

REVISTA PRIMERA INSTANCIA

NUM. 19, VOL. 10, JULIO - DICIEMBRE 2022

CONTENIDO

Editorial

Derechos de los niños, niñas y adolescentes: criterios judiciales en México
Alfonso Jaime Martínez Lazcano

Dignidad humana, una concepción generalizada
Mireya García Monroy
Juan Ángel Salinas Garza
Luis Gerardo Rodríguez Lozano

Polémicas de los derechos humanos en las cárceles de Colombia
Jaime Cubides Cárdenas
Angie Milena Moran Amortegui

Las personas morales privadas como sujetos obligados en materia de derechos humanos
Eduardo Dacasa López

La debida aplicación del derecho convencional en la conservación de las lenguas indígenas en México
Blanca Torres Espinosa
Carlos Ernesto Arcudia Hernández
Sara Berenice Orta Flores

Principio *pro homine* ¿cuestión de humanismo? O tema de legalidad
Ricardo Martínez Quintero

El plazo razonable en la justicia constitucional y convencional
Patricio Maraniello

La prueba y el curador procesal en el Perú
Hilmer Zegarra Escalante



PRIMERA INSTANCIA

REVISTA JURÍDICA

Número 19, Volumen 10

Julio-diciembre
2022

www.primerainstancia.com.mx
ISSN 2683-2151

DIRECCIÓN Y COMITÉ EDITORIAL DE REDACCIÓN
REVISTA PRIMERA INSTANCIA

EDITOR y DIRECTOR GENERAL
Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano
Profesor e investigador
Universidad Autónoma de Chiapas, México.

DIRECTOR HONORARIO
Dr. Hugo Carrasco Soulé
Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México.

COEDITOR GENERAL
Dr. Jaime Alfonso Cubides Cárdenas
Profesor de la Universidad Católica de Colombia.

EDITOR EN SUDAMÉRICA
Dr. Manuel Bermúdez Tapia
Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Perú.

COMITÉ EDITORIAL
Ana Carolina Greco Paes
Professora na Toledo Centro Universitário, Brasil.
Angelo Viglianisi Ferraro
Director Centro de Investigación “Mediterranea International Centre for Human Rights
Research, Italia.
Juan Marcelino González Garcete
Profesor de la Universidad Nacional de Asunción, Paraguay.
Pamela Juliana Aguirre Castro
Profesora de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Quito, Ecuador.
Patricio Maraniello
Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.
René Moreno Alfonso
Abogado. Profesor de la Universidad Republicana, sede Bogotá, Colombia.

ASESORAMIENTO CIENTÍFICO
Dra. Jania Maria Lopes Saldanha
Profesora en la Universidad Federal de Santa María, Brasil.

COORDINADORA DEL COMITÉ EDITORIAL
Neidaly Espinosa Sánchez
Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos.

REVISTA PRIMERA INSTANCIA, número 19, volumen 10, julio a diciembre de 2022, es una revista electrónica arbitrada en español de difusión vía red de cómputo desde el 2013, resultado de investigaciones científicas originales e inéditas, difunde resultados de estudios empíricos y teóricos preferentemente del área jurídica, con la periodicidad semestral (enero-junio / julio-diciembre).

Boulevard Presa de la Angostura, número 215-12, Fraccionamiento Electricistas Las Palmas, Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, C.P. 29040, Tel. (52961) 6142659, página web: <http://www.primerainstancia.com.mx/revista-primera-instancia/>

Correo: primerainstancia@Outlook.com

Alfonso Jaime Martínez Lazcano, titular de la Reserva de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2018-061813141600-203, otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor, ISSN 2683-2151.

Las opiniones de los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación, se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados, siempre y cuando se cite la fuente completa y la dirección electrónica de la publicación.

Editorial

La situación actual de la humanidad es compleja y está marcada por una serie de desafíos y problemas que afectan a todas las regiones y países del mundo. En el siglo XXI, la humanidad se enfrenta a una serie de desafíos, que incluyen el cambio climático, la pobreza, la desigualdad económica, la inestabilidad política, las pandemias y los conflictos armados.

Uno de los mayores desafíos a los que se enfrenta la humanidad en la actualidad es el cambio climático. El calentamiento global está provocando un aumento de las temperaturas en todo el mundo, lo que a su vez está provocando sequías, incendios forestales, inundaciones y otros desastres naturales. Además, el cambio climático también está afectando a la biodiversidad, lo que pone en peligro la supervivencia de muchas especies animales y vegetales.

Otro desafío importante es la pobreza y la desigualdad económica. A pesar del crecimiento económico global, millones de personas en todo el mundo viven en la pobreza extrema y no tienen acceso a servicios básicos como agua potable, atención médica y educación. La desigualdad económica también está en aumento, lo que está provocando tensiones sociales y políticas en muchos países.

La inestabilidad política también es un problema importante en la actualidad. Los conflictos armados y las guerras civiles en Siria, Yemen y otros lugares han provocado la muerte de cientos de miles de personas y han desplazado a millones más. Además, el terrorismo y la violencia también siguen siendo una amenaza en muchos países.

La pandemia de COVID-19 es otro desafío importante que enfrenta la humanidad en la actualidad. La pandemia ha tenido un impacto devastador en todo el mundo, causando la muerte de millones de personas y afectando gravemente a la economía global y a la vida cotidiana.

En general, la situación actual de la humanidad es difícil y presenta muchos desafíos y problemas que deben ser abordados. Es necesario que los líderes mundiales trabajen juntos para encontrar soluciones a estos problemas, y que la sociedad en general tome medidas para abordar los problemas de manera efectiva. La cooperación internacional, la inversión en tecnologías limpias y sostenibles, y la promoción de políticas económicas justas y equitativas son algunas de las medidas que se deben tomar para hacer frente a estos desafíos y construir un futuro mejor para todos.

Los derechos humanos tienen un papel fundamental en la lucha contra los desafíos y problemas que enfrenta la humanidad en la actualidad. Los derechos humanos son un conjunto de normas y principios que establecen las condiciones necesarias para que todas las personas puedan vivir con dignidad, libertad e igualdad. La promoción y protección de los derechos humanos son esenciales para abordar los desafíos actuales y construir un futuro más justo y sostenible para todos.

En el contexto del cambio climático, los derechos humanos son esenciales para garantizar que las medidas para abordar el problema no tengan un impacto negativo en los derechos humanos de las personas más vulnerables. Por ejemplo, las comunidades indígenas y campesinas que dependen de los recursos naturales para sobrevivir son particularmente vulnerables a los efectos del cambio climático, por lo que es necesario proteger sus derechos para garantizar que no sean perjudicados por las medidas adoptadas para abordar el cambio climático.

En el contexto de la pobreza y la desigualdad económica, los derechos humanos son esenciales para garantizar que todas las personas tengan acceso a servicios básicos como agua potable, atención médica y educación. Los derechos económicos y sociales, como el derecho al trabajo y a un nivel de vida adecuado, son esenciales para abordar la pobreza y la desigualdad económica y garantizar que todas las personas tengan la oportunidad de vivir con dignidad.

En el contexto de los conflictos armados y las pandemias, los derechos humanos son esenciales para proteger a las personas de la violencia y garantizar que tengan acceso a atención médica y otros servicios esenciales. Los derechos humanos, como el derecho a la vida y a la salud, son fundamentales para garantizar la protección de las personas en situaciones de crisis y emergencia.

Los derechos humanos tienen un papel crucial en la lucha contra los desafíos y problemas que enfrenta la humanidad en la actualidad. La promoción y protección de los derechos humanos son esenciales para construir un futuro más justo y sostenible para todos.

Esperando que nuestra publicación venga a contribuir y a impulsar la nueva cultura jurídica de protección de los derechos humanos.

Alfonso Jaime Martínez Lazcano
Editor y director general

Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, 5 de diciembre de 2022.

ÍNDICE

DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: CRITERIOS JUDICIALES EN MÉXICO

Alfonso Jaime Martínez Lazcano.....9

DIGNIDAD HUMANA, UNA CONCEPCIÓN GENERALIZADA

Mireya García Monroy, Juan Ángel Salinas Garza y Luis Gerardo Rodríguez Lozano.....37

POLÉMICAS DE LOS DERECHOS EN LAS CÁRCELES DE COLOMBIA

Jaime Cubides Cárdenas y Angie Milena Moran Amortegui.....59

LAS PERSONAS MORALES PRIVADAS COMO SUJETOS OBLIGADOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Eduardo Dacasa López.....83

LA DEBIDA APLICACIÓN DEL DERECHO CONVENCIONAL EN LA CONSERVACIÓN DE LAS LENGUAS INDÍGENAS EN MÉXICO

Blanca Torres Espinosa, Carlos Ernesto Arcudia Hernández y Sara Berenice Orta Flores.....120

PRINCIPIO PRO HOMINE ¿CUESTIÓN DE HUMANISMO? O TEMA DE LEGALIDAD

Ricardo Martínez Quintero... ..148

EL PLAZO RAZONABLE EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

Patricio Maraniello.....169

LA PRUEBA Y EL CURADOR PROCESAL EN EL PERÚ

Hilmer Zegarra Escalante.....186



DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: CRITERIOS JUDICIALES EN MÉXICO¹

Alfonso Jaime MARTÍNEZ LAZCANO*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Notificación directa a los NNA.* III. *Suspensión (medida cautelar del amparo).* IV. *Guarda y custodia.* V. *Suplencia de la queja.* VI. *Alimentos.* VII. *Interés superior de los NNA.* VIII. *Conclusiones* IX. *Bibliografía.*

Resumen: En el artículo se analizan diversos criterios jurisdiccionales en materia de derechos referentes a las niñas, niños y adolescentes emitidos en los tribunales nacionales, los cuales en su mayoría se han generado a partir de la influencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, al grado de darles participación procesal importante, de forma independiente a quienes los representan en juicio, cuando se ventilen derechos que les corresponden; la posibilidad de cambiarse el nombre y apellido bajo el derecho humano al libre desarrollo de la personalidad; la protección a la salud; las bondades procesales que les corresponden, bajo los principios del interés superior y la suplencia de la queja en materia familiar y amparo, mediante el estudio de la fuente directa a las tesis y jurisprudencias.

Palabras clave: Adolescentes, criterios judiciales, México, niñas, niños.

¹ Trabajo recibido el 13 de julio de 2022 y aprobado el 2 de septiembre de 2022.

* Abogado. Doctor en Derecho Público, profesor e Investigador de la Universidad Autónoma de Chiapas, profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Director de la Revista Primera Instancia y presidente del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Vicepresidente en Investigaciones de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional; de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional. Contacto: alfonso.martinez@unach.mx

Abstract: : The article analyzes various jurisdictional criteria regarding the rights of girls, boys and adolescents issued in national courts, most of which have been generated from the influence of the Inter-American Human Rights System, to the extent of giving them important independent procedural participation of those who represent them in court, when rights that correspond to them are ventilated; the possibility of changing the name and surname under the human right to free development of personality; health protection; the procedural benefits that correspond to them, under the principles of best interest and the substitution of the complaint in family matters and protection, through the study of the direct source to the theses and jurisprudence. |

Keywords: Adolescents, judicial criteria, Mexico, girls, boys.

I. INTRODUCCIÓN

La vida humana se desarrolla de forma compleja, las experiencias son tan diversas, que es difícil si no imposible medir *a priori* todas las respuestas justas a las problemáticas que se puedan presentar, sin dejar de reconocer coincidencias entre las vicisitudes que se dan dentro de una familia, máximo cuando este concepto ha sido rebasado, para reconocer las distintas clases de familias que en la realidad se presentan. Cuando una controversia familiar surge y se concurre a un órgano jurisdiccional para la solución, le corresponde al juez tener la sensibilidad, empatía, criterio amplio, compromiso y sobre todo ética para encontrar la mejor solución posible al caso concreto.

Uno de los principales elementos de suma complejidad en el ámbito jurisdiccional de familia es la evaluación de las “relaciones de parejas y familiares”, principalmente porque constituyen un universo sin lógica, para quien evalúa un expediente judicial. En estos contextos, los magistrados no logran comprender las situaciones que detallan un expediente judicial, donde dos personas que en una etapa previa habían desarrollado una relación afectiva o familiar, despliegan relaciones de violencia de antagonismo o eventualmente de posiciones tan excluyentes entre sí.²

² BERMÚDEZ TAPIA, Manuel, “La persona y la evaluación de las relaciones afectivas desde una hipótesis planteada desde la física (Naturaleza)”, en BERMÚDEZ TAPIA, Manuel, FRÍAS TORAL, Daniel y MARTÍNEZ, Cristina (Coords.), *Relaciones familiares y en crisis: antes durante y después de la pandemia del COVID-19*, Ediciones Hemafre, Guayaquil, 2020, p. 1.

