pareciera que conllevaría que la cláusula siempre fuera válida, puesto que ninguna ley podría señalar su nulidad, al menos no una estatal; sin embargo optan por aplicar sus propios criterios de validez de la cláusula arbitral al constituir normas de carácter internacional⁶, cuyas normas son partidarias

⁵ Así se argumentó en la sentencia de 7 de julio de 2006 emitida por la Cour de Cassation (Francia) en el asunto Jules Verne, en la que se estableció: *“le principe de validité de la convention d’arbitrage international et celui selon lequel il appartient à l’arbitre de statuer sur sa propre compétence sont des règles matérielles du droit français de l’arbitrage international, qui consacrent, d’une part, la licéité de la clause d’arbitrage indépendamment de toute référence à une loi étatique”* (El principio de validez del acuerdo de arbitraje internacional y el principio de que corresponde al árbitro pronunciarse sobre su propia competencia son normas sustantivas del derecho francés de arbitraje internacional, que consagran, por una parte, la legalidad de la cláusula compromisoria con independencia de toda referencia a una ley estatal).

⁶ De hecho, en el ACTE UNIFORME SUR LE DROIT DE L’ARBITRAGE DANS LE CADRE DU TRAITÉ DE L’OHADA (acta uniforme sobre el derecho de arbitraje en el marco del Tratado

de admitir la validez de la cláusula salvo por motivos estrictos de orden público internacional⁷.

Dejando de lado la jurisprudencia francesa, la doctrina, a partir de diversos estudios de casos específicos⁸, ha detectado que, para que una cláusula compromisoria arbitral, cuente con validez sustancial, deberán considerarse los siguientes aspectos:

- a) La capacidad de personas físicas y jurídicas para celebrar un acuerdo de arbitraje.
- b) Si una cláusula compromisoria fue o no negociada individualmente.
- c) Vicios en el consentimiento.
- d) Si es una cláusula patológica por insufi-

ciencia o indeterminación del objeto.

e) Si el objeto es lícito o arbitrable: *arbitrabilidad*.

f) Los límites procesales a la invocación de la validez o nulidad del acuerdo arbitral: principio *estoppel arbitral*.

Es precisamente en el vicio en el consentimiento que subyace la insolvencia económica como una posible forma de invalidez sustancial de la cláusula arbitral ya sea por error, dolo o violencia, en su suscripción, incluso posterior a ella, de no verlo bajo esta perspectiva, implicaría que cuando se presentara una situación de dicha índole se denegara justicia al no poder acceder al arbitraje pactado ni reclamar la cláusula compromisoria bajo el principio de autonomía de la cláusula arbitral y el principio *kompetenz-kompetenz* en su sentido negativo.

4. ACERCAMIENTO A LA REALIDAD: COSTOS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Diversas instituciones arbitrales publicaron resúmenes estadísticos sobre los costos del arbitraje. Estas instituciones son la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (“AICV”) (datos de 3 noviembre 2015)⁹, El Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (“SCC”) (datos de 24 febrero 2016)¹⁰, el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (“SIAC”) (datos de 10 octubre 2016)¹¹, el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong. (“HKIAC”) (datos del 15 diciembre 2016)¹². A

OHADA), en su artículo 4°, se establece: “La convention d’arbitrage est indépendante du contrat principal. Sa validité n’est pas affectée par la nullité de ce contrat et elle est appréciée d’après la commune volonté des parties, sans référence nécessaire à un droit étatique” (El acuerdo de arbitraje es independiente del contrato principal. Su validez no se verá afectada por la nulidad del presente contrato y se evalúa de acuerdo con la voluntad común de las partes, sin ninguna referencia necesaria a una ley estatal. Las partes siempre tienen derecho, de mutuo acuerdo, a recurrir a un acuerdo de arbitraje, aun cuando un ya se han iniciado procedimientos en otra jurisdicción).

⁷ Incluso, fue materia de análisis en la sentencia de 30 de marzo de 2004, de la Cour de Cassation (Francia), el supuesto de hecho en el que las partes hayan convenido una ley estatal aplicable a la cláusula compromisoria, lo cual, como refiere Sixto Sánchez, resulta extraño, pues si la aproximación material se basa en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, es difícil no reconocer el derecho de las partes a auto-limitar o regular su voluntad sometiendo la propia validez de la cláusula compromisoria a la ley estatal que estimen pertinente.

⁸ Sobre estos aspectos se efectúa un análisis minucioso en la obra denominada EL ACUERDO DE ARBITRAJE: VALIDEZ FORMAL Y SUSTANCIAL, de Sixto A. Sánchez Lorenzo, referenciada en el presente trabajo.

⁹ <https://icia.org/>

¹⁰ <https://sccarbitrationinstitute.se/>

¹¹ <https://siac.org.sg/>

¹² <https://hkiac.org/>

Comparación de tarifas de administración

Institución Arbitral	Tasas de administración promedio para todos los tribunales	Tasas de administración promedio para el tribunal de árbitro único	Tasas de administración promedio para un tribunal de tres miembros
SIAC	Dólar estadounidense 5,853	Dólar estadounidense 5,836	Dólar estadounidense 6,723
HKIAC	Dólar estadounidense 9,281.49	No disponible	No disponible
AICV	No disponible	No disponible	No disponible
SCC	No disponible	Aproximadamente Dólar estadounidense 6,924.12	Aproximadamente Dólar estadounidense 21,144.43

Comparación de los honorarios del tribunal

Institución Arbitral	Tasas de tribunal promedio para todos los tribunales	Tasas de tribunal mediano para tribunal de árbitro único	Tasas de tribunal mediano para tribunal de tres miembros
SIAC	Dólar estadounidense 26,852	Dólar estadounidense 22,449	Dólar estadounidense 70,904
HKIAC	Dólar estadounidense 19,587.63	No disponible	No disponible
AICV	No disponible	No disponible	No disponible
SCC	No disponible	Aproximadamente USD 18,172.02	Aproximadamente USD 133,349.64



continuación se presentan las siguientes tablas con los datos arrojados¹³:

5. LA INCAPACIDAD FINANCIERA: UN PROBLEMA PRAGMÁTICO.

5.1 Caso Heller

David Heller, prestó servicios de *delivery* en Toronto utilizando la conocida plataforma denominada “Uber”. Para tal efecto, aceptó los términos y condiciones contenidos en un acuerdo de la citada empresa. Conforme a este acuerdo, Heller tendría que solucionar cualquier conflicto con Uber, a través de una mediación y un arbitraje en los Países Bajos. Cabe señalar que los mencionados métodos de solución de conflictos requerían un pago anticipado por cuotas administrativas que ascendían a la cantidad de \$14,500 dólares de los Estados Unidos, más costas legales y otras cuotas de participación. En este contexto, los costos del arbitraje representaban la mayor parte de los ingresos anuales de Heller como conductor (Villanueva, 2023).

El punto toral para analizar era la invalidez de la cláusula arbitral a raíz de la insolvencia económica del señor Heller para someterse a los referidos métodos de conciliación. Al respecto, la Suprema Corte de Canadá, en la sentencia emitida el 26 de junio de 2020, resolvió por mayoría la disputa.

En la votación mayoritaria los ministros, partiendo de la premisa de la doctrina de “un-

conscionability”, vieron esta circunstancia de insolvencia como un vicio en el consentimiento. Exclamando que en el caso existió una desigualdad y una desproporción entre Uber y el señor Heller y por tanto, debía ser invalida la cláusula arbitral (Villanueva, 2023).

Uno de los votos disidentes, exclamó que esta circunstancia debía analizarse desde la óptica de un denegado acceso a la justicia y, por tanto, debería considerarse el caso de orden público (no arbitrabilidad) (Villanueva, 2023).

5.2 Caso David Guetta

Delfuego Booking S.L., el 27 de abril de 2018, firmó un contrato con los agentes del DJ David Pierre Guetta, cuyo objeto era prestar sus servicios, y, por ende, la actuación del artista en España.

En la condición adicional número 18 del contrato, inherente a la ley y jurisdicción aplicable, se indica que la ley aplicable al contrato será la de Inglaterra y Gales, y que cualquier disputa se resolverá mediante arbitraje con Sede en Londres, siendo el idioma que emplear el inglés (sin que se aportaran más especificaciones relativas al arbitraje).

Se da el caso que el artista no compareció a la actuación contratada y Delfuego Booking S.L. entiende que el convenio arbitral en cuestión le causaría graves perjuicios, para ello se apoyó en dos razones: la primera, la incertidumbre de la cláusula pues no se indica árbitro ni colegio o administrador ni reglamentación bajo la que el arbitraje se desarrollaría, lo que impactaría en una enorme dilación en la propia y simple constitución del arbitraje; la segunda,

¹³ La tabla comparativa a continuación, está visible en el sitio web www.international-arbitration-attorney.com/es/

los costes de administración de arbitraje, honorarios de árbitros y letrados especializados con sede en Londres serían inasumible por la masa del concurso (Melón, 2020).

El Juez de lo Mercantil de Santander, en la sentencia emitida en fecha 30 de septiembre de 2019, comparó el tiempo y los costes estimados del arbitraje con los tiempos y costes estimados del procedimiento judicial que resultaría aplicable en ausencia de convenio arbitral. De esta comparación concluyó que el arbitraje no supondría un ahorro de tiempo (por la concreción de la cláusula arbitral) y, en cambio, el arbitraje en Londres sería mucho más caro que litigar ante los tribunales ordinarios competentes en ausencia de convenio arbitral.

6. SUSPENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL. UNA MANERA DE COMBATIR LA PROBLEMÁTICA

En el arbitraje internacional, la invalidez sustancial o suspensión de una cláusula arbitral tiene mayor impacto que en el arbitraje local. Las cláusulas arbitrales tienen una función de suma importancia en el comercio internacional, esto es, traer seguridad jurídica a las partes. La declaratoria de invalidez o suspensión obstaculiza la previsibilidad y seguridad jurídica que el arbitraje proporciona en el comercio internacional y obliga a plantear la disputa al conocimiento de tribunales que las partes quisieron descartar por razones legítimas (Virgós, 2021).

Sin embargo, hay dos excepciones que la doctrina ve justificables para suspender o invalidar una cláusula arbitral, incluso en casos internacionales, la primera, a falta de recursos

para financiar el arbitraje y la segunda la evitación de decisiones inconciliables, mientras que la legislación internacional impugna una tercera excepción que se presenta cuando se comete fraude. En el caso, nos ocuparemos de la primera mencionada que conforma la presente investigación.

La falta de recursos para financiar el arbitraje –impecuniosidad (Aguilar, 2018)–, se presenta cuando una de las partes carezca de recursos para financiar el arbitraje. Esta falta de recursos para financiar el arbitraje es el argumento que sirvió de base a la ya mencionada sentencia del juez de lo mercantil de Santander de 30 de septiembre de 2019.¹⁴

En este supuesto, la parte insolvente se sitúa ante una situación de desamparo: no tiene acceso a la tutela judicial porque ha elegido la vía arbitral, pero esta vía le está cerrada porque no puede financiarla dado que se encuentra en un estado de insolvencia.

Ninguna legislación aborda textualmente esta circunstancia (qué hacer cuando la parte que necesita la tutela arbitral no puede financiarla). En una perspectiva comparada el catedrático Miguel Virgós, sugiere tres vías distintas de solución ante la problemática.

La primera, tiene apoyo del artículo II.3 del Convenio de Nueva York de 1958 (“CNY”), que establece que:

“El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente

¹⁴ Caso David Guetta.

artículo remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”

Los casos típicos de aplicación de esta norma son aquellos en que circunstancias externas intervienen que impiden poner en práctica el arbitraje acordado. Pero nada impide entender que la falta demostrada de recursos, la incapacidad económica sobrevenida, pueda ser también una de esas razones (Virgós, 2021).

La segunda, se trata de un principio general, la buena fe, que obliga a cada una de las partes a cumplir y respetar la cláusula arbitral y, también, al correlativo derecho de la contraparte a exigir su cumplimiento.

La tercera vía propuesta sería la cláusula de orden público, en la medida en que dejar sin acceso a ninguna forma de tutela de sus derechos contradiría principios fundamentales de acceso a la justicia presentes en todos los sistemas de nuestro entorno.

En cualquiera de los casos, la insolvencia de recursos financieros únicamente podrá traducirse como una ineficaz cláusula arbitral que amerite una invalidez o suspensión de ésta y el retorno a los tribunales judiciales, cuando esa insolvencia impida, real y efectivamente, el acceso de la parte al arbitraje en tutela de sus derechos.

7. CONCLUSIONES.

Como se ha mencionado, la invalidez o suspensión del convenio o cláusula arbitral no es algo que se deba tomar a la ligera en tan-

to que afecta la previsibilidad y la seguridad jurídica de las partes para dirimir sus eventuales conflictos de comercio internacional, por ello, siguiendo la argumentación del catedrático Miguel Virgós, se estiman necesarias tres condiciones para que la justificación de una decisión de tal magnitud ante una insolvencia financiera de las partes, sea razonable: a) que la parte insolvente haya buscado de manera infructuosa encontrar financiación externa para cubrir los gastos del arbitraje; b) que la contraparte no quiera asumir los costos derivados del arbitraje, y; c) que la parte insolvente no tenga acceso a la justicia arbitral y pueda tenerla por vía judicial.

Solo así se podría garantizar, por una parte, a que no se utilice indebidamente el argumento de la invalidez sustancial a raíz de una insolvencia financiera para obviar la competencia arbitral y redirigir la controversia a los tribunales jurisdiccionales; y, por otra, para el caso de que sea objetivamente empleado dicho argumento, previo filtro de racionalidad de las tres condiciones antes descritas, el acceso a una tutela judicial efectiva; en aras del respeto a los principios que rigen al arbitraje internacional de buena fe, autonomía y kompetenz-kompetenz, así como la previsibilidad y la seguridad jurídica de los pactantes que subyacen la eficiencia del mecanismo alterno de solución de conflictos.

TRABAJOS CITADOS

- Adriano, E. A. (2010). MARCO JURÍDICO DEL ARBITRAJE NACIONAL, REGIONAL E INTERNACIONAL. *Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM*, 395-422.
- Aguilar, G. C. (2018). Impecuniosidad, arbitraje y acceso a la justicia. *International law and other illusions*.

- Caivano, R. J., & Ríos, N. M. (2020). EL PRINCIPIO KOMPETENZ-KOMPETENZ, REVISITADO A LA LUZ DE LA LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL ARGENTINA. *THĒMIS-Revista de Derecho*, 15-34.
- Landolt, P. (2013). The Inconvenience of Principle: Separability and Kompetenz-Kompetenz. *Journal of International Arbitration*, 513.
- López, C. A. (2021). LA SEPARABILIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 355-368.
- Lorenzo, S. A. (2020). EL ACUERDO DE ARBITRAJE: VALIDEZ FORMAL Y SUSTANCIAL. *Cívitas/Thomson-Reuters*, 271-316.
- Melón, M. D. (2020). LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL INTERNACIONAL EN EL MARCO DE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA. UNA REALIDAD Y UN CONFLICTO CADA VEZ MÁS FRECUENTE. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 576-605.
- Onyema, E. (2009). The Doctrine of Separability under Nigerian Law. *Apogee Journal of Business, Property & Constitutional Law*, 69.
- Villanueva, G. C. (2023). LA INVALIDEZ DE UNA CLÁUSULA ARBITRAL EN UN CONTRATO DE ADHESIÓN: UN COMENTARIO A LA DECISIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE CANADÁ EN EL CASO UBER TECHNOLOGIES INC. V. HELLER. *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 87-100.
- Virgós, M. (2021). Arbitraje e insolvencia: manual de instrucciones. *Almacen de Derecho*.

Sitios electrónicos consultados

<https://lcia.org/>

<https://sccarbitrationinstitute.se/>

<https://siac.org.sg/>

<https://hkiac.org/>

www.international-arbitration-attorney.com/es/









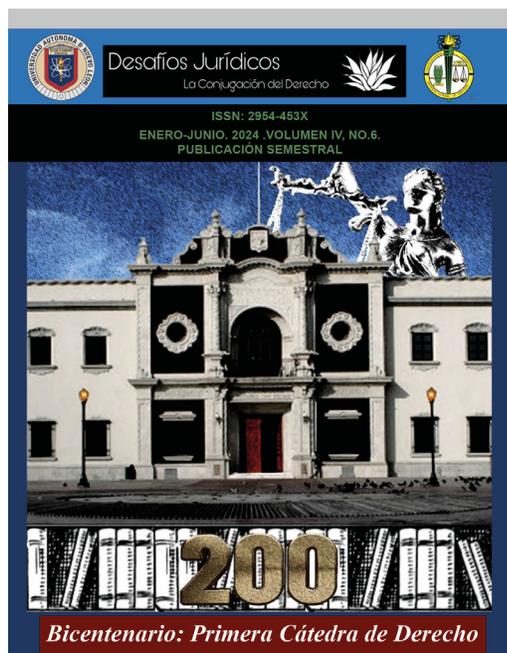
Fotografía: "Realidad" por R. Badii

Crítica

Desafíos Jurídicos

La Conjugación del Derecho





Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

David Emmanuel Castillo Martínez (Universidad Autónoma de Nuevo León)

La evolución de criterios ante la “carga de la prueba en los procesos de naturaleza civil” y “personas con discapacidad” a la luz de la resolución emitida el 15 de diciembre de 2022, por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito Judicial, dentro del amparo directo 485/2021. pp. 144-157. Fecha de publicación en línea: 31 de enero de 2024.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjunción del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafios.juridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos Vol. 4, Núm. 6, Enero-Junio 2024, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén

Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina, Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. MED. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCÍA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: DR. MARIO ALBERTO GARZA CASTILLO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

COORDINADORA EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ASISTENTE EDITORIAL: Rostam Badii Guillén

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: Mtra. María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Rosa María Elizondo Martínez

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vázquez Azamar “Ius Celebrans” © 2024

La evolución de criterios ante la “carga de la prueba en los procesos de naturaleza civil” y “personas con discapacidad” a la luz de la resolución emitida el 15 de diciembre de 2022, por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito Judicial, dentro del amparo directo 485/2021

The evolution of criteria regarding the “burden of proof in civil processes” and “people with disabilities” in light of the resolution issued on December 15, 2022, by the Third Collegiate Court in Civil Matters of the Fourth Judicial Circuit , within direct protection 485/2021

Fecha de publicación en línea: 31 de enero de 2024

Por: David Emmanuel Castillo Martínez*

* <https://orcid.org/0009-0002-3043-5446>

Universidad Autónoma de Nuevo León

Resumen. En este trabajo se somete a análisis crítico la resolución emitida el 15 de diciembre de 2022, por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito Judicial, dentro del amparo directo 485/2021, en la que ordenó a la Novena Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León, dejar insubsistente la resolución que emitió el 30 de junio de 2021. Esto, para conocer si dicho precedente se ajusta a la doctrina generada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, vinculada con la “carga de la prueba en los procesos de naturaleza civil” y “personas con discapacidad”.

Palabras clave: Derechos humanos, debido proceso, carga de la prueba, personas con discapacidad.

Abstract. In this paper a critical analysis is made of the resolution presented on December 5th, 2022 by the Third Tribune Colleeate in Civil Case of the Fourth Judicial Cirquit, within the amapro directo (Direct Resolution of the Mexico Supreme Court) 485/2021, where it ordered the Nineth Civil Hall of the Supreme Court of Justice of the Nuevo León State, leaving without effect the resolution permitted on June 30th, 20201. This in order to find out if the above mentioned resolution adjusts to the doctrin generated by the Justice Supreme Court of Nuevo león, tied to the “burden of Proof in the processes of civi nature” y disabled people.