Humanizar la justicia es resolver los conflictos familiares tomando en cuenta todos los parámetros de la cultura jurídica: conocer, comprender, y aplicar de manera preferente los principios jurídicos constitucionales y convencionales, fincados en los valores de justicia y equidad, razones que el juez debe considerar antes de decidir en un sentido determinado un caso concreto, mediante la flexibilización de las normas procesales, ante la complejidad y diversidad de la realidad de las relaciones sociales familiares.³

De forma genérica el artículo 17 de la Constitución prevé cierta plasticidad procesal con la finalidad de sacrificar derechos sustantivos, la señalar: *Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales.*

En todo caso, el juez, garantizará que se cumplan las obligaciones de crianza; protegerá y hará respetar el derecho de convivencia de las niñas, niños y adolescentes (NNA) con ambos progenitores, regulando en forma equitativa, salvo cuando exista peligro para lo cual dispondrá de las medidas necesarias para proteger a los hijos de actos de violencia familiar o de cualquier circunstancia que atente contra su desarrollo armónico, así como las propias para corregir los actos de esa violencia y las de seguridad, seguimiento y psicoterapéuticas.⁴

II. NOTIFICACIÓN DIRECTA A LOS NNA

Las NNA que participen en un proceso, deben ser notificados en todo momento de las resoluciones judiciales, en las que se determinen derechos y obligaciones que de forma directa o indirectamente les pueden afectar, especialmente la sentencia, a través de una audiencia especial, independientemente de que el juzgado notifique a los representantes de éstos, es decir, a quienes actúen en juicio en nombre y cuenta de los mismos. La forma como transmitirse la información a los NNA debe ser sencilla, clara, con ideas que puedan comprender, de acuerdo con la edad, sexo, idiosincrasia y demás circunstancias del caso concreto, además, en congruencia, darles a conocer las respuestas sobre sus opiniones y solicitudes. Esta responsabilidad procesal no sólo es

³ MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime y DENIS TRINIDAD, Lorena, “Principio e Humanización en la justicia familiar en México”, en BERMÚDEZ TAPIA, Manuel, FRÍAS TORAL, Daniel y MARTÍNEZ, Cristina (Coords.), Relaciones familiares y en crisis: antes durante y después de la pandemia del COVID-19, Ediciones Hemafre, Guayaquil, 2020, p. 204.

⁴ BAQUEIRO ROJAS, Edgardo y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía, Derecho *de familia*, editorial Oxford, México, 2009, p. 187.

para los representantes de las NNA, obligación inherente a la función que desempeñan, sino a los titulares de los órganos jurisdiccionales, como directores del proceso, para este fin, también se podrán emplear medios electrónicos, según sea el caso. Inclusive cuando se omite notificar a las NNA los términos para impugnar no empezaran a transcurrir.

Cuando no fuere posible realizar directamente la comunicación del fallo a las NNA por la autoridad judicial, ésta le requerirá al representante de éstos, para que justifique que han informado del resultado del proceso a las NNA y que están conformes, debiendo hacerlo antes de que venza el término para el medio de impugnación correspondiente o expliquen porque no ha podido informales a los NNA.

Este requisito es fundamental, ya que pueden presentarse intereses opuestos entre los representantes y los NNA, no sólo la participación directa en el proceso para evitar que las pretensiones de éstos no queden sin estudiarse o atenderse, así debe garantizarse a éstos la formación de un juicio propio, así como de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten, a que se les escuche sin presión alguna.

Derecho de las NNA a conocer una sentencia judicial que decide sobre sus derechos. La comunicación del fallo es un deber a cargo tanto de la autoridad judicial como de quienes ejercen la representación jurídico procesal.

Hechos: Una persona menor de edad promovió demanda de amparo directo por propio derecho, para impugnar la sentencia de apelación derivada de un juicio del orden familiar, en la que se determinó absolver a su progenitor de la pérdida de la patria potestad y se estableció un régimen de convivencia entre ellos. El tribunal colegiado de circuito (TCC) que recibió la solicitud de amparo advirtió que el infante tenía designada una tutriz dativa especial en el juicio de origen, que ejercía su representación procesal, por lo que requirió a ésta para que interviniera con ese carácter en el juicio constitucional; la tutriz desahogó el requerimiento e hizo suya la demanda, y el órgano colegiado la admitió a trámite teniéndola como promovida por la representante. En la sentencia del juicio de amparo se decretó el sobreseimiento por estimar extemporánea la demanda. En contra de esta determinación la persona menor de edad interpuso amparo directo en revisión también por propio derecho (suscribió directamente el escrito respectivo y plasmó huellas digitales), en el que cuestionó el hecho de que su demanda se considerara promovida por su tutriz dativa especial y que el plazo para instarla se haya contabilizado a partir de que el acto reclamado fue notificado a ésta en el recurso de apelación.

Criterio jurídico: La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) determina que las NNA tienen derecho a que se les comunique la sentencia judicial que se emita en el proceso jurisdiccional donde se diriman sus derechos, y tal deber está a cargo tanto de la persona juzgadora, como de quienes ejercen la representación jurídica procesal del infante.

Justificación: Esta Primera Sala ha desarrollado ampliamente el derecho fundamental de las NNA, a ser escuchados en los procedimientos en que se ventilan sus derechos, y a que su opinión se tome en cuenta. Ese derecho reconoce un diverso componente, relativo a la comunicación a las personas menores de edad, de la sentencia judicial que se dicte en la controversia, para que se les informe de qué manera fueron atendidas sus opiniones y solicitudes; tal comunicación está supeditada a la ponderación de la edad y grado de madurez del infante o adolescente y demás circunstancias del caso, debiéndose procurar que sea asertiva, es decir, explicándole con sencillez y claridad, en la forma más sustancial y directa posible, sin tecnicismos jurídicos o lenguaje complejo, las decisiones medulares y las razones que las justifican, así como la ponderación que se hizo sobre sus opiniones. La satisfacción de ese derecho recae tanto en la autoridad judicial como en quienes ejercen la representación procesal. La primera como rectora del proceso y los segundos por ser un deber inherente a su función, la cual deben realizar a partir del conocimiento del infante y sus condiciones, lo que entraña la necesaria interacción con éste para recabar su opinión y su sentir sobre su caso, a fin de realizar su adecuada defensa, con base en su interés superior. La mejor forma de satisfacer ese derecho tendrá que ser definida casuísticamente, pero siempre que la autoridad advierta posible citarlo en compañía de sus representantes, debe comunicarle directamente, en una diligencia con ese fin, la decisión adoptada; incluso, podrá ponderar la posibilidad del empleo de medios electrónicos para ese objetivo; la cual, debe ser concomitante con la notificación de la resolución a sus representantes para que el menor de edad la conozca con la debida oportunidad. Cuando tal diligencia no sea posible o se estime inconveniente, la autoridad debe requerir al principal representante de la persona menor de edad, para que una vez que es notificado de la sentencia, dentro de un plazo prudente y objetivamente menor al que disponga la legislación respectiva para impugnarla, justifique en el procedimiento que ha informado a su representado la decisión del juicio y, en su caso, que por así estimarlo conveniente conforme a la edad y madurez del niño o niña, ha tomado su opinión sobre su conformidad o inconformidad con ella, para efectos de

decidir sobre su impugnación, o bien, que justifique las razones por las cuales no se ha dado esa comunicación.⁵

III. SUSPENSIÓN (MEDIDA CAUTELAR DEL AMPARO)

El juicio de amparo tiene como medida cautelar la suspensión del acto reclamado, que tiene dos efectos, dependiendo si la trasgresión es por acción u omisión; uno evidentemente suspensivo, para que la autoridad responsable, a quien se le demanda, deje las cosas en el estado que se encuentren hasta que se dicte la sentencia definitiva, como medida conservativa.

La otra consecuencia de la suspensión es de carácter restitutivo o anticipatorios a la sentencia, por ejemplo, si se ha cortado el suministro de agua potable, y éste es el acto reclamado, mientras se resuelve el amparo en lo principal, la medida será restablecer el abastecimiento de agua.

Así se puede decir que es una tutela anticipada o anticipatoria, al restablecerse al quejoso en el goce de la garantía o derecho afectado con el acto reclamado (decisión o tutela anticipada).⁶

Un antecedente de los efectos restitutorios de la suspensión es cuando el acto reclamado consistía en la clausura indefinidamente de un establecimiento comercial, considerando dos elementos:

1) Apariencia de buen derecho

La apariencia de la existencia del derecho apunta a una credibilidad objetiva y sería que descarte una pretensión manifiestamente infundada, temeraria o cuestionable, lo que se logra a través de un conocimiento superficial, dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso.⁷

La apariencia del buen derecho es una apreciación *prima facie* que permite a los operadores jurídicos dictar medidas tutelares antes de que se emita el fallo.

2) Peligro en la demora

⁵ Tesis: 1a. XXXVII/2022 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, libro 20, tomo II, diciembre de 2022, p. 1238. Registro digital: 2025637.

⁶ Tesis: XVII.1o.P.A. J/2 K (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, libro 16, tomo IV, agosto de 2022, p. 4197. Registro digital: 2025172.

⁷ Cfr. Tesis: P./J. 16/96, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo III, abril de 1996, p. 36. Registro digital: 200137.

El peligro en la demora consiste en la posible frustración de los derechos del solicitante de la medida, que puede darse como consecuencia de la tardanza en el dictado de la resolución de fondo.⁸

La idea central de la suspensión es impedir que el juicio de amparo sea innecesario, porque la materia de este, es decir, los derechos materia de la protección del proceso se afecten y quizá no sea posible una protección eficaz o restituir al quejoso los derechos humanos trasgredidos, en caso de que la sentencia sea estimativa.

La suspensión puede ser a petición de parte o de oficio.⁹ En caso de la primera se tramita en un cuadernillo, que se substancia en duplicado por cuerda separada, por medio de un incidente, la primera resolución de éste es la suspensión provisional y finalmente la suspensión definitiva. La primera se dicta sin audiencia de las otras partes del juicio, la segunda, una vez escuchado a la autoridad responsable principalmente.

La suspensión no debe contravenir disposiciones de orden público ni ocasionar perjuicio al interés social.

1. Protección a la salud. Vacuna Pfizer-BioNTech (BNT162b2)

Cuando el acto reclamado sea la omisión de la autoridad responsable de aplicar la vacuna contra el COVID-19 a niñas y niños (NN), la cual tiene la finalidad de prevenir que el virus se adhiera a las células sanas y cause infección, o tener anticuerpos específicos en el supuesto de que se infecten, que preparen al sistema inmune para reconocer y defenderse del virus, la suspensión provisional y posteriormente la definitiva, deberán de tener efectos restitutivos o anticipativos a la sentencia, es decir, que se aplique la vacuna, siempre y cuando el medicamento cuente con la autorización de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS), sin que sea relevante que ya se haya otorgado el registro sanitario (permiso) por las autoridades de otros países.

Suspensión provisional en el juicio de amparo indirecto. Procede concederla contra la falta de aplicación de la vacuna Pfizer-BioNTech (BNT162B2) a menores de cinco a once años para prevenir la covid-19, con efectos de tutela anticipada, en términos del artículo 147 de la Ley de Amparo.

⁸ *Ídem.*

⁹ *Cfr.* MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, *Juicio de amparo indirecto*, Editorial Primera Instancia, México, 2008, pp. 92-93.

Hechos: Las quejas, en representación de sus hijos menores de edad, de entre cinco y trece años, promovieron juicio de amparo indirecto contra la omisión de aplicar a éstos la vacuna Pfizer-BioNTech (BNT162b2) contra el virus SARS-CoV-2, para la prevención de la COVID-19. El Juez de Distrito concedió la suspensión provisional para el efecto de que se les vacunara a la brevedad, al considerar que con su otorgamiento no se contravienen disposiciones de orden público ni se sigue perjuicio al interés social; inconforme, la autoridad responsable interpuso recurso de queja.

Criterio jurídico: Este TCC determina que procede conceder la suspensión provisional en el juicio de amparo contra la falta de aplicación de la vacuna Pfizer-BioNTech a menores de cinco a once años, con efectos de tutela anticipada o anticipatoria.