Keywords: Human rights, due process, burden of peoof, disabled people

* Doctorado en Derecho con acentuación en Derecho Constitucional y Gobernabilidad de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Especialidad en campo laboral con énfasis en relaciones de sociedad, derechos humanos y aspectos de la salud. Autor y coautor de 3 libros y 18 publicaciones. Miembro del Cuerpo Académico: UANL-CA-340 “Derechos Humanos, Grupos Vulnerables y Análisis de los Fenómenos Sociales” con el grado de “En Consolidación”: Actualmente labora como Subdirector Académico y Profesor Investigador en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León.

INTRODUCCIÓN

En este caso, se analizará la resolución emitida el 15 de diciembre de 2022, por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito Judicial, dentro del amparo directo 485/2021, en la que ordenó a la Novena Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León, dejar insubsistente la resolución que emitió el 30 de junio de 2021. Esto, para conocer si dicho precedente se ajusta a la doctrina generada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, vinculada con la “carga de la prueba en procesos de naturaleza civil” y “personas con discapacidad”.

Para tal efecto, se delimitarán los antecedentes y estudio del caso, luego, se efectuará el análisis crítico correspondiente.

ANTECEDENTES DEL CASO

Una persona identificada como “A”, viuda de “B”, en fecha 1 de marzo de 2013, celebró un contrato en el que fungió como donante respecto de 2 inmuebles urbanos que tienen como mejoras una casa, con reserva expresa de usufructo vitalicio, en favor de “C” (el donatario), el cual quedó protocolizado en escritura pública por una Notaria Pública. Posteriormente, en fecha 13 de febrero de 2018, falleció “A” (la donante) y como “causa de la muerte” en el acta se asentó, entre otras cosas: “...*demencia tipo Alzheimer años*”.

Después, “D” promovió -por derecho propio y como albacea de la sucesión a bienes de “A”- juicio ordinario civil en contra de “C” y la Notaria Pública, de quienes demandó la nulidad del citado contrato de donación. En los hechos de

la demanda, “D” refirió que su madre, desde el año 2010, empezó a perder capacidad y que ello fue avanzando hasta el 12 de febrero de 2012, en que fue diagnosticada con demencia senil tipo *Alzheimer*, que le afectaba gravemente para celebrar sus actividades diarias.

Para acreditarlo y, por ende, evidenciar que “A” no podía haber celebrado el contrato de donación de manera voluntaria, natural y consiente, ofreció principalmente el acta de defunción, así como una documental que solicitó se desahogara vía informe por parte de una clínica, para efecto de que enviara el historial de la donante (“A”). De la demanda correspondió conocer al Juez Cuarto de lo Civil del Primer Distrito Judicial del Estado de Nuevo León, quien la radicó, admitió y ordenó emplazar a la parte contraria.

La Notaria Pública, compareció a contestar la demanda y entre las excepciones y defensas refirió haber intervenido en el acto de la donación de buena fe, acorde con lo dispuesto por la *Ley del Notariado del Estado de Nuevo León*. Por su parte, “C”, compareció a contestar la demanda y entre las excepciones y defensas refirió que su madre hasta la fecha de celebración del contrato de donación realizaba sus actividades diarias en forma normal, en pleno uso y goce de sus facultades mentales, además de que los efectos del *Alzheimer* no se presentan de manera tumultuosa o conjunta, sino que algunos pacientes les pueden surgir algunos deterioros. Para acreditarlo y, por ende, evidenciar que celebró el contrato de donación de manera voluntaria, natural y consiente, ofreció principalmente constancias médicas expedidas por doctores, así como la testimonial a cargo de distintas personas.

El Juez Cuarto de lo Civil, dictó sentencia definitiva en la que estimó que el actor no acreditó los elementos de la acción de nulidad, pues consideró que con las pruebas aportadas no quedó evidenciado que, al momento de la celebración del contrato de donación, la donante hubiere tenido una afección mental que le imposibilitara celebrar actos jurídicos. Además, restó valor probatorio al expediente clínico por constar en copia simple y no haber sido ratificado por quien lo expidió, mientras que por lo que hace del resto de las pruebas no se desprendió dato suficiente alguno que confirmara los hechos contenidos en la demanda.

Enseguida, la parte actora interpuso recurso de apelación del cual correspondió conocer a la Novena Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León, que en fecha 25 de febrero de 2020, dictó sentencia en la cual ordenó reponer el procedimiento para que se citara al Director del Hospital para que ratificara el expediente clínico.

Hecho lo anterior, el Juez Cuarto de lo Civil nuevamente dictó sentencia en la cual declaró no acreditada la acción, al considerar que el valor del expediente clínico era equiparable al de una testimonial por ser proveniente de tercero y que, en todo caso, era necesario el estudio de peritos que coadyuvaran a discernir si la donante, en el momento de la celebración del contrato de donación, padecía una afección mental que la imposibilitaba para celebrar actos jurídicos.

La parte actora interpuso recurso de apelación del cual correspondió conocer de nueva cuenta a la Novena Sala. Este órgano jurisdiccional, en fecha 30 de junio de 2021, dictó

sentencia en la cual revocó la determinación de primera instancia y estimó acreditados los elementos de la acción de nulidad.

En contra de la resolución mencionada, “C” promovió el juicio de amparo directo 485/2021, del cual tocó conocer al Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito Judicial.

ESTUDIO DEL CASO REALIZADO POR EL TRIBUNAL COLEGIADO

El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito Judicial declaró en su mayoría fundados los conceptos de violación planteados, así como suficientes para otorgar la protección federal al quejoso.

En síntesis, se determinó que el estudio que hizo la Novena Sala respecto de los medios de prueba fue incongruente, inequitativo e incluso parcial, porque si bien partió de la necesidad de que el expediente clínico fuera ratificado para otorgarle valor probatorio al constar en copia simple, cierto también lo es que, con diferente proporción, restó valor a las constancias de atención médica exhibidas por el demandado, mismas que se clasificaban como documentales privadas, por no haber sido ratificadas ante presencia judicial.

También, refirió que tras consultar la obra citada por la Sala, advirtió que lo asentado por esta última fue parcial y, por tanto, tendencioso, puesto que dicha fuente igualmente resaltaba que la enfermedad de *Alzheimer* evoluciona de manera degenerativa en distintas etapas, por lo que no puede sostenerse que la persona carezca en todas ellas de capaci-

dad para realizar tareas ordinarias y menos legales.

El Tribunal destacó que frente a esa patología cambiante y progresiva, que la propia ciencia ha clasificado con distintos niveles de acuerdo con los síntomas, es evidente que no en todas se puede afirmar que la pérdida de memoria implica la imposibilidad de ejercer la capacidad jurídica; aunado a que, conforme a una interpretación más cercana al derecho actual, la idea del déficit de la capacidad mental no puede utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica de las personas con problemas conductuales.

Inmediatamente, adujo que el análisis llevado a cabo por la Sala, para concluir que la autora de la sucesión se encontraba imposibilitada para otorgar su consentimiento en el acto jurídico de la donación, era insuficiente y, por ende ilegal, dado que aun cuando de la copia simple del expediente clínico pudieran desprenderse indicios de que la donante padecía cierto grado impreciso de *Alzheimer*, lo cierto es que ello de ningún modo acredita que estuviera privada para ejercer su capacidad jurídica.

Que la capacidad jurídica de la donante tiene que presumirse mientras no se demuestre de manera inequívoca y concluyente que, al momento en que se celebró el contrato de donación, actuaba con una falta de raciocinio, de modo tal que no era capaz de tomar decisiones sobre su patrimonio, justo porque la doctrina y lineamientos imperantes en materia de derechos humanos apuntan hacia el hecho de que el déficit de la capacidad mental, no debe utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica.

Enseguida, el Tribunal subrayó que, en términos de los preceptos 1° y 12 de la *Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, el que una persona tenga deficiencias o ciertas limitaciones físicas, no justifica que se le niegue capacidad jurídica ni derecho alguno, pues no es tanto una cuestión de inteligencia lo que importa como derecho de tutela, sino el reconocimiento de la voluntad de todo ser humano como eje central del sistema de derechos.

En estos casos, aseveró, el “interés superior” debe sustituirse por el principio de “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”. El mayor interés, dijo, no consiste en que otro decida, sino en procurar que la persona con discapacidad disponga del máximo de autonomía para tomar decisiones por sí misma sobre su vida.

El órgano de control constitucional consideró que los razonamientos de la responsable pugnan frontalmente con las reglas para la distribución de la carga de la prueba, así como con respecto a la naturaleza de la prueba presuncional. Toda vez que, bajo la regla que el actor debe probar su acción y el reo sus excepciones, a cada parte correspondía la carga de demostrar los hechos que sirvieron de presupuesto al efecto jurídico que persiguieron, lo que en el caso obligaba al actor a evidenciar que la autora de la donación carecía de capacidad legal para celebrar el acto jurídico tildado de nulo y no al demandado.

Del mismo modo, el Tribunal resaltó que, si la Notaria asentó que la donante -al momento de la celebración del contrato- contaba con capacidad legal para contraer y obligarse, sin

que le constara nada en contrario, se requería de pruebas que en lo individual o en su conjunto fueran suficientes para desvirtuar su fe, misma que al plasmarse en un documento de la misma naturaleza (público), tiene eficacia plena al tenor del artículo 369 del *Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León*.

A continuación, mencionó que la responsable desacreditó el contenido de la escritura pública cuestionada en atención a que la fedataria se apoyó en el dictamen de un gastroenterólogo, para evitar consecuencias legales o la validez del acto, siendo que no se expuso como causa de nulidad alguna conducta externa o desleal de la Notaria que hubiere mermado la capacidad de elección de la donataria ni se le atribuyó la confección de un instrumento que importara vicios de ilicitud, salvo que se apoyó en un dictamen de un gastroenterólogo para evitar consecuencias legales o la validez del acto, aspecto que se superaba con la afirmación de la fedataria, quien sostuvo en la escritura correspondiente que fue voluntad de la donante suscribir el acto jurídico.