Justificación: [...] procede conceder la medida cautelar para que se restablezca provisionalmente a los NN quejosos en el goce del derecho violado mientras se dicta sentencia en el juicio de amparo, esto es, para que las autoridades sanitarias les apliquen la vacuna Pfizer-BioNTech, autorizada para el grupo etario mencionado, siempre y cuando dicha tutela anticipada (efecto restitutorio provisional) sea jurídica y materialmente posible. Lo anterior no debe limitar los efectos a los preservantes o excepcionalmente restitutorios, sino que al ser el eje del juicio de amparo la protección de los derechos humanos y sus garantías, lo trascendente es que las cosas se mantengan en el estado que guarden y, de ser posible material y jurídicamente, restablecer provisionalmente al quejoso en el goce del derecho violado en tanto se resuelve el juicio en lo principal. Es decir, que tenga efectos anticipatorios la suspensión, similares a los de una sentencia provisional, con independencia de que para ello deban ser preservantes, restitutorios, conservativos o, incluso, anticipatorios, pues ello dependerá de lo necesario para la protección del derecho humano o garantía y de la apariencia del buen derecho, en relación con el cual será proporcional la suspensión. Por ello, no se trata de que se “constituya” un derecho humano a través de la suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo, pues esa interpretación iría en contra del artículo 1o. de la Constitución General, el cual prevé el “reconocimiento” de los derechos humanos y no su “concesión” por el Estado. Por ende, los derechos humanos y sus garantías son preexistentes a la presentación de la demanda de amparo.¹⁰

¹⁰ *Ibidem.*

2. Protección a la salud. Vacunación esquema completo contra COVID-19

Suspensión en el juicio de amparo. Procede concederla cuando se solicita para el efecto de que se aplique el esquema completo de vacunación contra el virus sars-cov-2 a niñas y niños (NN) de entre cinco y once años, sin comorbilidades, siempre y cuando exista la vacuna autorizada por parte de la comisión federal para la protección contra riesgos sanitarios (Cofepris).

Hechos: Los TCC contendientes conocieron de recursos de queja interpuestos en contra de acuerdos emitidos en juicios de amparo, en que NN de entre cinco y once años de edad, sin comorbilidades, solicitaron la suspensión para el efecto de que se les aplicara la vacuna para la prevención de la COVID-19 en México, a pesar de que no había sido autorizada por la Cofepris, pues mientras uno de los Tribunales concedió la medida cautelar solicitada tomando en cuenta que existía una vacuna que ya había sido autorizada por autoridades de la salud de otros países, el otro Tribunal negó la suspensión porque su otorgamiento ponía en peligro la salud del niño quejoso, porque la Cofepris no había autorizado la vacuna para personas menores de ese rango etario, y las validaciones realizadas en el extranjero no podían suplantar la autorización de la autoridad citada, además de que, en caso contrario, se inobservarían los lineamientos y la “Política Nacional de Vacunación” emitida por las autoridades de salud nacionales.

Criterio jurídico: La suspensión debe concederse para el efecto de que las autoridades responsables apliquen a las NN de cinco a once años, sin comorbilidades, el esquema completo de vacunación contra el virus SARS-CoV-2, para la prevención de la COVID-19, siempre y cuando exista la autorización de la vacuna por parte de la Cofepris.

Justificación: A fin de salvaguardar el derecho a la salud de las NN de entre cinco y once años, previo a aplicarles una vacuna, es necesario que existan las autorizaciones por parte de las autoridades a las que el Estado Mexicano ha conferido constitucional y legalmente la tarea de autorizarlas. En este sentido, la orden a las autoridades de la salud para que apliquen una vacuna que no ha sido sometida al estudio científico a cargo de la institución competente para ello, sin duda pondría en peligro la salud y la vida de las NN, porque sólo los especialistas autorizados por la Constitución General y las leyes que de ella emanan son los que cuentan con facultades para establecer si cumple con las especificaciones sanitarias que requiere cierto grupo etario. Por ello, el otorgamiento de la suspensión para que se aplique a personas menores de edad una vacuna que no ha sido autorizada por la Cofepris, pondría en peligro la salud e integridad física

del menor de edad vacunado, además de que actualizaría el supuesto previsto en el artículo 129, fracción V, de la Ley de Amparo, porque se impediría al Ejecutivo Federal la implementación de las medidas adoptadas en la Política Nacional de Vacunación contra el virus SARS-CoV-2, y se obstaculizaría al Estado para continuar con la estrategia de aplicar vacunas seguras para las personas. Es decir, se seguiría perjuicio al interés social y se contravendrían disposiciones de orden público, supuesto en el cual no procede la suspensión en términos de lo indicado en el diverso 128, fracción II, del citado ordenamiento.

IV. GUARDA Y CUSTODIA

Una de las consecuencias más sensibles de la separación de los progenitores, es la decisión de la custodia, el régimen de visitas, la convivencia, entre otras modalidades, de los NNA, porque ya no se desarrollarán en un hogar donde se encuentren juntos la madre, el padre, e inclusive, los hermanos, esta distancia física puede ir de ser vecinos, a vivir en diferentes partes de la ciudad, entidad federativa o provincias, inclusive países.

La idea de custodiar y guardar son sinónimos, porque de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española custodiar (RAE)¹¹ es guardar algo con cuidado y vigilancia, vigilar a alguien, generalmente a un detenido, para evitar que se escape, y guardar¹² es tener el cuidado de algo o alguien, vigilarlo y defenderlo, quien guarda es la persona que tiene a su cargo la conservación de algo o alguien.

Así, el tener la guarda y la custodia de una o más cosas o de personas, implica el deber de vigilar, cuidar y defender, tratándose de seres humanos, esta obligación se deriva principalmente del parentesco, así las madres y padres tienen este derecho-deber respecto a sus hijos menores de edad o incapacitados, aunado al derecho a la convivencia habitual, y a la obligación de proporcionar alimentos.

La guarda y custodia pueden coexistir con el derecho a la libertad de circulación, de residencia, de plan de vida, en el que se establecen objetivos a realizar y el cómo lograrlos, de alguno de los progenitores o parte de la familia, aunado al interés superior de las NNA, que implica darle prioridad, en toda situación a la protección éstos. En sí mismo, dependiendo la

¹¹ RAE, *Custodiar*. <https://tinyurl.com/35cvfkb>

¹² RAE, *Guardar*. <https://tinyurl.com/symuyrp8>

edad, el cambio de domicilio a consecuencia de la separación de los ascendientes, causa una alteración en el desarrollo de los NNA.

El traslado de residencia a una nueva ciudad es uno de los acontecimientos vitales más estresantes para una familia y pueden resultar difíciles para los NNA especialmente si viene acompañado de otros cambios en la vida, como de colegio, divorcio de los padres, etc.¹³

El vivir en otra de casa puede obstaculizar los vínculos de amistad tanto en las generadas en el vecindario como de compañeros de escuela, modificar hábitos o rutinas, que requiere una atención especializada para no afectar negativamente a las NNA, porque inclusive puede contribuir a una mejora, al evitar estar viviendo constantes discusiones y con ello vivir con menos estrés, conocer otras personas y lugares, todo depende de las acciones que contribuyan al bienestar de las NNA.

El cambio de casa de los NNA con uno de sus ascendientes puede darse en dos momentos respecto del proceso, antes de éste o durante. Aunado a que ya iniciado el juicio pueden existir dos formas de asignar la guardia y custodia de los NNA, una de forma provisional (como medida cautelar) u otra definitiva, en sentencia.

La convivencia es la reunión o encuentro temporal sujeto a un determinado momento y lugar de los padres con las NNA sin que implique el derecho de la guarda y custodia.¹⁴

Es fundamental procurar que se dé la convivencia con el progenitor que no tiene la custodia, a fin de que generen vínculos de apego y cariño, para ello es importante programar de forma flexible los días y los periodos vacacionales de convivencia, con la finalidad de que las NNA tengan la seguridad de que podrá convivir con su progenitor no custodio, siempre y cuando sea la voluntad libre de las NNA.

La convivencia puede ser de forma presencial y por medios electrónicos, sin que ninguna sustituya a la otra, por más lejos que se encuentren los lugares de residencia de los ascendientes, éstas son formas complementarias y no excluyentes.

Para lo cual es beneficioso para los NNA que los progenitores tengan una relación armónica después de la separación: compartir tareas educativas; proporcionar apoyos a sus hijos que requieran de acuerdo a las posibilidades y necesidades, respectivamente, y respetar la vida

¹³ El Mundo, *Efectos del cambio de residencia*, 2010. <https://tinyurl.com/4b36h74u>

¹⁴ MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, “Padres separados. Convivencia con los hijos”, *Revista Primera Instancia*, 2016. <https://tinyurl.com/3kdwjdt>

personal de padres después de la ruptura, todo ello puede contribuir a un mejor desarrollo humano de los NNA.

1. Cambio de residencia de los NNA

Guarda y custodia de menores de edad. Al asignarla de forma definitiva, la persona juzgadora debe tomar en cuenta el momento en que ocurrió el cambio de residencia, sin que sea un obstáculo el hecho de que los domicilios del progenitor custodio y del no custodio se encuentren geográficamente muy alejados.

Hechos: Un hombre demandó de una mujer la disolución del vínculo matrimonial, la pérdida de la patria potestad de sus tres hijos menores de edad, la restitución de uno de ellos, y la guarda y custodia definitiva y provisional de los tres, entre otras cuestiones inherentes al divorcio. El juez de origen decretó la disolución del matrimonio, absolvió a la demandada de la pérdida de la patria potestad, estableció la guarda y custodia de dos de los hijos en favor del padre y del restante en favor de su madre, y que el domicilio del padre quedaría en Querétaro, Querétaro, y el de la madre en Mexicali, Baja California. Inconforme, el padre interpuso recurso de apelación, cuya resolución confirmó la sentencia recurrida. De nuevo en desacuerdo, el recurrente promovió juicio de amparo directo en el que se le negó la protección constitucional. En contra de esta determinación se interpuso recurso de revisión.

Criterio jurídico: La Primera Sala de la SCJN determina que, si el cambio de residencia de uno de los cónyuges ocurrió antes del inicio del procedimiento judicial de divorcio, sin existir orden judicial que lo prohibiera o convenio respecto a la prohibición del cambio de domicilio; si el juez de origen no advirtió elementos suficientes para decretar la pérdida de la patria potestad, por lo que ambos progenitores debían continuar en el ejercicio de ésta; y si el menor de edad había estado al cuidado de su madre; entonces dicho menor de edad debe quedar al cuidado de su progenitora, sin que sea un obstáculo para ello el hecho de que el domicilio del progenitor custodio se encuentre geográficamente muy alejado del correspondiente al del progenitor no custodio.

Justificación: Si bien es cierto que existe la posibilidad de que la libertad de circulación y de residencia del progenitor que tiene la guarda y custodia de un menor de edad entre en colisión con el derecho de visitas y convivencias del niño o la niña con el progenitor no custodio, también lo es que esta circunstancia se actualiza cuando el progenitor custodio pretende cambiar o cambia

su domicilio de forma unilateral durante la tramitación de un juicio en el que se esté dirimiendo el régimen de convivencia paterno-filial, dificultando o haciendo nugatorio el ejercicio de ese derecho; situación frente a la cual el juzgador puede establecer válidamente una medida cautelar de prohibición de cambio de residencia con la finalidad de preservar el entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones afectivas en tanto resuelve sobre la posible variación del domicilio donde se ejercerá la guarda y custodia durante el juicio, lo que encuentra su fundamento en los artículos 4o. y 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Así, cuando la persona juzgadora provea en definitiva lo atinente a la guarda y custodia y al lugar de residencia del o la menor de edad, debe ponderar los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en el caso específico, velando siempre por el interés superior del menor de edad involucrado, lo que además deberá hacer a la brevedad a fin de evitar una mayor injerencia de la estrictamente necesaria, en el proyecto de vida de las partes. Ello, aunado a que el proyecto de vida y el derecho de libre circulación de los progenitores custodios no pueden quedar limitados de forma indefinida, sino que únicamente pueden ser restringidos de forma provisional, temporal y proporcional, en tanto se determina de forma definitiva cuál es la mejor situación para los menores de edad; sin que obste a la mejor determinación la distancia entre dos puntos geográficos, pues la finalidad última es tutelar de la mejor manera posible los derechos e intereses de las NN.¹⁵

2. Régimen de visitas y convivencia

Régimen de visitas y convivencias de las NNA con sus progenitores en los juicios de divorcio. Cuando los domicilios del progenitor custodio y del no custodio se encuentran geográficamente muy alejados, no es válido que la persona juzgadora lo establezca únicamente en la modalidad virtual.

Criterio jurídico: La Primera Sala de la SCJN determina que el hecho de que en los juicios de divorcio, los domicilios del progenitor custodio de un o una menor de edad y del no custodio se encuentren geográficamente muy alejados, no implica desconocer el derecho del menor de edad a convivir con su progenitor no custodio ni con los hermanos o hermanas que se encuentren al cuidado de éste, y que en estos casos debe garantizarse que las convivencias tanto

¹⁵ Tesis: P./J. 8/2022 (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, libro 17, septiembre de 2022, tomo I, p. 13. Registro digital: 2025293.

entre padre o madre e hijos como entre hermanos, tengan lugar con cierta regularidad y frecuencia, incluso de forma presencial, a fin de que generen vínculos de apego y cariño, sin que sea válido que estas convivencias sean únicamente a través de las nuevas tecnologías o medios electrónicos (correo electrónico, nuevas plataformas de videoconferencias con audio y video en tiempo real, teléfono o mensajes), sino que deben combinarse convivencias virtuales con las presenciales de forma regular, habitual y constante.