Que el notario se convierte en la persona facultada por el Estado para otorgar fe pública a la autenticidad de los actos y hechos que lo requieran, ya sea por disposición de la ley o atento a su naturaleza. Aspecto que se robuscece con el contenido de los artículos 129, 147 y 148 de la *Ley del Notariado del Estado de Nuevo León*, así como los numerales 287, fracción I, 288, 369 y 370 del *Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León*, que prescriben que hasta que no se demuestre lo contrario, los actos jurídicos o sucesos pasados ante la presencia del notario público

gozan de fe pública y credibilidad probando “*plenamente que los otorgantes manifestaron su voluntad de celebrar el acto consignado en ellos*”.

Luego, el Tribunal Colegiado adujo que, si la Notaria tenía un conocimiento relativamente cercano sobre la capacidad legal de la donante y si en ese acto jurídico asentó conocer a los comparecientes, a quienes consideró con capacidad legal para contraer y obligarse sin que le constara nada en contrario, entonces, no existe razón congruente o lógica para sostener que el dato sobre la certificación médica extendida por un gastroenterólogo, era una herramienta sustancialmente dirigida a eludir un futuro cuestionamiento acerca de la validez de tal acto.

Incluso, dicho órgano de control constitucional dijo que, en ese enlace de pruebas, la declaración rendida por los testigos tomaba un papel relevante, pues a pesar de que en forma uniforme manifestaron que la autora de la sucesión se encontraba con buena salud mental, se consideró por la responsable que ello no era suficiente, en razón a que se contraponía con el expediente clínico.

Señaló que las declaraciones en comentario no debieron desestimarse de facto, sino que -al tenor de las reglas establecidas en el artículo 380 del *Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León*- la responsable debió reflexionar en que los testigos, por su capacidad para declarar, la independencia de su posición, sus antecedentes personales, imparcialidad, la cercanía en el conocimiento de los hechos y la proximidad con ellos, eran dignos de credibilidad.

Tal prueba, a juicio del Tribunal Colegiado, era de suma notoriedad para poner de relieve la intención de la autora de la donación en cuanto a que los bienes objeto del acto jurídico pertenecieran al demandado y que, pese a ciertos padecimientos de salud, su voluntad era clara y consistente en la transmisión de cierta parte de su patrimonio.

Para concluir, señaló que si se asume la postura de la responsable y, por ende, se administran los medios de prueba descritos, el ejercicio razonado apunta a un resultado de hechos en sentido inverso, subyaciendo la presunción de que la autora de la sucesión -al menos en el acto jurídico tachado de nulo- contaba con capacidad legal para celebrarlo y, por ende, que actuó en forma consciente y voluntaria, de manera que era ilegal sostener la ausencia de uno de los requisitos fundamentales para su legalidad.

ANÁLISIS CRÍTICO

Precisado lo anterior, ahora corresponde realizar un análisis crítico a la resolución citada, con el objetivo de determinar si se ajusta a la doctrina generada en torno a la “carga de la prueba en los procesos de naturaleza civil”, así como respecto de las “personas con discapacidad”.

De entrada, debe decirse que, para que las personas puedan resolver sus conflictos, el legislador estableció diversos mecanismos, siendo uno de ellos los procesos judiciales, como lo es el civil. Este último se caracteriza porque en el mismo rige el modelo dispositivo, que se destaca en que son las partes las obligadas a dar inicio dicho proceso, impulsarlo y llevarlo a su culminación.

Bajo ese contexto, se estima oportuno resaltar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹, ha generado doctrina sobre el tema relativo a la “carga de la prueba en los procesos de naturaleza civil”.

En efecto, nuestro Alto Tribunal ha señalado que, en la teoría de la carga de la prueba resulta fundamental el principio ontológico: “*lo ordinario se presume, lo extraordinario se prueba*”. Tal mandato, dice, se funda en que el enunciado que trata sobre lo ordinario se presenta por sí mismo con un elemento de prueba que se apoya en la experiencia común; en tanto que el aserto que versa sobre lo extraordinario se manifiesta, por el contrario, destituido de todo principio de prueba.

También indica que, en subordinación al principio ontológico, se encuentra el principio lógico, aplicable en los casos en que ha de dilucidarse a quién corresponde la carga probatoria cuando existen dos asertos: uno positivo y otro negativo. En atención a este mandato, aduce, por la facilidad que existe en demostrar el aserto positivo, pone a cargo de quien lo formula la exigencia de acreditarlo y exime de ese peso al que expone una negación, dada la dificultad para demostrarla.

En el Estado de Nuevo León, los artículos 223 y 224 del *Código de Procedimientos Civiles del Estado*, establecen que el actor debe probar los hechos constitutivos de su acción y el reo los de sus excepciones, pero sólo cuando el actor pruebe los hechos que son el funda-

¹ Véase las contradicciones de tesis 15/1997, 77/2007 y 237/2011, del índice de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

mento de su demanda, el reo está obligado a la contra prueba que demuestra la inexistencia de aquéllos, o a probar los hechos que, sin excluir el hecho probado por el actor, impidieron o extinguieron sus efectos jurídicos.

Y que el que niega sólo estará obligado a probar: i) cuando su negación no siendo indefinida envuelva la afirmación de un hecho, aunque la negativa sea en apoyo de una demanda o de una excepción. Los jueces en este caso no exigirán una prueba tan rigurosa como cuando se trate de un hecho positivo; y, ii) cuando desconozca la presunción legal que tenga en su favor el coligante.

De acuerdo con la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los preceptos invocados ponen de manifiesto que, en cuanto al tema de la distribución de la carga de la prueba, existe un principio general de que el peso de la prueba recae sobre el que afirma el hecho. Sin embargo, también aclara que la prueba de los hechos negativos contemplado en el artículo 224, no necesariamente impone el *onus probandi* al actor.

Lo que hace, asevera, es imponer a quien descansa su pretensión o su defensa en una negativa, si es que su negación, no siendo indefinida, envuelve la afirmación de un hecho, esto es, puntualiza que, si la pretensión o la defensa descansan en una negativa que no envuelve la afirmación de un hecho, no hay carga probatoria alguna para quien esgrime dicha negativa, por la razón lógica de que sería imposible su prueba.

Incluso, argumenta que hay ciertas proposiciones negativas que en verdad ameritan

que las pruebe quien las profiere, como la de quien arguye que “su contrario no es nacional”, ya que esta es una proposición negativa que contiene, implícita, una proposición afirmativa -que el contrario, al no ser nacional, es extranjero- y esta proposición implícita admite prueba directa -verbigracia, el acta de nacimiento. En cambio, dice, hay otras negativas que no implican un hecho positivo contrario, como cuando asegura que “el demandado no me ha pagado”, en virtud de que esa clase de negativas no envuelve ninguna afirmativa que pueda ponerse en su lugar, de modo que no puede exigirse su prueba a quien las hace valer.

Es así que define a la “carga procesal” como *“una situación jurídica instituida en la ley, que consiste en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él”*. Así mismo, explica que la noción de la carga se diferencia claramente del derecho, en tanto que el derecho a realizar un acto de procedimiento es una facultad que la ley otorga al litigante en su beneficio (facultad de contestar la demanda, de producir prueba), mientras que la carga es la conminación o compulsión a ejercer el derecho.

Hasta aquí, se tiene que la “carga de la prueba” se trata de una situación establecida por la ley que demanda una conducta de realización facultativa, instituida en interés del propio sujeto, de modo que su omisión puede traer aparejada una consecuencia desfavorable, como el perder la oportunidad de probar la verdad de los hechos plasmados en la demanda o en la contestación, por lo que usualmente,

David Emmanuel Castillo Martínez

dichas cargas se plasman por anticipado en las legislaciones procesales, como sucede con los artículos 223 y 224 del código adjetivo civil estatal.

En ese orden de ideas, el hecho de que la parte actora solicitara ante el Juez Cuarto de lo Civil, la declaración de nulidad de la donación realizada en fecha 1 de marzo de 2013, por “A” en favor de “C”, bajo el argumento de que aquella, desde el año 2010, empezó a perder capacidad, lo que fue avanzando hasta el 12 de febrero de 2012, en que fue diagnosticada en una clínica con demencia senil tipo *Alzheimer*, que le afectaba gravemente para celebrar sus actividades diarias; se trata precisamente de una afirmación, toda vez a que lo hace es poner de relieve la presencia de un vicio de la voluntad que supuestamente invalida la donación mencionada, lo cual puede ser demostrado con pruebas.

En este punto, debe resaltarse que la postura del Tribunal Colegiado respecto de la capacidad jurídica de la donante fue acertada y resulta acorde con la doctrina de la Suprema Corte, pues al destacar que tiene que la misma debe presumirse mientras no se demuestre de manera inequívoca y concluyente que, al momento en que se celebró el contrato de donación, actuaba con una falta de raciocinio, de modo tal que no era capaz de tomar decisiones sobre su patrimonio.

Ciertamente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de su Primera y Segunda Sala², ha estipulado que los elementos que

conforman la discapacidad son tres, a saber: 1) una diversidad funcional; 2) el entorno o contexto que rodea a la persona con diversidad funcional; y 3) a interacción de ambos elementos (1 y 2), que trae como resultado que la persona con discapacidad participe plenamente en la sociedad.