Justificación: El derecho que tienen las NN a convivir con sus progenitores, especialmente, cuando están separados de alguno de ellos, previsto en el artículo 9, numeral 3, de la Convención sobre los Derechos del Niño, a la luz del interés superior del menor de edad previsto en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, implica que estas convivencias se lleven a cabo con cierta regularidad, es decir, en ciertos días de la semana, del mes y periodos vacacionales, a fin de que la niña o el niño sepa con seguridad que podrá convivir con su progenitor no custodio; por lo que cuando el padre o la madre no custodio y los hermanos y el niño o la niña residen en lugares distantes, el contacto debe efectuarse combinando las nuevas tecnologías de comunicación, a saber, teléfono, mensajes de texto, correo electrónico, plataformas de videoconferencias en tiempo real, etcétera, con el contacto físico que necesita con su progenitor para sentirse querido y aceptado, y con esto contribuir a su sano y correcto desarrollo y crecimiento. Un régimen de visitas combinado, en este tipo de casos garantiza, por un lado, un contacto constante y permanente entre el menor de edad y el progenitor no custodio y sus hermanos y hermanas, lo cual hace que el niño o la niña tengan presentes constantemente a sus progenitores y a sus hermanas y hermanos y que estos últimos participen de forma activa en la toma de las decisiones que los afecten; y, por otro, el contacto físico y afectivo que el menor de edad requiere para su sano y correcto desarrollo y crecimiento. Además, estos regímenes combinados, no sólo propician una interacción y mantenimiento de las relaciones personales, emocionales y afectivas de los menores de edad con el progenitor no custodio, sino que deben estar encaminados a reforzar o consolidar un sistema de corresponsabilidad parental entre los progenitores y los menores de edad.¹⁶

¹⁶ Tesis: 1a. XXXV/2022 (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, libro 20, diciembre de 2022, tomo II, p. 1262. Registro digital: 2025617.

3. Derecho a la identidad y libre tránsito

No debe limitarse con la negativa a expedirles el pasaporte, salvo que en la controversia familiar existan elementos suficientes de una posible sustracción nacional o internacional, mala fe procesal o violencia de cualquier tipo.

Hechos: La quejosa solicitó el amparo y protección de la Justicia Federal ante la negativa de su solicitud de requerir la autorización del padre de sus menores hijos para la renovación del pasaporte, toda vez que la autoridad responsable consideró que no era procedente atendiendo a las constancias de autos, a la pandemia que prevalecía a nivel mundial y al interés superior de personas menores de edad involucradas en la controversia familiar.

Criterio jurídico: Este TCC determina que el derecho humano a la identidad y libre tránsito de las NNA no debe limitarse con la negativa a expedirles el pasaporte, salvo que en la controversia familiar existan elementos suficientes de una posible sustracción nacional o internacional de las personas menores de edad, mala fe procesal o violencia de cualquier tipo.

Justificación: Lo anterior, porque los artículos 4o. y 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevén los derechos humanos a la identidad y al libre tránsito, mientras que los artículos 47 de la Ley de Migración y 2, fracciones I y V, del Reglamento de Pasaportes y del Documento de Identidad y Viaje establecen que el pasaporte es un documento expedido por la Secretaría de Relaciones Exteriores a los nacionales mexicanos que tiene dos finalidades íntimamente relacionadas: acreditar su nacionalidad e identidad en territorio extranjero y poder salir a través de los puntos legalmente establecidos del territorio nacional. En ese sentido, no debe limitarse el derecho a la expedición del pasaporte a las NNA, salvo que, en la controversia familiar, del actuar procesal de las partes y de las circunstancias del caso particular, se advierta que hay riesgo de su sustracción nacional o internacional. Lo anterior, porque cada caso debe analizarse en su individualidad, de manera que, por regla general, debe expedírseles el pasaporte atendiendo a su interés superior y al derecho a la identidad, junto a las prerrogativas que de él se desprenden, como son el derecho a un nombre y a una nacionalidad, así como al libre tránsito; sin embargo, debe apercibirse a la madre o padre que detente la guarda y custodia que en caso de actuar contrario a la buena fe y extraer a la persona menor de edad, perderá no solamente la guarda y custodia sobre sus menores hijos sino, además, por la gravedad, la patria potestad. La excepción a esta regla general para negar la expedición del pasaporte será

cuando haya riesgo de sustracción internacional de menores de edad, mala fe procesal a lo largo del juicio familiar y sus incidentes o violencia de cualquier tipo.¹⁷

V. SUPLENCIA DE LA QUEJA

Es la excepción al principio de estricto derecho, se da cuando el jugador debe ir más allá de los argumentos planteados por las partes, con la finalidad de subsanar cuando estos sean deficientes, el juez al percance de la violación de los derechos humanos de la autoridad responsable, cuyo fin de proteger a la parte quejosa (víctima), cuando el legislador ha presumido la desventaja real en el proceso de una de las partes, desde luego esta modalidad procesal es contraria al principio de igualdad procesal, pero necesaria.¹⁸

La suplencia de la queja deficiente, en términos generales, no opera respecto de los hechos declarados por el quejoso en el amparo, sino únicamente sobre los planteamientos jurídicos, es decir, los argumentos planteados en la demanda y en los recursos.¹⁹

Los juzgados familiares se encuentran obligados a suplir la queja deficiente en su favor y a adoptar decisiones o medidas de protección a su interés superior, aunque no formen parte de la litis.

Hechos: La quejosa promovió un juicio de reducción de pensión alimenticia pagada en favor de su hija; ésta a través de su representante legal reconvino el incremento de dicha pensión. El juzgado de primera instancia declaró improcedente la acción principal, pero procedente la reconvenional; sentencia contra la cual la quejosa promovió recurso de apelación, en el que se revocó la condena al incremento de la pensión; empero, en suplencia de la queja deficiente en favor de la niña y al advertir la posible afectación de su derecho a la seguridad social, condenó al apelante a que acreditara el alta ante la institución de seguridad social correspondiente y, en caso de incumplimiento, a que la realizara.

Criterio jurídico: Este TCC determina que los juzgados familiares se encuentran obligados a suplir la deficiencia de la queja y a adoptar decisiones o medidas de protección al interés superior de NNA, aunque no formen parte de la litis.

¹⁷ Tesis: I.3o.C.22 C (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, libro 18, octubre de 2022, tomo IV, p. 3541. Registro digital: 2025408.

¹⁸ Cfr. MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, *ABC Juicio de amparo*, Editorial Primera Instancia, México, 2007, pp. 133.

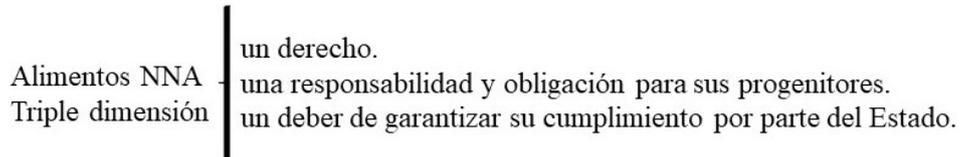
¹⁹ RAMÍREZ TORRES, Enrique, *Diccionario de juicio de amparo*, editorial Oxford, México, 2005, p. 313.

Justificación: Lo anterior, porque la Primera Sala de la SCJN en la tesis de jurisprudencia 1a./J. 191/2005, de rubro: “Menores de edad o incapaces. Procede la suplencia de la queja, en toda su amplitud, sin que obste la naturaleza de los derechos cuestionados ni el carácter del promovente”, así como en la tesis aislada 1a. CXIV/2008, de rubro: “Menores de edad e incapaces. Cuando son víctimas de un delito, procede la suplencia de la queja deficiente, incluso si el recurso de revisión lo interpuso el Ministerio Público de la Federación”, consideró que siempre que esté de por medio, directa o indirectamente el bienestar de un menor de edad, los juzgadores y juzgadoras tienen el deber de suplir la deficiencia de la queja en toda su amplitud, independientemente del carácter de los promoventes o de quien haya promovido los recursos. En ese sentido, no es aplicable en los casos y controversias derivadas de la materia familiar la diversa tesis aislada 1a. XXIV/2019 (10a.), de título y subtítulo: “Suplencia de la queja deficiente a favor de la víctima del delito. Es improcedente si es el imputado quien promovió el juicio de amparo, aun cuando aquélla sea menor de edad”, en donde el mismo órgano sostuvo que si el imputado en el proceso penal es quien promueve el juicio de amparo, no puede operar la suplencia de la queja deficiente en favor de la víctima del delito ni, aunque fuere menor de edad, porque no es parte inconforme y en atención al principio *non reformatio in peius* no se puede agravar la situación de la parte recurrente. Ello, porque dicho criterio partió de ponderar el interés superior del menor de edad con la naturaleza del proceso penal ordinario, el cual es distinto a los principios de las materia civil y familiar y fue expreso en indicar que se circunscribía a la hipótesis contenida en el artículo 79, fracción III, inciso b), de la Ley de Amparo; de ahí que ese criterio excepcional y que partió de la teleología de la materia punitiva no pueda hacerse extensivo a los casos de la materia familiar en donde tanto el principio del interés superior del NNA como la suplencia de la queja deficiente operan con toda su amplitud y sin obstar el carácter del promovente.²⁰

²⁰ Tesis: VII. 2o. C.11 C (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, libro 15, julio de 2022, tomo V, p. 4576. Registro digital: 2024924.

VI. ALIMENTOS

Figura 1. Alimentos a los NNA



Fuente: elaboración propia.

Los alimentos a las NNA tienen una triple dimensión, ya que constituyen un derecho a su favor, una responsabilidad y obligación para sus progenitores y un deber de garantizar su cumplimiento por parte del Estado.

Hechos: En un juicio de alimentos se impuso como medida cautelar al deudor alimentario de un menor de edad la restricción de salir del territorio nacional. En contra de esta determinación, el deudor promovió demanda de amparo indirecto, el cual le fue concedido para que el juzgador de origen fundara y motivara debidamente su resolución y sobreseyó en el juicio por el artículo reclamado; en la revisión interpuesta contra la sentencia de amparo se revocó la sentencia y ordenó reponer el procedimiento. En cumplimiento a la revisión, el Juez de Distrito instructor repuso el procedimiento y dictó sentencia en la que sobreseyó en el juicio de amparo por algunos actos, negó el amparo respecto del artículo 48, fracción VI, de la Ley de Migración y otorgó el amparo por el auto en el cual le fue impuesta la medida cautelar. Inconformes con la anterior resolución, las partes interpusieron recursos de revisión, de los cuales el TCC se declaró incompetente para conocer sobre el tema de constitucionalidad y remitió a la SCJN para pronunciarse al respecto.

Criterio jurídico: La Primera Sala de la SCJN establece que los alimentos, como garantía de un nivel de vida adecuado, tienen una triple dimensión, ya que constituyen: i) un derecho para los NNA; ii) una responsabilidad prioritaria y obligación para sus progenitores; y, iii) un deber a garantizar su cumplimiento por parte del Estado.

Justificación: La obligación de los padres de proporcionar alimentos a sus hijos e hijas y el correlativo derecho de éstos a percibirlos es una expresión de solidaridad que deriva de diversos derechos y principios constitucionales orientados a la protección y tutela integral de los

NNA. Entre otros principios constitucionales que se encuentran inmersos en esta figura se encuentran: la prevención y conservación de la integridad física y moral de los hijos e hijas; el derecho de las NN a acceder a un nivel de vida digna y adecuada; el respeto a su interés superior y la necesidad de brindarles medidas especiales de protección. Esto último conlleva además la obligación constitucional de todas las autoridades del Estado de adoptar en el ámbito de sus competencias todas aquellas medidas que resulten idóneas y necesarias para garantizar que los NNA vean satisfechas sus necesidades de manera integral, completa y adecuada. Dicho mandato, leído bajo la óptica del interés superior del menor de edad y el deber de protección integral de la infancia, autoriza la adopción de medidas reforzadas de tutela que atiendan a la situación de vulnerabilidad en la que éstos se encuentran. Así, la Primera Sala ha reconocido que en las controversias en materia de alimentos es admisible una litis abierta, donde el juzgador tiene facultades oficiosas tanto en el procedimiento para ordenar el desahogo de pruebas y diligencias, como para resolver incluso sobre cuestiones no pedidas, caracteres que, sin duda, refuerzan la naturaleza de orden público de dicha institución. Bajo ese contexto, la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 27, prevé el derecho de los menores de edad a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social; asimismo que las personas encargadas del niño o niña son responsables de proporcionar, dentro de sus posibilidades económicas, las condiciones de vida necesarias para su desarrollo. Asimismo, que los Estados parte adopten las medidas apropiadas para ayudar a los padres u otras personas responsables del niño o niña a dar efectividad y de ser necesario proporcionaran asistencia material y programas de apoyo respecto a la nutrición, el vestido y la vivienda; así como a tomar todas las medidas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño o la niña, tanto si viven en el Estado parte como si viven en el extranjero.²¹

VII. INTERÉS SUPERIOR DE LOS NNA

Derechos de las NNA. El interés superior del menor se erige como la consideración primordial que debe de atenderse en cualquier decisión que les afecte.