Los ejemplos que ayudan a clarificar los elementos que componen a la discapacidad, según nuestro Alto Tribunal, pueden ser los siguientes: *“una incapacidad para caminar es una deficiencia [diversidad funcional], mientras que una incapacidad para entrar a un edificio debido a que la entrada consiste en una serie de escalones [entorno] es una discapacidad. Una incapacidad de hablar es una deficiencia [diversidad funcional] pero la incapacidad para comunicarse porque las ayudas técnicas no están disponibles [entorno] es una discapacidad. Una incapacidad para moverse es una deficiencia [diversidad funcional] pero la incapacidad para salir de la cama debido a la falta de disponibilidad de ayuda apropiada [entorno] es una discapacidad”*.

La discapacidad, afirmó, puede ser de diversos tipos, atendiendo a la diversidad funcional de que se trate; pues incluso subrayó que una persona puede presentar no sólo una, sino varios tipos (discapacidad múltiple), como ocurre con las personas con una diversidad funcional en el intelecto, que les puede provocar una de tipo intelectual, motriz y hasta sensorial.

En ese sentido, dijo que la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapaci-*

² Véase los Amparos Directos en Revisión 2805/2014 y 44/2018, resueltos por la Primera Sala de la Suprema Cor-

te de Justicia de la Nación, así como el Recurso de Queja 57/2016, resuelto por la Segunda Sala de ese Alto Tribunal.

dad, es considerada como el paradigma normativo del modelo social y de derechos y como una respuesta de carácter integral, universal, jurídicamente vinculante y aplicable, porque se abandona la consideración de la persona con discapacidad como objeto de políticas asistenciales o programas de beneficencia y se reconoce su personalidad y capacidad jurídicas, su condición de sujeto de derechos.

Pues bien, el artículo 12 de la citada Convención prescribe que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, entre otras cosas, para adoptar decisiones y que en ciertas circunstancias el Estado tiene la obligación de prestarles apoyo y asistencia. Por su parte, de la *Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad*, en su artículo 5, se colige las políticas públicas tienen que observar el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas.

De las disposiciones aludidas se desprende que las personas con discapacidad no tienen limitada su capacidad jurídica de un modo distinto al de las demás personas, por lo cual tienen libertad de tomar sus propias decisiones. Esto significa un reconocimiento a su autonomía e independencia, específicamente, para tomar sus propias decisiones y ejercer su voluntad. Y si bien la Suprema Corte de Justicia expresó que existe la necesidad de promover y proteger los derechos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso, también advirtió que ello de ninguna manera autoriza a equipararlos con los niños, niñas o adolescentes.

Efectivamente, nuestro Alto Tribunal mencionó que el Estado está obligado a adoptar todas las medidas que sean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad, pero que dicha protección obedece al hecho de que tiene que ser respetadas en su dignidad; y bajo esa lógica, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 1° de la citada Convención, el Estado tiene la obligación de promover, proteger y asegurar que las personas con discapacidad gocen de los derechos humanos en condiciones de igualdad al resto de la población y sin discriminación alguna.

Inclusive, precisó que el extender el “interés superior” de los niños, niñas y adolescentes a las personas con discapacidad, lejos de cumplir con la obligación mencionada, la desatiende, e incluso conlleva una discriminación en contra de ellas, ya que implica un retroceso en el reconocimiento de los derechos convencionales que les han sido reconocidos en la Convención Sobre los Derechos de las personas con discapacidad.

Lo anterior guarda concordancia con lo referido por el Tercer Tribunal Colegiado, que puntualizó que: “...el “interés superior” deber ser sustituido por la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”, en virtud de que bajo este paradigma es como mejor se respeta la autonomía y libertad personal y, en general, todos los derechos en igualdad de condiciones que los demás”.

Sobre ello, la Suprema Corte de Justicia dijo que el extender dicho “interés superior” a las personas con discapacidad, lejos de cumplir con la obligación mencionada, la desatiende, e incluso conlleva una discriminación en con-

tra de ellas, ya que implica un retroceso en el reconocimiento de los derechos convencionales que les han sido reconocidos en la Convención Sobre los Derechos de las personas con discapacidad.

El espíritu de la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, aseguró, es eliminar la discriminación que debido a los estereotipos generados por la propia sociedad sufren las personas con discapacidad, pues ello afecta su dignidad, de manera que promueve el reconocimiento de su autonomía e independencia individual, incluida la oportunidad de tomar sus propias decisiones, y bajo esa lógica, señala que deben tener participación e inclusión plena en la sociedad.

Y que si bien existen casos en los que debido a la discapacidad no es factible o no es fácil determinar la voluntad y preferencia de las personas, aun en esos supuestos, se debe tratar de realizar la mejor interpretación posible de su voluntad y sus preferencias, a través de un sistema de apoyos y salvaguardias adecuadas y efectivas, adoptando además medidas pertinentes para evitar cualquier tipo de explotación, violencia y abusos.

Lo indicado, pone de manifiesto que el actuar del Tercer Tribunal Colegiado fue el correcto al aplicar la premisa enunciada al citado caso, pues las pruebas aportadas por la actora, en realidad, no demostraron que la donante, en el momento de la celebración del indicado acto jurídico, estuviera privada para ejercer su capacidad jurídica. Por el contrario, existían más pruebas que incluso corroboraban, como la testimonial, la confesional a cargo de la Notaria y las constancias médicas.

Llama la atención que, por un lado, la responsable, al examinar el expediente clínico y definir lo que debía entenderse por “documentos simples”, puntualizó que el mismo no constituía un documento privado proveniente de terceros, puesto que era copia simple del original que obra en sus registros, por lo que su falta de objeción no le genera valor probatorio, más adelante determinó que no era posible negarle valor en función de haberse maternizado esa ratificación por el Director del Hospital, siendo que este último lo que ratificó fue el escrito mediante el cual aportó la copia del expediente clínico en cuestión y no el contenido de este último.

Además, la Sala restó valor a las constancias de atención médica exhibidas por el demandado, por no haber sido ratificadas, cuando el expediente clínico, como se vio, se encontraba en idéntica situación. Con otras palabras, al expediente clínico le otorgó valor pese a ser una “copia simple” por el hecho de que el Director del Hospital ratificó el escrito mediante el cual lo allegó, mientras que las constancias médicas (documentos privados) les restó validez por no haber sido ratificadas.

Cabe destacar que, para otorgarle valor probatorio a una documental privada, es necesario acudir a las reglas previstas en los artículos 297 y 373 del código procesal civil estatal³. De lo numerales enunciados se advierte una presunción legal, en cuanto al valor probatorio de las documentales con las características indicadas, infiriéndose de los mismos dos supuestos, que son: i) aquellos documentos

³ Véase los artículos 297, 373 y 375 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León.

provenientes de la contraparte, y ii) aquellos provenientes de terceras personas.

En el primer supuesto, los documentos privados procedentes de una de las partes, no necesitarán ser reconocidos por aquella para hacer fe, aun cuando aparezcan firmados a su nombre por tercera persona, por lo que corresponderá a quien se atribuya su autoría y las redarguya de falsas, la carga procesal de demostrar esa objeción. En cambio, tratándose de aquellos documentos privados ubicados en el segundo supuesto, en donde su veracidad tendrá el valor que merezcan los testimonios de los terceros que lo emitieron.

Ante las consideraciones expuestas, se colige que la resolución en análisis se ajusta a la doctrina generada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, vinculada con la “carga de la prueba en procesos de naturaleza civil” y “personas con discapacidad”, porque resulta claro que no en todos los casos de la enfermedad de Alzheimer se puede afirmar que la pérdida de memoria implica la imposibilidad de ejercer la capacidad para la celebración de actos jurídicos. Máxime que, la idea del déficit de la capacidad mental no puede utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica de las personas con problemas conductuales.

REFLEXIONES FINALES

El Estado Mexicano tiene la estricta obligación de adoptar aquellas medidas necesarias para proteger a las personas con discapacidad, a través de un enfoque de respeto a su dignidad y condiciones de igualdad.

De conformidad con el Censo de Población y Vivienda 2020, en México hay 6,179,890 personas con algún tipo de discapacidad, lo que representa 4.9 % de la población total del país. También, se estima, de acuerdo con la información del Gobierno Federal, que en México aproximadamente 1 un millón 300 mil personas padecen la enfermedad de Alzheimer, cifra que representa entre 60 y 70% de los diagnósticos de demencia y afecta con mayor frecuencia a las personas mayores de 65 años. Las características más comunes en la persona con Alzheimer son la desorientación, olvidos de eventos, cambios de estado de ánimo, entre otros.

La resolución analizada, involucra a una persona con discapacidad, específicamente, con una demencia senil de tipo *Alzheimer*, de quien se pretendía demostrar su incapacidad jurídica para celebrar un contrato de donación.

Desde mi perspectiva, es necesario destacar la cuestión axiológica de la sentencia, en el sentido de que el Tribunal Colegiado, por una parte, sustenta su resolución en la *Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, dándole así una perspectiva desde un enfoque de derechos humanos y una protección reforzada al tratarse de la decisión de una persona en estado de vulnerabilidad y desentrañar la verdadera voluntad de la misma.

En ese sentido, a pesar de que en la sentencia no lo refiere textualmente, es evidente que el estándar de prueba para pretender acreditar la falta de capacidad jurídica, fue mayor, por estar involucrado un derecho que merece una protección reforzada atendiendo a garantizar

sus derechos humanos frente a la estricta legalidad de la norma procesal y probatoria.

Por ello, estamos de acuerdo con el sentido de la resolución, qué en este nuevo paradigma de sensibilidad social en el tema de derechos humanos, los tribunales, como fue el caso, en lugar de jueces constitucionales se vuelven jueces garantistas en materia de derechos humanos, como valor supremo a la dignidad humana inherente a dichos derechos.

TRABAJOS CITADOS

Contradicción de tesis 15/1997, resuelta por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en fecha 26 de noviembre de 1997. Consultable en: https://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/1997/4/2_12626_0.pdf

Contradicción de tesis 77/2007, resuelta por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en fecha 24 de agosto de 2011. Consultable en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/ejecutoria/20988>

Contradicción de tesis 237/2011, resuelta por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en fecha 24 de agosto de 2011. Consultable en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/ejecutoria/23209>

Amparo Directo en Revisión 2805/2014, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en fecha 14 de enero de 2015. Consultable en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=167365>

Recurso de Queja 57/2016, resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en fecha 31 de agosto de 2016. Consultable en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=195824>

Amparo Directo en Revisión 44/2018, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en fecha 13 de marzo de 2019. Consultable en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=229186>

[scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=229186](https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=229186)

Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León.









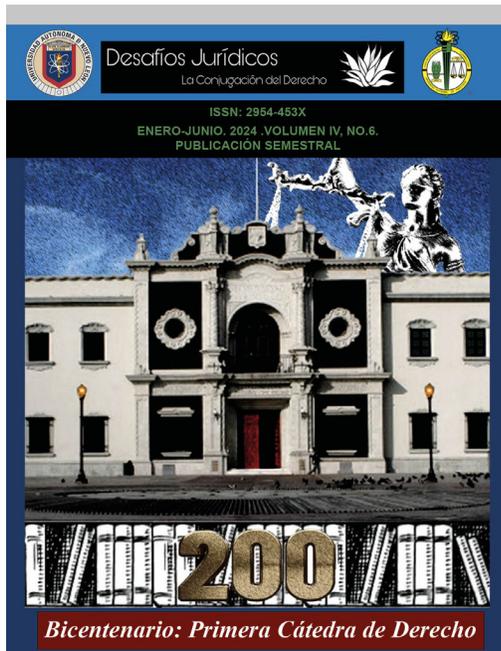
Fotografía: "Despertando" por: R. Badii

Reseña

Desafíos Jurídicos

La Conjugación del Derecho





Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

María Elena Dappello (Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Argentina)

Mediación Comunitaria. Tipología de Conflictos por Convivencia Vecinal. pp. 160-165. Fecha de publicación en línea: 31 de enero de 2024.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafios.juridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos Vol. 4, Núm. 6, Enero-Junio 2024, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Res-

ponsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina, Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. MED. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCÍA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: DR. MARIO ALBERTO GARZA CASTILLO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

COORDINADORA EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ASISTENTE EDITORIAL: Rostam Badii Guillén

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: Mtra. María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Rosa María Elizondo Martínez

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vázquez Azamar "Ius Celebrans" © 2024

MEDIACIÓN COMUNITARIA

Tipología de Conflictos por Convivencia Vecinal (Tirant Lo Blanch, 2020, 228 pags. Brenda Judith Saucedá Villeda y Gabriel de Jesús Gorjón Gómez)

Fecha de publicación en línea: 31 de enero de 2024

Por: María Elena Dappello*

* Universidad Nacional del Centro de la Provincia de
Buenos Aires, Argentina

Esta obra escrita por los Dres. Saucedá Villeda y Gorjón Gómez, cuya reseña me han invitado a realizar, me pone en contacto con profesionales entusiastas, estudiosos de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos y en especial de la Mediación entendida como una especialidad dentro de estos métodos. Con particular dedicación en este libro a investigar y analizar en detalle la MC, que como ellos lo expresan, aún no es considerada en México una especialidad dentro de estos métodos. Seguidamente realizan un trabajo conspicuo sobre la tipología de conflictos por convivencia vecinal en un contexto determinado. En su investigación se refieren al Estado de Nuevo León y más propiamente al municipio de Monterrey cuyas tierras ambos habitan, conocen y se han ocupado de indagar. Y en las que observan un marcado



* Abogada egresada de la Universidad Nacional de La Plata, Bs. As. Argentina. Docente. Mediadora Prejudicial, Voluntaria y Comunitaria. Especializada en el Modelo Familiar Sistémico. Capacitada en Mediación Familiar y Escolar. Capacitada en Comunicación Consciente y Oratoria. Docente Capacitadora de Mediadores Prejudiciales y Formadora de Mediadores Comunitarios de la Facultad de Derecho de la UNCPBA. Docente de Programas de Sensibilización y Capacitación en Resolución de Conflictos por Medios Pacíficos de la Facultad de Derecho de la UNCPBA. Integrante del Equipo Ejecutor del Programa de Mediación Comunitaria “Abriendo Ventanas” de la Municipalidad de Olavarría y del Proyecto de Extensión Universitaria de Participación Ciudadana y Resolución Alternativa de Conflictos: “El Centro Comunitario de Gestión de Conflictos como estrategia de prevención y promoción de salud comunitaria” de la Facultad de Derecho de la UNCPBA en la ciudad de Azul. Integrante del Equipo Capacitador de la Formación de Mediadores Comunitarios de la Municipalidad de Ushuaia. Integrante del Grupo de Estudios Socioculturales del Conflicto (GESC) “Reciprocidad, disputas vecinales y mediación comunitaria” de la UNCPB.

incremento de la conflictiva social y concretamente vecinal como resultado del crecimiento de la ciudad y la poca previsibilidad por parte de las autoridades en el tratamiento de temas que dan lugar al surgimiento de problemas entre vecinos.

En relación al aumento de conflictos observan que, los interpersonales muchas veces se expresan con violencia, por lo que es necesario prestarles atención y ocuparse de la problemática. Las personas tenemos la capacidad de desaprender comportamientos violentos y aprender otros en los que la consideración, el respeto y el diálogo estén presentes a la hora de resolver las disidencias. Esta forma propuesta, distinta y novedosa, aunque no nueva de resolver los conflictos, está orientada a facilitar una convivencia más pacífica entre los miembros de la comunidad. Hoy, con una trama social muy dañada, es necesario laborar de manera decidida y consciente para reconstruirla. La violencia no es “innata” sino que se “aprende” a lo largo de la vida, así lo relatan los autores de acuerdo a lo sentado por la UNESCO en el manifiesto de Sevilla de 1986. En este sentido y para deconstruir la violencia, las instituciones socializadoras como la familia, la escuela, los clubes de barrio, tienen mucho que aportar, aunque es el Estado en sus diferentes estamentos quién tiene a cargo conducir la transformación. Para ello se necesitan objetivos claros y políticas a mediano y largo plazo dedicadas a trabajar por el cambio. Así también atención inmediata de los casos que se dan en el territorio. Dejar de naturalizar la violencia en la interacción y apropiarse cada ciudadano de la capacidad que posee para prevenir, gestionar y resolver los problemas personalmente o con

la ayuda de un tercero, mediante el diálogo y a través de una comunicación eficaz. Y es en este marco que la Mediación en general y la Comunitaria en particular tienen muchos elementos para contribuir a la reforma cultural y social. Desde la introducción misma del libro de publicación inédita, Brenda y Gabriel ya nos señalan cuál es el sentido de su investigación. Efectuar un análisis conceptual de la MC, para alcanzar su delimitación en virtud que dicho recorte no se ha realizado. Seguidamente mencionan la tipología de conflictos que han elaborado. Esta se refiere a los conflictos que surgen en el ámbito comunitario por cuestiones de convivencia. Destacando que los que describen son los de tipo vecinal comunitario, intra e interbarrial. Señalan también la importancia de su detección temprana y de conseguir que se detenga la presentación de denuncias entre vecinos, que para nada benefician la integración social vecinal. La incompreensión entre los habitantes de un mismo barrio o de barrios próximos y la comisión de delitos muchas veces por parte de las mismas personas vecinas, impiden consolidar una buena coexistencia basada en la confianza y armonía entre sus miembros. Este libro que como los autores mismos lo mencionan va dirigido a expertos y estudiosos de los métodos alternos, les brinda una visión amplia y profunda de los temas antes citados. Con un profuso conocimiento y mención del soporte jurídico y de las instituciones que comienzan a acercarse a los métodos alternos, desde la Justicia y los estamentos gubernamentales, estamos ante una propuesta valiosa y comprometida que os ayudará cuando se quiera conocer el lugar que actualmente ocupan estos métodos, especialmente en el Estado de Nuevo León y particularmente en el municipio

de Monterrey. Asimismo le otorgan relevancia a la autonomía de la voluntad y a la participación de los ciudadanos en la solución de los problemas interpersonales. Entendiendo que cuando la interrelación directa no es suficiente para alcanzar el fin, se puede recurrir a la figura del tercero imparcial: el mediador que colaborará con los involucrados para que encuentren la solución. Si esto no llega a ser posible, al menos los vecinos tuvieron la oportunidad de expresarse, dialogar, manifestarse mediante la palabra.

Este libro se compone de siete capítulos y está ilustrado con cuadros sinópticos que aportan a la información, dando claridad de una manera sencilla y didáctica.

El capítulo I se ocupa de la noción de Comunidad, el capítulo II trata los Elementos de la MC; el capítulo III se refiere a los principios de la MC; el capítulo IV aborda la MC con perspectiva de derechos humanos; el capítulo V se dedica a los Conflictos Comunitarios; el capítulo VI propone la Mediación Transformativa en los Conflictos Comunitarios; el capítulo VII analiza la perspectiva actual y retos de la MC. A continuación paso a desglosar los temas principales de cada capítulo.

El capítulo I define Comunidad desde la afirmación de diferentes autores estudiosos del tema. Se centra luego en el área metropolitana de Monterrey, Nuevo León, su historia, hasta lo que es hoy en día la ciudad, que aglutina a una gran masa de habitantes. Se refieren también al rol del vecino dentro de la comunidad urbana, poniendo de manifiesto la cercanía en el espacio que comparten. Vecino es alguien de quien se espera ayuda.

El capítulo II delimita y conceptualiza la MC y enuncia sus elementos constitutivos desde una perspectiva urbana que puede coincidir en algunos puntos con el ámbito rural e indígena. Posteriormente se muestra el fundamento jurídico de la MC desde una óptica internacional. Se define el término MC tomando opinión de reconocidos autores y se pone el acento en la importancia de la MC como medio para alcanzar la justicia social. Se refiere a las partes que mayoritariamente utilizan el servicio de MC. Para finalizar alude a la legitimación colectiva del mediador y/o comediador comunitario y señala los requisitos para desempeñar dicho rol, así como resalta los beneficios que la comediación ofrece.