²¹ Tesis: 1a./J. 49/2021 (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, libro 7, noviembre de 2021, tomo II, p. 843. Registro digital: 2023835.

El artículo 2, segundo párrafo, de la Ley General de los Derechos de las NNA prevé que el “interés superior de la niñez deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre una cuestión debatida que involucre a las NNA”; de ahí que cuando se tome una decisión que les afecte en lo individual o colectivo, “se deberán evaluar y ponderar las posibles repercusiones a fin de salvaguardar su interés superior y sus garantías procesales”. Al respecto, debe destacarse que el interés superior del menor es un concepto triple, al ser: (I) un derecho sustantivo; (II) un principio jurídico interpretativo fundamental; y (III) una norma de procedimiento. El derecho del interés superior del menor prescribe que se observe “en todas las decisiones y medidas relacionadas con el niño”, lo que significa que, en “cualquier medida que tenga que ver con uno o varios niños, su interés superior deberá ser una consideración primordial a que se atenderá”, lo cual incluye no sólo las decisiones, sino también todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas. Así, las decisiones particulares adoptadas por las autoridades administrativas –en esferas relativas a la educación, el cuidado, la salud, el medio ambiente, las condiciones de vida, la protección, el asilo, la inmigración y el acceso a la nacionalidad, entre otras– deben evaluarse en función del interés superior del niño y han de estar guiadas por él, al igual que todas las medidas de aplicación, ya que la consideración del interés superior del niño como algo primordial requiere tomar conciencia de la importancia de sus intereses en todas las medidas y tener la voluntad de dar prioridad a esos intereses en todas las circunstancias, pero sobre todo cuando las medidas tengan efectos indiscutibles en los niños de que se trate.²²

1. Gastos y costas procesales

Su condena o exoneración de pago en los juicios donde concurren intereses de las NNA o cuestiones de derecho familiar (interpretación sistemática de los artículos 11 y 12 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato, a la luz del interés superior de los infantes y de la protección de la familia como derecho humano).

Hechos: Los TCC contendientes sostuvieron criterios divergentes en torno a la procedencia o no de la condena o exoneración de pago de los gastos y costas procesales en los asuntos que involucren cuestiones de derecho familiar o intereses de las NNA.

²² Tesis: 2a./J. 113/2019 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, libro 69, agosto de 2019, tomo III, p. 2328. Registro digital: 2020401.

Criterio jurídico: El Pleno en Materia Civil del Decimosexto Circuito determina que de la interpretación sistemática de los artículos 11 y 12 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato, armonizada con los artículos 1o. y 4o. constitucionales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley General de los Derechos de NNA, y la Ley de los Derechos de NNA del Estado de Guanajuato, se desprende que en asuntos donde confluyen intereses de infantes o cuestiones de derecho familiar, no procede la exoneración o condena al pago de gastos y costas basada en una interpretación aislada del artículo 11 en comento; en esos casos, conforme al referido precepto, en relación con el mencionado artículo 12, a la luz del principio del interés superior de la niñez y el derecho humano a la protección de la familia, tratándose de los derechos de los infantes, cuando recaiga en éstos la calidad de parte perdidosa, debe exonerárseles siempre del pago de gastos y costas; y cuando se involucren cuestiones de derecho familiar, la autoridad jurisdiccional habrá de examinar si conforme al artículo 12 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato y el derecho humano de protección de la familia, debe o no exonerarse a la parte perdidosa, fundando y motivando reforzadamente su determinación, conforme a las particularidades de cada caso concreto que se sujete a su arbitrio.

Justificación: La interpretación literal del artículo 11 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato, no permite sustraer la posibilidad de exonerar a los infantes del pago de gastos y costas procesales, cuando les recaiga la calidad de parte perdidosa; sin embargo, el cuerpo normativo integrado por las disposiciones inmersas en los artículos 1o. y 4o. constitucionales, los preceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Ley General de los Derechos de NNA y la Ley de los Derechos de NNA del Estado de Guanajuato, conlleva realizar una interpretación sistemática de aquel precepto en relación con el diverso artículo 12 de ese cuerpo normativo, a la luz de las referidas normas nacionales e internacionales, de las cuales se sustrae que tratándose de asuntos donde se ventilen derechos de las NNA y recaiga en ellos el carácter de perdidosos, debe absolvérseles de la condena al pago de gastos y costas pues, por una parte, el resolutor se encuentra constreñido a verificar si confluyen los requisitos previstos en el multicitado artículo 12 del Código Adjetivo Civil del Estado y, por otra, los extremos ahí previstos para que opere la exoneración deben considerarse

colmados, pues las conductas procesales que impedirían su aplicación en modo alguno pueden ser atribuidas a título personal a los infantes; y en tratándose de los juicios donde concurren cuestiones de derecho familiar, el operador jurisdiccional tiene la obligación de observar el derecho fundamental de protección del núcleo familiar, mismo que le impone la carga en todos los casos de evaluar y eventualmente ponderar la factibilidad de exonerar a la parte perdidosa, pues pueden llegar a concurrir supuestos donde la condena afecte la economía de la familia, la cohesión del núcleo, la eficacia de otras condenas en numerario y/o la sanidad de sus relaciones o incluso, asuntos donde la resolución obedezca a cuestiones o circunstancias (como los de suplencia de la queja o instancia) donde ya no podría responsabilizarse del todo a las partes de su condena o absolución.²³

2. Gestación subrogada o por sustitución

Relación de parentesco entre padres e hijos nacidos a través de la gestación subrogada o por sustitución, popular y erróneamente conocida como maternidad subrogada o vientre de alquiler, es un método de reproducción asistida caracterizado porque la mujer que gesta al bebé no será finalmente la madre de éste. Esta técnica es especialmente compleja desde el punto de vista ético y emocional, ya que rompe con la idea tradicional acerca de cómo se forma una familia.²⁴

En algunos países como España, Alemania, Italia, entre otros, la gestión subrogada está prohibida. En México no se encuentra regulación federal al respecto, y sólo en Tabasco y Sinaloa se encuentra regulada,²⁵ sin embargo el derecho a la identidad y el interés superior de las NN son principios y derechos humanos que hace necesaria su tutela judicial, ante ello, los jueces tienen la obligación de garantizarlos, ya que, la relación de parentesco entre padres e hijos, a su vez generan una serie de derechos básicos para el desarrollo humano, como el derecho a la educación, a alimentos, atención médica, entre otros, por lo que la demostración de un vínculo biológico no es un requisito indispensable para establecer la filiación sobre un hijo.

Es deber del juez establecer la filiación de un nacido bajo la técnica de maternidad subrogada, aun ante la ausencia de regulación específica.

²³ Tesis: PC.XVI. C. J/2 C (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, libro 14, junio de 2022, tomo VI, p. 5562. Registro digital: 2024875.

²⁴ TROLICE, Mark y SALVADOR, Zaira, *¿Qué es la gestación subrogada?*, 2019. <https://tinyurl.com/2bsfces8>

²⁵ ÁVALOS, Aníbal Guzmán, "Acuerdo de gestación. Un análisis desde de la experiencia mexicana", *Vox Juris*, 2023, no. 1, vol. 41, p. 60.

La ausencia de regulación expresa o específica sobre cómo establecer la filiación de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, y particularmente de la llamada maternidad subrogada o útero subrogado, no debe erigirse en impedimento para que el juez se pronuncie al respecto, no sólo porque el silencio de la ley no lo autoriza, él no puede dejar de resolver alguna controversia, sino porque en términos del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el goce y el ejercicio de los derechos humanos de las personas no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece y asimismo, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, entre los cuales se encuentra el derecho a la identidad de los menores de edad y la necesidad de atender a su interés superior. En ese sentido, ante la realidad fáctica de un niño o una niña nacido bajo esta técnica, su derecho a la identidad y la protección a su interés superior exigen determinar la filiación que les corresponde, ya que tienen derecho a contar con todos los derechos derivados de la filiación, como los alimentarios y sucesorios, así como a recibir cuidados, educación, afecto y todo lo necesario para su adecuado desarrollo. Al respecto, debe determinarse si entre las reglas aplicables en materia de filiación y registro de nacimiento hay algunas que permitan atribuir la filiación, como lo serían la presunción de paternidad o el reconocimiento de hijos. Asimismo, debe tenerse presente que la demostración de un vínculo biológico no es un requisito indispensable para establecer la filiación sobre un hijo, como sucede en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, en las que opera al respecto la voluntad para concebirlo o voluntad procreacional y en el caso de la maternidad subrogada, es necesaria también la concurrencia de la voluntad libre de vicios de la madre gestante, y sobre la base de que dicha mujer debe ser mayor de edad y con plena capacidad de ejercicio.²⁶

3. Cambio de nombre de las NNA

Cambio de nombre de las NNA se han generado una serie de criterios que van flexibilizando e inclusive otorgando valor importante a la voluntad de quienes desean modificar tanto los nombres como los apellidos, así los artículos 48, 130 y 131 ter del Código Civil del Estado de Chihuahua, al impedirles acceder a un procedimiento sencillo y breve para obtenerlo,

²⁶ Tesis: 1a. LXXXVIII/2019 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, libro 71, octubre de 2019, tomo II, p. 1159. Registro digital: 2020789.

en reconocimiento a sus derechos humanos a la identidad y al libre desarrollo de su personalidad, son inconvencionales.

Hechos: Los padres de una niña solicitaron la modificación en la vía administrativa de uno de los nombres de su hija, atento a que la abreviatura de éstos podría ocasionarle burlas y *bullying*, solicitud que fue negada, haciéndoles del conocimiento que debían acudir a la autoridad judicial a solicitar su modificación.

Criterio jurídico: Este TCC determina que los artículos 48, 130 y 131 Ter del Código Civil del Estado de Chihuahua son inconvencionales, por impedir a las NNA acceder a un procedimiento sencillo y breve que les permita cambiar su nombre, en reconocimiento a sus derechos humanos a la identidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Justificación: Lo anterior, porque cuando se ven involucrados derechos de las NNA, el examen sobre sus prerrogativas amerita mayor rigor a fin de garantizar y asegurar plenamente su protección; sólo de esa forma, a través de una evaluación más analítica podrían vislumbrarse los grados de afectación al interés superior de la infancia, pero sobre todo armonizar las normas en función del bienestar integral de la misma y velar por el superior disfrute y goce de todos sus derechos humanos, especialmente de aquellos que permiten su óptimo desarrollo, como fijar su identidad desde temprana edad, mediante el nombre. Atendiendo a ello, es que los preceptos citados inciden en el contenido de los derechos de los infantes, toda vez que al contemplar que debe acudir a la vía judicial (no materialmente administrativa), es claro que constituye un obstáculo jurídico que les impide ejercer el derecho de adecuar su acta de nacimiento, a través de un procedimiento que cumpla con los estándares jurídicos de derechos humanos, entre los cuales se encuentra que éste sea expedito y que solamente requiera el consentimiento libre e informado del solicitante y sin injerencias de terceros. Además, si ese cambio constituye un aspecto trascendente dentro del desarrollo integral de la vida del infante, al evitarle burlas e, incluso, *bullying*, es necesario garantizar que se le permita ejercer plenamente su derecho a cambiar su nombre.²⁷

²⁷ Tesis: XVII.1o.C.T.2 C (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, libro 16, agosto de 2022, tomo V, p. 4386. Registro digital: 2025034.

4. Reconocimiento de la condición de refugiado

La emisión de la declaratoria de reconocimiento grupal, colectivo o *prima facie* de las NN que integran una afluencia masiva de migrantes es potestativa y no obligatoria para la autoridad federal (interpretación del artículo 26 de la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político).

Hechos: Una asociación civil acudió al juicio de amparo indirecto a impugnar la omisión de las autoridades migratorias federales de diseñar e implementar medidas adecuadas para garantizar el derecho de reconocimiento de la condición de refugiado de las NNA integrantes de las denominadas caravanas migrantes que ingresaron por la frontera sur del país. El Juez de Distrito otorgó el amparo, el cual fue materia de estudio de la revisión.

Criterio jurídico: La Primera Sala de la SCJN determina que el reconocimiento de la condición de refugiado es individual y que aquel que pueda emitirse colectivamente recae en el ámbito de discrecionalidad de la autoridad administrativa, ya que el artículo 26 de la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político establece una facultad a favor de la Secretaría de Gobernación para emitir lineamientos sobre este punto que no se consagra alrededor de un operador deóntico de obligación, sino de uno de permisión, respecto de la cual no se observan razones para realizar una interpretación conforme.

Justificación: Al resolver la Opinión Consultiva OC-21/14 (Derechos y garantías de las NN en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional), la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que el reconocimiento grupal, colectivo o *prima facie* es una de las posibles medidas adecuadas que se pueden extender a favor de los menores de edad migrantes, pero no determinó que esta medida deba decretarse siempre que se demuestre una afluencia masiva de migrantes, sino que debe ponderarse en función de las capacidades institucionales para preservar el procedimiento migratorio frente a la variación de las circunstancias. Así, adoptando como propio este criterio, se concluye que no basta que se constate una afluencia masiva de migrantes para que en automático se decrete la exigibilidad de dicha declaratoria. Su obligatoriedad también debe descartarse, ya que no es una medida que invariablemente sea más protectora que la conservación del procedimiento migratorio, pues dicha declaración sólo permitiría satisfacer parcialmente el derecho de reconocimiento de la condición de refugiado, con el costo de frustrar objetivos valiosos del debido proceso garantizado en el procedimiento migratorio para darle una atención individualizada a cada niño

y/o niña migrante. En otras palabras, la emisión de un reconocimiento grupal o colectivo no es un fin deseado por el parámetro de control, sino una posibilidad que se presenta como una “segunda mejor alternativa” al exigido convencionalmente, el cual consiste en la implementación de un procedimiento migratorio individualizado que atienda a la peculiar situación de vulnerabilidad de cada NN. Lo relevante es que mediante un procedimiento migratorio se garantice el derecho a la correcta evaluación por las autoridades nacionales de las solicitudes y del riesgo que pueda sufrir un menor de edad en caso de devolución al país de origen. Así, mientras un Estado no niegue contar con las capacidades institucionales adecuadas, su obligación constitucional es la de adecuar y complementar un procedimiento migratorio aplicable a las NN que sea justo y eficiente, y otorgue efecto útil a todas las garantías convencionales enlistadas en la opinión consultiva. No sobra recordar que el Estado Mexicano está obligado a respetar y garantizar las condiciones de acceso al procedimiento migratorio y satisfacer la totalidad de las medidas de protección agravadas otorgadas a las NN, aun cuando aumente el número de ingresos de migrantes potencialmente solicitantes de la condición de refugiados. El control constitucional se mantiene expedito y abierto para garantizar la regularidad de estas importantes funciones estatales.²⁸

VIII. CONCLUSIONES

Los criterios judiciales mexicanos en materia familiar, y en especial los que se refieren a las NNA, se han generado, principalmente, por las interpretaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y a la desformalización rígida de la aplicación del derecho. Lo que significa humanizar la justicia, con la finalidad de resolver los conflictos familiares, considerando todos los parámetros de la cultura jurídica, en base a los principios jurídicos constitucionales y convencionales, fincados en los valores de justicia y equidad, razones que el juez debe considerar antes de decidir en un sentido determinado un caso concreto, mediante la flexibilización de las normas procesales, ante la complejidad y diversidad de la realidad de las relaciones sociales familiares.

²⁸ Tesis: 1a./J. 116/2022 (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, libro 16, agosto de 2022, tomo III, p. 2732. Registro digital: 2025164.

IX. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- BAQUEIRO ROJAS, Edgardo y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía, *Derecho de familia*, editorial Oxford, México, 2009.
- BERMÚDEZ TAPIA, Manuel, FRÍAS TORAL, Daniel y MARTÍNEZ, Cristina (Coords.), *Relaciones familiares y en crisis: antes durante y después de la pandemia del COVID-19*, Ediciones Hemafre, Guayaquil, 2020.
- MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, *ABC Juicio de amparo*, Editorial Primera Instancia, México, 2007.
- MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, *Juicio de amparo indirecto*, Editorial Primera Instancia, México, 2008.
- RAMÍREZ TORRES, Enrique, *Diccionario de juicio de amparo*, editorial Oxford, México, 2005.

Hemerografía

- ÁVALOS, Aníbal Guzmán, “Acuerdo de gestación. Un análisis desde de la experiencia mexicana”, *Vox Juris*, 2023, no. 1, vol. 41.

Criterios jurisdiccionales

- Tesis: 1a. XXXVII/2022 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, libro 20, tomo II, diciembre de 2022. Registro digital: 2025637.
- Tesis: XVII.1o.P.A. J/2 K (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, libro 16, tomo IV, agosto de 2022. Registro digital: 2025172.
- Tesis: P./J. 16/96, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo III, abril de 1996. Registro digital: 200137.
- Tesis: P./J. 8/2022 (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, libro 17, septiembre de 2022, tomo I. Registro digital: 2025293.
- Tesis: 1a. XXXV/2022 (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, libro 20, diciembre de 2022, tomo II. Registro digital: 2025617.
- Tesis: I.3o.C.22 C (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, libro 18, octubre de 2022, tomo IV. Registro digital: 2025408.

- Tesis: VII. 2o. C.11 C (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, libro 15, julio de 2022, tomo V. Registro digital: 2024924.
- Tesis: 1a./J. 49/2021 (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, libro 7, noviembre de 2021, tomo II. Registro digital: 2023835.
- Tesis: 2a./J. 113/2019 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, libro 69, agosto de 2019, tomo III, p. 2328. Registro digital: 2020401.
- Tesis: PC.XVI. C. J/2 C (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, libro 14, junio de 2022, tomo VI. Registro digital: 2024875.
- Tesis: 1a. LXXXVIII/2019 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, libro 71, octubre de 2019, tomo II. Registro digital: 2020789.
- Tesis: XVII.1o.C.T.2 C (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, libro 16, agosto de 2022, tomo V. Registro digital: 2025034.
- Tesis: 1a./J. 116/2022 (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, libro 16, agosto de 2022, tomo III. Registro digital: 2025164.

Fuentes digitales

RAE, *Custodiar*. <https://tinyurl.com/35cvfkbfb>

RAE, *Guardar*. <https://tinyurl.com/symuyrp8>

El Mundo, *Efectos del cambio de residencia*, 2010. <https://tinyurl.com/4b36h74u>

MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, “Padres separados. Convivencia con los hijos”,
Revista Primera Instancia, 2016. <https://tinyurl.com/3kdwjdtty>

TROLICE, Mark y SALVADOR, Zaira, *¿Qué es la gestación subrogada?*, 2019.
<https://tinyurl.com/2bsfces8>

SCJN. *Compromiso*, no. 144, 2013. <https://tinyurl.com/bdfyzu3m>



DIGNIDAD HUMANA, UNA CONCEPCIÓN GENERALIZADA¹

Mireya GARCÍA MONROY*

Juan Ángel SALINAS GARZA**

Luis Gerardo RODRÍGUEZ LOZANO***

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Mirada constitucional.* III. *Dignidad y Covid-19.* IV. *Protección jurisdiccional.* V. *Criterios Jurisprudenciales.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

Resumen: Se analiza a la dignidad humana vista desde un enfoque general y amplio, a través de los diferentes postulados en respeto a la figura dentro del marco jurídico constitucional e internacional.

Palabras clave: Derecho fundamental, dignidad humana, identidad, ser humano.

¹ Trabajo recibido el 2 de agosto de 2022 y aprobado el 27 de septiembre de 2022.

* Máster en Derecho con Orientación en Derecho de Amparo y doctorante en Derecho con Orientación en Derecho Procesal. Catedrática de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León y otras. Abogada Postulante. Correos electrónicos: mireya.monroy@hotmail.com, mgarciam@uanl.edu.mx

** Doctor en derecho, catedrático de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL), investigador del Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica de la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL, ha sido investigador nivel 1 del Sistema Nacional de Investigadores CONACYT, profesor del Claustro de Maestros de Posgrado de la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL y abogado postulante. Correo electrónico: dr.jasg@hotmail.com

*** Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor-Investigador de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Contacto: gerardorodriguezmx@yahoo.com.mx

Abstract: Human dignity is analyzed from a general and broad approach, through the different postulates in respect to the figure within the constitutional and international legal framework.

Keywords: Fundamental right, human dignity, identity, human being.

I. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha expresado sobre el derecho fundamental del respeto a la dignidad humana. En este artículo se proporcionará una visión general de como a través del tiempo los instrumentos de protección tanto nacionales como internacionales, han imperado por proteger uno de los derechos más representativos para un ser humano, como lo es su dignidad. Este derecho es considerado uno de los más vulnerados durante el pasar de las épocas en cualquier parte del mundo. Desde la época romana en la cual el ser humano o el hombre, al tener la calidad de esclavo, pasaba a tener un significado nulo, el esclavo era una cosa para el derecho romano, la división de clases sociales debido a su recurso económico es lo que le restaba valor a un ciudadano.

Ha sido de gran evolución y progreso las recientes reformas a nuestra Constitución Federal, la vinculación con los tratados internacionales de los que México firma parte, esto en virtud, de que el respeto, la protección y garantía por parte de los órganos jurisdiccionales y administrativos son de carácter obligatorio.

Es decir, que toda autoridad está obligada a proteger las prerrogativas establecidas en la máxima ley así como en los instrumentos internacionales.

De aquí deriva, una amplia protección siempre al ciudadano en cuanto a su actuación frente al orden jurídico. En atención a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos, es que hoy en día las autoridades cada una en sus diferentes esferas de competencia y territorialidad es que deben de promover el respeto a estos derechos, encontrándose entre todos ellos, la dignidad humana.

Es debido a los crímenes de lesa humanidad, post guerra mundial que los organismos internacionales han velado por la protección a este derecho, un derecho que es inherente al ser humano y que en palabras de Aharon Barak, la dignidad humana como valor constitucional es la humanidad de cada persona como ser humano.

La dignidad esta puesta de relieve en este artículo como una percepción al día a día, en cualquier tipo de persona, como es que su dignidad se ve vulnerada tanto en una persona estándar como en personas que pueden pertenecer a grupos débiles o vulnerables.

II. MIRADA CONSTITUCIONAL

Tanto la Constitución Mexicana como los Tratados Internacionales en los que México está inscrito, han ponderado por el respeto a uno de los derechos más relevantes en este sistema legal, sin dejar de lado lo que expresa la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el sentido que es un valor inherente al ser humano, es lo que le otorga a la persona una calidad única y excepcional y esa calidad, ese valor tiene que ser respetado por las autoridades jurisdiccionales y administrativas en todo momento, es decir, los que se encuentran en el ejercicio de la administración pública así como los que operan un sistema jurídico siempre debe imperar el trato al ciudadano en respeto a su dignidad.

Este derecho fundamental otorga libertad al ser humano para que pueda disfrutar de una identidad individual, es decir, es su autonomía individual, es su libertad de elección, la dignidad humana considera al ente humano como un fin y no como un instrumento para lograr los objetivos de otros.²

El gobernado no tiene por qué sufrir discriminación, humillación, segregación, rechazo, por sus creencias, por su raza, por su color de piel, por su etnia o por su discapacidad, por su sexo, por mencionar algunas características que generan tabúes entre los que operan una administración pública y hasta de justicia, sin dejar de lado los que también procuran la justicia.

Por lo tanto el respeto a la dignidad humana, aun es un tema que necesita ser convocado, promocionado, difundido en todos los órganos de protección de los derechos humanos, esto es a raíz de las discriminaciones que se ventilan todos los días en las entidades encargadas de administrar y procurar la justicia.

La discriminación ha proliferado de todas las maneras posibles en nuestros entornos desde momentos históricos y ha sido una de las manifestaciones y expresiones que han contribuido enormemente al ataque contra la dignidad humana, resultando un fenómeno

² Cfr. AHARON BARAK, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales. Escritos sobre derechos y teoría constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2020, p. 323.

social en cualquier contexto, sin importar lo establecido por nuestra constitución federal en su artículo primero, último párrafo.

Determinando de forma tajante y contundente la prohibición de todo tipo de discriminación, haciendo notar todos los conceptos bajo los cuales una persona puede ser discriminada como por su nacionalidad, edad, género, religión, entre otras y como se ha discutido por varios autores, si la misma máxima ley prevé o establece esta forma de protección es porque a criterio del constituyente observa y advierte que los contextos de discriminación existen y no son ajenos o inventos de la mente del legislador.

La acepción de dignidad lleva aparejada los diversos tipos de discriminación que puede sufrir un ser humano en los distintos planos de una actuación jurisdiccional o administrativa y esto se ve reflejado en los tratos desiguales que se realizan en cualquier materia o incluso en cualquier contexto sin que se encuentre implícito una cuestión jurídica.

Podemos partir de *grosso modo*, el trato que puede darse a una persona con un grado de discapacidad, un adulto mayor, un inmigrante, una mujer, un menor de edad, que son considerados como grupos vulnerables o personas débiles, por no encontrarse en una igualdad de armas cuando se enfrentan a un proceso judicial incluso administrativo.