El capítulo III enuncia los principios de la MC. Primero hace referencia a los principios rectores de todo procedimiento alternativo y posteriormente desarrolla en detalle los propios de la MC. La solidaridad, la libertad, la equidad y la dignidad se reflejan en la MC. Finaliza con el enunciado sobre la gratuidad del servicio aunque en ocasiones puede no serlo.

El capítulo IV vincula la MC con perspectiva de derechos humanos, señalando que al implementarla se fortalecen los derechos humanos y los deberes de los individuos en el orden normativo nacional e internacional. La libertad, igualdad y dignidad humana se salvaguardan. Hay un marcado reconocimiento de estos derechos y el relato cronológico nacional e internacional de su surgimiento acompañado de una profusa tarea jurisprudencial. Desarrolla el principio pro homine. Derecho objetivo y derecho subjetivo. Deber jurídico y derecho subjetivo. La MC en el cumplimiento de los derechos humanos. Su función.

El capítulo V se dedica a la naturaleza de los conflictos comunitarios. Para ello despliega las teorías del conflicto, teoría del caos, teoría de los sistemas, que en relación a la MC, sirven de plataforma de comportamiento de los individuos. Pasa luego a enunciar los modelos de conflictos, desarrollando el modelo general del conflicto de Kenneth Thomas, el modelo de escalada/ des-escalada del conflicto Van de Vliert y el modelo cognitivo de Kruglanski, Bar-Tal y Klar. Ahonda en la tipología de los conflictos comunitarios en el contexto urbano de Monterrey, Nuevo León. Dedicar una parte al derecho comparado, haciendo mención que, una clasificación de los tipos de conflictos por convivencia es imprescindible. Conocerlos permite encaminar la intervención. Los enumera: el exceso de ruido; higiene: olores molestos y basura; estacionamiento; ofensas: injurias/difamación; amenazas.

En el capítulo se señala que mientras a algunos conflictos se los pueden considerar infracciones administrativas por el municipio, otros son tipificados como delitos en la ley penal. Realiza análisis referenciando la normativa aplicable en los conflictos de los cuales se ocupa, a fin de privilegiar el principio de legalidad. Finaliza con las consecuencias de la escalada de conflictos vecinales.

El capítulo VI se refiere a los modelos de mediación, (harvard; circular-narrativo y transformativo) poniendo énfasis en el transformativo como el que conviene aplicar en el ámbito comunitario, porque no solamente prioriza la autodeterminación de las partes, sino también define el rol del mediador tanto en la retórica como en la forma de dirigir el proceso de mediación. Muestra un despliegue amplio de las

características de la MC enunciado por distintos autores. Señala el procedimiento de MC y lo analiza. Menciona que la MC puede ser tanto pública como privada. En ambos casos los mediadores tienen que estar capacitados y actualizados para el desempeño de su rol. Retoma y explica con detalle la importancia de la mediación en el campo comunitario y da las razones. Finaliza el capítulo con el tema del acuerdo con efectos restaurativos.

Capítulo VII se refiere a la perspectiva actual y retos de la MC, la que debe ser considerada política pública en los tres niveles de gobierno. Si bien se observa un aumento de los espacios de diálogo es necesario incentivar aún más la práctica restaurativa, auspiciando mecanismos que propicien y fomenten la cultura cívica. El estado requiere invertir en modelos no violentos de solución de conflicto, evitando así los costos presupuestarios elevados en materia de seguridad, derivados de la falta de evitación de la violencia. Prevenir, atender y disminuir los conflictos comunitarios y un modo es a través de la MC. Difundirla, brindando espacios para la reflexión de las situaciones de violencia en la comunidad y la conflictividad social, son temas de este capítulo. Para finalizar la reseña y desde mi opinión personal, como profesional de la Mediación, estamos frente a una obra valiosa. Los autores fundamentan cada uno de los temas tratados con abundantes consideraciones de expertos que se reflejan en la abultada bibliografía que exponen, no obstante dar su propio punto de vista en cada uno de los temas.

A lo largo del libro muestran su coincidencia con la estrecha vinculación que la MC tiene con la Justicia y la observan como beneficio-

sa. En este punto y como materia de debate y luego de muchos años que llevo mediando en el territorio, abro el interrogante de si tanta proximidad, le hace bien o le quita frescura y flexibilidad a este instituto que habilita de manera directa y llana la palabra a los ciudadanos, expresión elevada de democracia y fortaleza personal. Solo para pensarlo. La obra es muy recomendable para alcanzar un claro entendimiento de la MC.







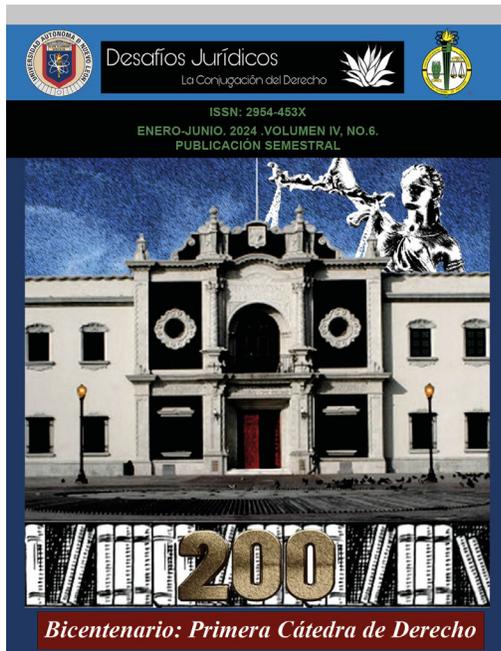
Fotografía: "Libertas" por Daniel Vázquez Azamar

Cine y Derecho

Desafíos Jurídicos

La Conjugación del Derecho





Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Daniel Vázquez Azamar (Universidad Autónoma de Nuevo León)

En el nombre del Padre. pp. 168-173. Fecha de publicación en línea: 31 de enero de 2024.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafiosjuridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos Vol. 4, Núm. 6, Enero-Junio 2024, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina, Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Uni-

versitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. MED. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCÍA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: DR. MARIO ALBERTO GARZA CASTILLO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

COORDINADORA EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ASISTENTE EDITORIAL: Rostam Badii Guillén

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: Mtra. María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Rosa María Elizondo Martínez

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vázquez Azamar “Ius Celebrans” © 2024

En el nombre del Padre

Fecha de publicación en línea: 31 de enero de 2024

Por: Daniel Vázquez Azamar*

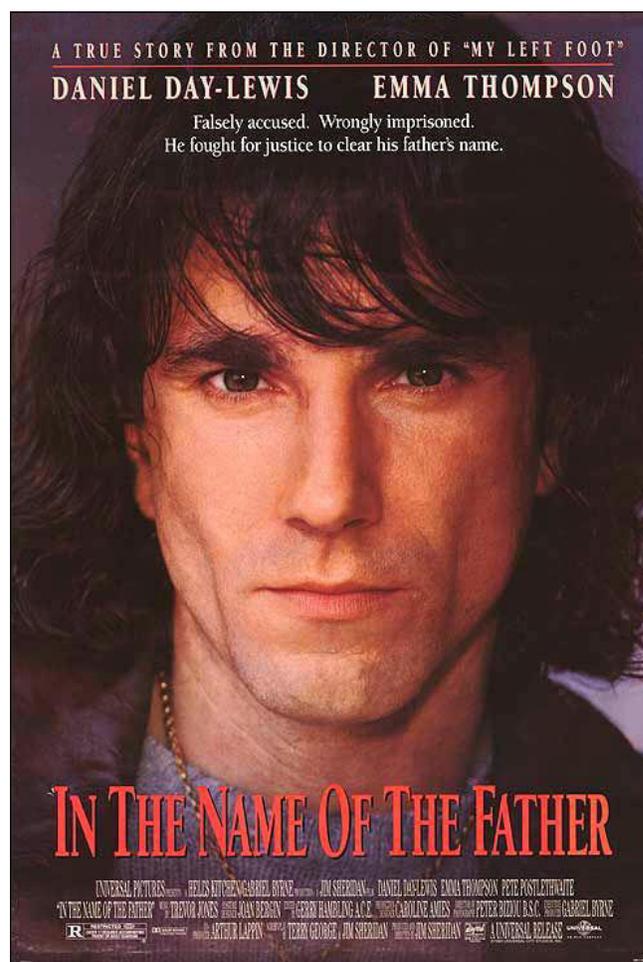
* <https://orcid.org/0000-0003-3102-7567>

Universidad Autónoma de Nuevo León

“VE Y VIVE, ES EL MEJOR CONSEJO QUE TE PUEDO DAR”

Giuseppe Conlon

El principio de inocencia existe desde la antigüedad en el Derecho Romano, aunque en una de las épocas más oscuras de la humanidad “la Edad Media” por las prácticas inquisitivas de la iglesia principalmente, la duda sobre la inocencia era sinónimo de culpabilidad. En la Modernidad encontramos un fundamento en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, logró de la Revolución Francesa de 1789, donde se plantea la necesidad de un juicio previo para cualquier persona: puesto que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable. En el derecho penal moderno y el derecho constitucional, la finalidad de la presunción de inocencia es preservar la libertad.



* Maestro en Artes Visuales de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Catedrático-investigador-creador en la misma institución. Reconocido artista plástico, Líder del Cuerpo Académico “Creación Investigación Acción”.

En México en el artículo 20 apartado B, fracción I, se establece que toda persona imputada tiene derecho a la presunción de inocencia, sin embargo de acuerdo con la ENPOL 2021 de las personas privadas de su libertad 44% reportó estar en prisión por haber sido acusada falsamente de un delito (Tello 2022) esto significa que nuestro sistema tiene serios fallos en garantizar el derecho de presunción de inocencia.