Son los grupos a quienes más se les vulneran sus derechos fundamentales sin dejar de lado las personas que se encuentran privadas de su libertad, que a pesar de que cuentan con instrumentos nacionales e internacionales que protegen de manera amplia sus derechos humanos, aun así son violentados por las autoridades en la esfera jurídica en que se encuentren.

Es por eso que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado y ha vinculado al Estado mexicano respecto al tema de derecho a la vida privada y al libre desarrollo de la personalidad de acuerdo a los artículos 7 y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los que se establece el derecho a la libertad personal y la protección de la honra y la dignidad, en la que en concatenación con la sentencia del caso Rosendo Cantú y otras vs. México, se determinó que la protección a la vida privada abarcan factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo por ejemplo, la capacidad

para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales.³

III. DIGNIDAD Y COVID-19

Hoy en día, en virtud del momento de contingencia que estamos viviendo por cuestión del COVID, se tuvieron que modificar las formas de impartir justicia, entre tantos cambios más para evitar un contagio masivo.

Las formas de divertirse, de convivir, de acudir a recibir educación, incluso hasta de pedir de comer cambiaron o se adecuaron de acuerdo a esta emergencia sanitaria que ha plagado al mundo entero.

Es entonces, que los operadores del sistema jurídico se vieron en la necesidad de resolver los conflictos a través de una plataforma digital, así como tantas otras áreas que se vieron en la imperiosa necesidad de modificar todo un esquema de trabajo.

Nació el *home office*, se intensificó el *didi*, el *uber*, *rappid*, *Microsoft teams*, para poder seguir permitiendo el desarrollo del ser humano en una sociedad limitada o atrofiada por la pandemia.

Sin embargo, estos caracteres o nueva forma de vida, esta incluso dirigida a una determinada generación, ya que hoy en día todo se puede con el poder de tu dedo, y es aquí cuando el avance digital o cibernético ha permeado hasta lo más elemental de nuestros hogares.

Esto es fácil para quien maneja la tecnología, quien prácticamente un ente al decir su primera palabra ya conoce un dispositivo móvil.

Pero...¿y las demás generaciones?, cuantas veces no hemos sido testigos en un simple cajero automático el tener que auxiliar a una persona de edad avanzada o adulto mayor porque no entiende la operación digital que tiene que realizar para poder obtener su dinero producto de una pensión.

Si algo tan básico es de gran complejidad para un adulto mayor, a pesar de los esfuerzos que ha realizado y ha desarrollado el poder judicial en cualquiera de sus esferas así como el poder ejecutivo dentro de sus protocolos a seguir por parte de los servidores públicos,

³ Cfr. FERNANDO SILVA GARCÍA, *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Criterios esenciales*, Editorial Tirant lo Blanch, 2ª Edición, México, 2016, pp. 554-555.

muchos de ellos se ven mermados por no tener la empatía, la paciencia ni la tolerancia a un ciudadano.

Es aquí donde se desprende que no hay un respeto a la persona por sus “posibles” limitaciones a comprender un lenguaje técnico nuevo y puesto en función por una cuestión sanitaria.

Esto se desata porque el servidor público no es empático, no se pone en los zapatos del otro, le es indiferente y más cuando llega una persona de edad avanzada, que muestre alguna discapacidad, o simple y sencillamente que no logra comprender a la primera la instrucción dada.

Es cierto que la autoridad jurisdiccional realiza una constante y ardua labor en llevar la justicia hasta los hogares de las partes que interceden o participan en un conflicto legal, sin embargo, hay quienes merman la calidad y buena intención de los operadores del sistema.

Bajo estas circunstancias es de recalcar que es obligación de todo servidor público tutelar el derecho humano a la dignidad humana, y este principio es corolario vinculante hacia cualquier tipo de derecho humano que tenga que respetarse.

Todo parte desde este derecho fundamental y de éste se desencadena posteriormente un debido proceso, una seguridad jurídica, teniendo como resultado entre todo este garantismo constitucional y convencional, lo que es realmente una tutela judicial efectiva.

Es entonces como dice Paolo Becchi “...la proclamación de los derechos humanos es precedida por el reconocimiento de la dignidad humana”.⁴

Y es lo que en principio se debe de tutelar por parte de la autoridad jurisdiccional o administrativa, el derecho humano o fundamental a ser tratado con dignidad humana en el desarrollo de todo proceso de carácter jurisdiccional, sobre todo cuando hay un esfuerzo doble por parte de una de las partes que puede considerarse como débiles o pertenecientes a grupos vulnerables.

Por consiguiente, es muy favorable que en estos tiempos se esté atendiendo a contextos que tienen que ver con las diversas representaciones o variantes que existen y en afán de proteger, de garantizar su sano desenvolvimiento.

Con esto queremos decir que en estos tiempos el Estado dentro de las prerrogativas contenidas en los dispositivos internacionales que ya hemos invocado, se impulsa la

⁴ BECCHI, Paolo, *El principio de la dignidad humana*, Distribuciones Fontamara, S.A., México, 2012, p. 42.

protección por ejemplo a una muerte digna, que viene desencadenando a un testamento biológico, o la protección a la asistencia prenatal derivada de un embarazo *in vitro*, es decir, que la dignidad humana no encierra únicamente el respeto a el tipo de etnia, color, religión, nacionalidad de las cuales hay una ponderación constitucional en su artículo primero, sino que además existen otra variantes de dignidad humana que también la autoridad tiene que proteger.

El respeto a la dignidad humana, es una responsabilidad abismal para el Estado y su operación a través de los impartidores de justicia así como sus servidores públicos judiciales o administrativos.

Y es entonces donde la discriminación por parte de las instituciones gubernamentales o el poder judicial local o federal hacen que lo que protege la Constitución en su artículo primero último párrafo quede en desventaja o los que pertenecen a esos rubros de amplia protección, queden vulnerados por los mismos operadores del sistema.

Así pues, esta característica del ser humano, es bastante compleja como para llegar a una protección garantizada por las instituciones nacionales e internacionales, esto toma forma del porque han sido las revoluciones, las guerras, las batallas, por mencionar las practicas a las que ha tenido que llegar el ser humano para que se respete algo tan básico, como la dignidad.

No es suficiente que este plasmado el termino o la palabra en una ley, para que sea garantizada esa prerrogativa de la persona, tan es así que se ha tenido que llegar a los más altos tribunales para simplemente respetar algo que es inherente al ser humano, que no tiene precio, que es inalienable e intransferible.

Sin embargo, en todos lados podemos percibir como se afecta la dignidad del ser humano, no necesitamos ir a otro estado de esta misma república, ni a otro país, aquí mismo lo vemos en el trato que se le da al inmigrante, al anciano, al discapacitado, al pobre y ya no hablemos de cuestiones de género, porque la discriminación en este aspecto aún sobresale mucho.

IV. PROTECCIÓN JURISDICCIONAL

Creemos que esta problemática es más bien cultural y permeamos en el ámbito jurídico, a tal grado que en estos tiempos lo que más le preocupa a la ley es proteger lo más básico que puede tener un ciudadano, su dignidad.

También es cierto, que este derecho no disminuye, no se pierde, no desaparece por algún otro acto jurídico, no se extingue por alguna enfermedad o alguna otra causa, no prescribe no caduca, no precluye, ni siendo el peor criminal del mundo pueden quitarte o despojar a la persona de su dignidad.

Incluso tiene que ser protegido y respetado de forma internacional, es decir, en el extranjero también tiene que garantizarse el respeto a la dignidad de las personas, sin importar la nacionalidad que ésta tenga.

Es aquí donde se abre una contraposición sobre lo que dicta la ley adjetiva, si cada proceso debe de cumplir principios como un debido proceso, o algo muchísimo más elemental y relevante como una igualdad entre las partes o una igualdad procesal, porque si el juzgador tiene en la lupa el respeto a estos derechos fundamentales, porque es que les cuesta tanto trabajo respetar lo que es inherente al ser humanos, como su dignidad, algo así como su valor, su esencia en particular.

Provocando una desigualdad, que llega a convertirse en una discriminación, clasificando al sujeto procesal con su actuar en una persona vulnerable, en un grupo débil o en un desfavorecido.

Sin tomar en cuenta lo que propiamente considera el principio *pro dignitate*, como pilar garante de lo esencial que tiene un ser humano como es su dignidad, esto es que todo ciudadano tiene el derecho inalienable de que se le proteja y no se le discrimine bajo concepto o contexto alguno.

Es decir, las autoridades todas y cada una de ellas dentro de sus atribuciones deben imperar por al emitir un acto de autoridad no vulnerar o generar un agravio en contra del gobernado empezando por respetar lo que en esencia misma construye o hace ser a una persona, que ese acto de gobierno no trastoque más que lo es relacionado a una cuestión patrimonial, sin demeritar en los actos emitidos una violación a su dignidad.

A palabras de Benítez Oropeza y otro “El principio *pro dignitate* obliga a reconocer que el Estado mexicano no tiene más que una razón de ser: la tutela efectiva de la dignidad que corresponde a todas las personas de condición humana”.⁵

Esto sin crear distinción en los seres humanos por alguna calidad o característica diferente a razón de los estándares sociales o políticos que rigen en nuestro país y más en la aplicación del derecho.

Es decir, que debe de respetarse cualquier calidad en la que se encuentre el gobernado, sin hacer distinciones de pobreza, de etnia, género o involucrar una creencia o expresión de tinte político que no sea de satisfacción para el operador judicial, así como tampoco la posición en que se encuentra el gobernado, ya sea como presunto culpable, persona privada de la libertad, quejoso, ejidatario o ejidataria, menor de edad, trabajador, por mencionar algunos sujetos de proceso.

Es por esta razón que sale a colación esa armonía que debe de tener el principio *pro persona* con el de interpretación conforme que debe de realizar el juez de la causa, toda vez que siempre debe de garantizar el respeto por los derechos fundamentales, estando en cualquier etapa del procedimiento, generar ese ambiente de protección más amplia al ciudadano o al solicitante de justicia dada su posición en el conflicto.

Y esto se ha generado, como lo menciona el título, es una protección sustantiva, los derechos humanos, su reconocimiento, su respeto, su exigencia, su aplicación, ha traído a los sistemas jurídicos una reivindicación a lo más importante que puede tener un ser humano aparte de su vida...su dignidad.

Y todo esto sale a colación en virtud de las atrocidades que se han cometido en contra del ser humano ya sea en nombre de Dios, a través del conocido sistema de inquisición, así como el famoso genocidio de la Segunda Guerra Mundial, materializado de forma inolvidable por Adolf Hitler, quien en su obstinación desmesurada por gestar una “raza superior”, realizó los más atroces experimentos humanos sin importar, proteger o procurar cualquier tipo de derecho humano hacia el hombre (término general), pero en lo que más se enfocaba este personaje de maldad de la historia fue en las personas que sufrían alguna discapacidad.

⁵ BENÍTEZ OROPEZA, Dulce Miriam y ESTRADA MICHEL, Rafael, *Los principios judiciales, derecho por principios e independencia judicial*, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2021, p. 6.

Esto se debió a que en la Alemania nazi se expresaba con frecuencia un término alemán “*unbrauchbar*” (inservibles, en español) y esta connotación la llevaban aparejada las personas que padecían una discapacidad física o mental.⁶

Personas con las cuales al no pertenecer a los estándares de aspecto físico del gobierno hitleriano, eran quienes eran sacrificadas en nombre de la ciencia alemana.

Entendiéndose en un aspecto jurídico que el respeto a la dignidad del ser humano, no imperaba o existía en estos años bajo estos regímenes de gobierno, teniendo como resultado este criterio contra la humanidad y los juicios de Nuremberg con la concientización y protección a las garantías, prerrogativas, derechos humanos y demás privilegios del ser humano por el simple hecho de ser humano.

Protección y respeto que debe garantizar toda sociedad que es democrática y que vive bajo el régimen de un apego a la procuración del goce de los derechos que se encuentran establecidos en los Tratados Internacionales, evitando toda limitación, restricción y sobre todo lo que se palapa todos los días, la discriminación al ciudadano por no encontrarse bajo los estándares de una sociedad atrofiada en empatía hacia los demás.

Si algo podemos recordar es el movimiento ciudadano encabezado por Martín Luther King donde se opone a la discriminación y al racismo por parte de los estadounidenses sobre la gente o población de color o la protesta de Nelson Mandela contra el Apartheid, trayendo como consecuencia no únicamente una vulneración a derechos fundamentales, sino un retroceso en el crecimiento en varios ramos o ramos en que puede desarrollarse un ser humano.

Teniendo como resultado un desencadenamiento en perjuicio de la sociedad con un alto índice de criminalidad, desempleo, analfabetismo, deserción escolar y a nivel psicológico una baja autoestima.

Creo sin duda que se le ha devuelto la dignidad al ser humano a través de las recientes generaciones. Es incluso increíble como en los años 60's podías encontrar en los restaurantes de Estados Unidos letreros donde se prohibía la entrada a perros y a la gente de color, como podías abordar un camión urbano o de pasajeros y se encontraran divididas las filas de asientos para gente blanca y gente de color.

⁶ Confr. COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Voto en contra*, Penguin Random House Grupo Editorial, S.A. de C.V., México, 2019, p. 61.

Como la mentalidad del vecino país ha tenido que regresar y respetar ese derecho de igualdad; podríamos decir que la famosa frase de Martín Luther King sobre “*I have a dream*”, ahora es una realidad a pesar de que a él le haya costado la vida.

Sobre que ya no hubiera diferencias entre la gente blanca y la gente de color, que tuvieran los mismos derechos por igual, que no se les segregara o discriminara. Era un sueño imposible incluso hasta una parodia que algún día ese país su presidente fuera una persona de color.

Es cuestión de mentalidad generacional. Las personas del hoy no piensan como las de hace 10 años y eso es a lo que llamamos evolución.

Nuestro país hoy en día, se ha adaptado a los cambios incesantes de su sistema jurídico debido a la reforma de hace más de 10 años en materia de derechos humanos.

Con el rubro del desarrollo libre de la personalidad, se ha restituido la imagen de los ex convictos por mencionar un ejemplo, ya que en el estado de Nuevo León, ya no se puede extender la carta de no antecedentes penales, para cumplir un requisito de contratación laboral de corte empresarial.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 27 fracción IV incisos A), B), C) y D), de la Ley Nacional de Ejecución Penal, que expresan lo siguiente:

Artículo 27. Bases de datos de personas privadas de la libertad La Autoridad Penitenciaria estará obligada a mantener una base de datos de personas privadas de la libertad con la información de cada persona que ingrese al sistema penitenciario, de conformidad con lo establecido en el Sistema Único de Información Criminal, definido en la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública. La Autoridad Penitenciaria deberá mantener también un expediente médico y un expediente único de ejecución penal para cada persona que ingrese al sistema penitenciario, de acuerdo con lo siguiente:

IV. La constancia relativa a los antecedentes penales sólo se podrá extender en los siguientes supuestos:

A. Cuando la soliciten las autoridades administrativas y judiciales competentes, para fines de investigación criminal, procesales o por requerimiento de autoridad judicial;

B. Cuando sea solicitada por ser necesaria para ejercitar un derecho o cumplir un deber legalmente previstos;

C. En los casos específicos en los que la normatividad lo establezca como requisito para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público, o bien para el ingreso a instituciones de seguridad pública o privada, así como cuando por la naturaleza del empleo o por razones de interés público se considere exigible;

D. Cuando sea solicitada por una embajada o consulado extranjero en México, o bien, a través de una embajada o consulado de México en el extranjero.

Sin embargo, el factor social también juega un papel preponderante en el tema de la dignidad humana, tomando el ejemplo anterior, quien quiere contratar a una persona que estuvo en la cárcel, independientemente del delito que haya cometido, un robo, lesiones, daño en propiedad ajena, el que sea, ya no hablo de delitos graves como secuestro, homicidio, etc.

Esto porque la gente tiene mucha desconfianza en contratar a alguien que haya permanecido determinado tiempo en un centro de readaptación, en pocas palabras la sociedad no cree en la readaptación razón por la cual no contratarían a una persona readaptada, es decir, a alguien que haya cumplido su pena, que ya haya cumplido con la sanción por el delito que haya cometido.

Entonces es cuando existe un plano de desigualdad también en estos niveles sociales, por lo que debido a tales circunstancias deben de promoverse más políticas públicas, así como en materia penal existe la política criminal, en la que existan instrumentos jurídicos para erradicar tal discriminación o desigualdad.

Anteriormente a la reforma del 2011, se crea la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación y bajo esta legislación se dispone la creación del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED).

De acuerdo a lo que menciona Aguilera Portales esta institución surge con el objetivo de proteger los derechos humanos y además prevenir la discriminación, y como finalidad de

la misma, garantizar la protección y respeto de los derechos humanos, así como reducir la discriminación y la violencia contra la mujer.⁷

Dicho lo anterior, existen leyes, tratados, comisiones, procuradurías, es decir, existen toda clase de mecanismos para combatir y erradicar la discriminación, la segregación, la desigualdad que son fenómenos sociales de los que adolece nuestro país, ya sea que dichas conductas pueden ser ejercidas por una persona estándar o un servidor público; lo que es necesario y urgente es la efectividad de dichos mecanismos de defensa de la dignidad del ser humano.

Es la aplicación, la operatividad y el conocimiento sobre estos nuevos estándares o protocolos de actuación que debemos de aplicar en los diversos campos ante una sociedad, a lo que hay que agregarle el factor educacional o académico.

V. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

El estudio y la adquisición del conocimiento sobre el tema de los derechos humanos tendría que iniciar desde los niveles básicos de educación en lo que sean contemplados temas de respeto a derechos humanos, perspectiva de género, discriminación, entre otros, así como han sido contemplados en los programas de estudio de educación media y superior.

Sobre todo por cuestiones de *bullying* en condiciones especiales de estudiantes en cualquier grado académico para que desde un principio el alumno o estudiante que se está formando sea en respeto a también las decisiones que emite la Suprema Corte de Justicia de la Nación como en el siguiente criterio aislado:

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EL DISCURSO HOMÓFOBO CONSTITUYE UNA CATEGORÍA DE LENGUAJE DISCRIMINATORIO Y, EN OCASIONES, DE DISCURSOS DEL ODIO. La homofobia es el rechazo de la homosexualidad, teniendo como componente primordial la repulsa irracional hacia la misma, o la manifestación arbitraria en su contra y, por ende, implica un desdén, rechazo o agresión, a cualquier variación en la apariencia, actitudes, roles o prácticas sexuales, mediante el empleo de los estereotipos de la masculinidad y la feminidad. Dicho

⁷ Cfr. AGUILERA PORTALES, Rafael y HERRERA MÁRQUEZ, Alma Delia, *Igualdad y Discriminación Múltiple*, Editorial Esfera Pública, S.A. de C.V., México, 2016, p. 74.

tratamiento discriminatorio implica una forma de inferiorización, mediante una asignación de jerarquía a las preferencias sexuales, confiriendo a la heterosexualidad un rango superior. Esta aversión suele caracterizarse por el señalamiento de los homosexuales como inferiores o anormales, lo cual da lugar a lo que se conoce como discurso homóforo, mismo que consiste en la emisión de una serie de calificativos y valoraciones críticas relativas a la condición homosexual y a su conducta sexual, y suele actualizarse en los espacios de la cotidianidad; por lo tanto, generalmente se caracteriza por insinuaciones de homosexualidad en un sentido burlesco y ofensivo, mediante el empleo de un lenguaje que se encuentra fuertemente arraigado en la sociedad. En consecuencia, resulta claro que aquellas expresiones en las cuales exista una referencia a la homosexualidad, no como una opción sexual personal -misma que es válida dentro de una sociedad democrática, plural e incluyente-, sino como una condición de inferioridad o de exclusión, constituyen manifestaciones discriminatorias, toda vez que una categoría como la preferencia sexual, respecto a la cual la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos expresamente veda cualquier discriminación en torno a la misma, no puede ser válidamente empleada como un aspecto de diferenciación peyorativa. Así, tomando en consideración la protección constitucional expresa a la preferencia sexual de los individuos, es que la misma no puede constituir un dato pertinente para la calificación social de una persona. Por tanto, al tratarse la homosexualidad de una forma de sexualidad tan legítima como la heterosexualidad, puede concluirse que aquellas expresiones homófobas, esto es, que impliquen una incitación, promoción o justificación de la intolerancia hacia la homosexualidad, ya sea mediante términos abiertamente hostiles o de rechazo, o bien, a través de palabras burlescas, deben considerarse como una categoría de lenguaje discriminatorio y, en ocasiones, de discursos del odio.⁸

⁸ Tesis: 1a. CXLVIII/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XX, mayo de 2013, tomo 1, p. 547. Registro digital: 2003626.

Este criterio ya ha sido promocionado o publicado en diversos medios de comunicación así como en redes sociales, como el que no debe de discriminarse a una persona por el simple hecho de que tiene tatuajes o padece VIH:

TATUAJES. SU USO ESTÁ PROTEGIDO, POR REGLA GENERAL, POR EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. El derecho al libre desarrollo de la personalidad deriva del principio de autonomía personal, y consiste en la capacidad de elegir y materializar libremente planes de vida e ideales de excelencia humana, sin la intervención injustificada de terceros. Este derecho incluye, entre otras cosas, la elección de la apariencia personal, pues se trata de un aspecto de la individualidad que se desea proyectar ante los demás. La libertad de expresión es el derecho a expresar, buscar, recibir, transmitir y difundir libremente, ideas, informaciones y opiniones. Este derecho está vinculado estrechamente con la autonomía personal, pues se trata de un bien necesario para ejercerla, pero tiene también una especial conexión con la realización de diversos bienes colectivos, como la democracia o la generación y transmisión del conocimiento, de aquí que se le reconozca un peso especial en las democracias constitucionales. Una forma de expresar la individualidad es mediante el uso de tatuajes, pues el uso de éstos en lugares visibles constituye un acto deliberado de expresión de su significado, que puede consistir en ideas, opiniones, convicciones, informaciones, etc. En este sentido, el uso de tatuajes está protegido, por regla general, por los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de expresión, por lo que no debe ser motivo para discriminar a sus portadores.⁹

Esta prerrogativa es un yacimiento del que derivan derechos fundamentales como la libertad, la igualdad y la equidad, por mencionar algunos.

⁹ Tesis: 1a. CXX/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 73, diciembre de 2019, tomo I, p. 331. Registro digital: 2021265.

Si bien es cierto que el derecho es el escudo que protege al ser humano de las arbitrariedades cometidas por la autoridad en su desempeño dentro de la administración pública y es el derecho mismo quien a través de una constitución y ahora a mayoría de razón por un tratado internacional que cuidan y protegen con mayor cautela los derechos de un ciudadano, entre ellos encontrándose la dignidad.

Como dice Ferrajoli “Los derechos fundamentales son valiosos en tanto contribuyan a la paz, a la igualdad, al aseguramiento de la democracia y, sobre todo, a la protección de los más débiles”.¹⁰

Y es en esta categoría sospechosa donde más repetitiva se inhala la conducta de afectación a una persona, que es el ataque a su dignidad.

Radica dicho actuar por la indefensión, la vulnerabilidad, la debilidad que demuestra el particular ya sea en su aspecto, en su formación académica, en su recurso económico, en su dificultad físico-motriz, entre otros.

Son blancos fáciles incluso para cualquier persona para llevar a cabo actuaciones abusivas, injustas, arbitrarias en su persona o en sus bienes; ya que los agravios que padecen estas personas no solo atañe a lo personal sino que también se amplía su patrimonio.

Muy a pesar de que gozamos de un ordenamiento jurídico objetivo, como lo es la Constitución, que en su primer artículo hace mención al respeto, a una garantía de los derechos humanos y que además hay una obligación de parte de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar dichos derechos, también es cierto que estas mismas a través de sus atribuciones y facultades son las que más atropellos comenten en contra de los más débiles.

No basta el que se encuentre a letra abierta en una norma, lo principal es que se respete y sean eficaces esos postulados constitucionales e internacionales, en un amplio beneficio al gobernado.

Es decir, el punto central en el que debe de girar el derecho que estamos viviendo en nuestro tiempo tiene una encomienda importante que cumplir y esta es, que debe de mantener la unión de los casos descritos de forma constitucional en temas de pluralidad. El derecho

¹⁰ DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo, *Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales, los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, S. A., 4ª. Edición, 2009, Madrid, p. 16.

debe de ser empático, comprensivo a un sentido amplio. El derecho debe ser el vínculo y la fuerza de convivencia.¹¹

Por otro lado, tenemos un tema coetáneo acorde a los contextos que hemos estado viviendo en el último par de décadas, para tomar una referencia de tiempo, me refiero a la bioética.¹²

Esta nueva perspectiva de atender a la bioética tiene que ver con la manera que tiene el ser humano de entender los derechos que le asisten sobre su propio cuerpo, y esto lleva al cuestionamiento que puede realizarse entre moral y derecho respecto a temas como el aborto, la reproducción humana asistida, la eutanasia, la maternidad subrogada, la donación de órganos, entre otros.

Que resulta ser un tema también de dignidad visto desde un punto moral en el cual los criterios religiosos juegan un papel relevante en la persona con base a las creencias divinas que pueda profesar cada quien, sin embargo aunque la moral pueda vincularse al derecho, desde razones y épocas remotas, tan es así que han existido corrientes en controversia sobre moral