En el cine y las series de televisión a nivel mundial existen muchos ejemplos de casos donde muchas personas fueron encarceladas injustamente por mucho tiempo, lamentablemente son cifras muy altas en la mayoría de los países. Una de las películas más emblemáticas en el tema es “En el Nombre del Padre” (*In the Name of the Father*) de 1993 dirigida por Jim Sheridan con guión de Terry George y Jim Sheridan basados en el libro *Proved Innocent: The Story of Gerry Conlon of the Guildford Four* de Gerry Conlon.

El papel protagónico está a cargo de Daniel Day Lewis, actor que ya había ganado fama y premios desde la película *mi pie izquierdo* (1989) y que hemos visto en otros importantes filmes como *Pandillas de Nueva York* (2002), *Lincoln* (2012), etc. Como coprotagonista la película cuenta con la galardona actriz Emma Thompson reconocida también por premios como los BAFTA, Globo de Oro y los Oscars entre otros. El director Jim Sheridan ha tenido importantes nominaciones y películas destacadas, a pesar de propuestas de Hollywood mayormente ha trabajado en su natal Irlanda.

En el Nombre del Padre es la historia de Gerry Conlon un ladrón de Belfast que pasó 15 años

en la cárcel junto con su amigo Paul Hill, Carole Richardson y Paddy Armstrong (los cuatro de Guildford) culpados injustamente por un atentado con bomba en un bar de Londres en 1974 donde murieron 5 personas y 65 fueron heridas, estos atentados reales fueron realizados por el IRA (Ejército Republicano Irlandés) los verdaderos culpables nunca fueron enjuiciados y después de varias transformaciones al día de hoy la versión actual del IRA sigue buscando la unificación de Irlanda.

La historia de Gerry Conlon es uno de los más famosos errores del sistema judicial de Reino Unido tanto así que en 2005 el primer ministro Tony Blair hizo una declaración pública pidiendo perdón por los agravios hacia los acusados injustamente. Al ser una película basada en hechos reales y una adaptación de la biografía del propio Gerry Conlon, no podemos negar que esta película es una representación del vida real, como séptimo arte el cine es una de las formas de arte más completas al contar con la intervención de varias artes dentro de un mismo discurso, “La presentación espectacular de la vida social no se separa de una representación del mundo, de una cosmología traducida en obras y en prácticas”¹ (Baladier 1994) el lenguaje del cine en este tipo de historias casi debe pasar desapercibido, es decir la fotografía, el montaje los efectos etc, sólo deben apoyar para contar la historia de la mejor manera posible y así el hecho histórico es lo más importante; ningún aspecto individual de la producción sobre sale en demasía, lo importante es contar la historia.

1 Baladier G. (1994) *El poder de las escenas*. Paidós. Barcelona, P-30

En la ficción siempre buscamos lo humano, no importa el género del relato, siempre buscamos lo humano en los personajes, en sus mundos y en sus sociedades, buscamos reconocer lo que vivimos en la realidad hasta en una galaxia lejana, sin embargo en las historias basadas en la realidad este reconocimiento suele ser mas conmovedor y en el caso de en el Nombre del Padre causa indignación.

La historia de Gerry Conlon al ver la película no nos parece ajena como mexicanos, una persona que esta en el lugar equivocado en el momento equivocado suele suceder mucho en México. Tenemos mucha gente inocente sin debido proceso en la cárcel por eso aunque esta historia ocurrió en el Reino Unido lo que acontece lo reconocemos en nuestra propia realidad incluso nos damos cuenta que aunque vivas en primer mundo o país en eterno desarrollo el mismo comportamiento vil esta presente en el mundo. Así como sucede en nuestro país, en la vida real Gerry es culpado de los atentados con bombas en un pub de Guildford después de ser torturado y amenazado por la policía acepta los cargos como a muchas personas pasa en nuestro país. La policía de Reino Unido tenía mucha presión por los medios para resolver los casos de las bombas del IRA de la manera más rápida y el concepto de chivo expiatorio parece estar normalizado en muchos países.

El montaje en este filme es especialmente atractivo y cómodo, dejando la narrativa lineal nos lleva escena tras escena del pasado al presente, pasando por diversas épocas y usando como narrador al mismo personaje principal quién va contando su historia a su

abogada Gareth (Emma Thompson) a través de cintas de audio que enlazan las diversas escenas saltando en el tiempo.

La fotografía es en general fría y gris acentuando no solo el clima o ambiente de Londres sino también la situación del personaje, los encuadres cerrados dentro de la cárcel por el poco espacio que se percibe nos hacen sentir como si nosotros mismos estuviéramos ahí conviviendo con los Conlon y no solo como espectadores.

La música de la película acompaña en cada momento la situación así como la representación de la época, reconocemos canciones y autores de las diferentes décadas acompañando adecuadamente varias escenas con la música original de Trevor Jones que aporta a cada momento dramático el debido acompañamiento.

Cuando una película parte de un guion adaptado de un libro biográfico basado en hechos reales tenemos 2 aproximaciones diferentes al relato, por un lado una historia basada en hechos reales y por otro una adaptación del relato de un medio escrito a un medio audiovisual. Siempre que un relato se adapta de un medio a otro sufre modificaciones, esto quiere decir que no es tan objetivo como lo pretende el cine documental, pero el tema en sí de la historia so predomina, obviamente con fines estéticos y artísticos se hacen cambios en los personajes y sus características, pero la base de los hechos sigue ahí. Quizá por esa razón a pesar de tener muchas nominaciones En el Nombre del Padre no recibió muchos premios aunque quizá si los merecía debido a que molesto ciertos sectores debido a la mala ima-

gen que presenta del sistema judicial británico del cuál encontramos fallas similares en otros países como el nuestro.

En México también existen muchas fallas en el sistema judicial y algunas de estas han sido presentadas en el cine también por ejemplo en la película *Hasta los Dientes*, se presenta una desgracia del 2010, donde el Gobierno mexicano anuncia la muerte de dos supuestos sicarios “armados hasta los dientes” según el dicho de los soldados, pero en realidad se trataba de dos alumnos becados por excelencia del Tecnológico de Monterrey, quienes fueron torturados y asesinados por los militares debido a un error de los mismos, sembrándoles armas en la escena. Cabe destacar que en ese contexto de violencia por la guerra contra el narco hubo demasiadas faltas a la legalidad y los derechos humanos, el documental muestra todos los vacíos del sistema judicial y la impunidad imperante en nuestro país al no tener culpables encarcelados por el asesinato de los estudiantes.

El documental *Presunto culpable* muestra cómo la vida de José Antonio (Toño) Zúñiga de 26 años, vendedor de tianguis sobre ruedas de la delegación de Iztapalapa, es alterada para siempre cuando el lunes 12 de diciembre de 2005, una patrulla de la policía de la ciudad de México abruptamente lo arresta culpándolo de homicidio calificado. El vendedor es encarcelado por un crimen que no cometió después de un juicio lleno de perjurios y procesos manipulados; tiempo después se pone en contacto con dos abogados jóvenes, que aceptan tomar el caso buscando regresarle la libertad comprobando su inocencia.

El primer paso es reabrir el caso, para lo que se dan a la tarea de revisar toda la información previa para encontrar errores o vacíos en el proceso, lo cual en nuestro país no es algo raro. Uno de los hallazgos más importantes es que el abogado defensor en el juicio condenatorio había estado litigando con una cédula profesional falsa. Gracias a este descubrimiento los defensores son capaces de reabrir el caso y poder anular la sentencia pasada para establecer un nuevo juicio y emprender un nuevo proceso para litigar por la libertad de Toño.

Armado el equipo de abogados con una cámara y un documentalista que registra todo el proceso de indagación del nuevo juicio, se enfrentan a las pruebas falsas y el sistema judicial fallido que llevaron a un inocente a la cárcel. Finalmente se pudo demostrar la inocencia de Toño y se le dio la libertad con dictamen de “absuelto”.

El cine basado en hechos reales es una forma de mantener la memoria sobre la realidad, denuncias sociales, creación de conciencia y en el mejor de los casos invitar al cambio social, mientras exista impunidad y gente inocente en las cárceles del mundo seguiremos viendo películas adaptadas o documentales que nos mostraran otras caras de los supuesto hechos.

TRABAJOS CITADOS

- Sheridan J. (1993) *En el Nombre del Padre*. Universal Pictures. Irlanda, Reino Unido, Estados Unidos.
- Tello I. (1 de abril de 2022) ¿Cuántas personas inocentes hay en la cárcel? <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/irene-tello-arista/cuantas-personas-inocentes-hay-en-la-carcel/>
- Baladier G. (1994) *El poder de las escenas*. Paidós. Barce-

Iona

Arnaut A. (2018) *Hasta los Dientes*. IMCINE-FOPROCINE, Hasta los Dientes Films S.A. de C.V., Chemistry Cine. México.

Hernández R. (2008) *Presunto culpable*. Abogados con Cámara; Instituto Mexicano de Cinematografía CONACULTA; Fondo para la producción cinematográfica (FOPROCINE). México.



Vol. 04, Núm. 06, Enero-Junio 2024

Desafíos Jurídicos es una publicación semestral de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad de Autónoma de Nuevo León. Contribuye al debate de las ideas en torno al derecho y la interacción de temas jurídicos conjugados con otras disciplinas, fomenta el diálogo, análisis y reflexión de los procesos sociales contemporáneos desde una perspectiva que incluya una visión crítica tanto académica como científica en aras de acrecentar el conocimiento. Prioriza la publicación de artículos producto de investigación, escritos por autores nacionales y extranjeros. Promueve vínculos dentro la comunidad de investigación social. Está dirigido a investigadores sociales y en general, profesionales interesados en las áreas sociales del conocimiento.

desafiosjuridicos.uanl.mx



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN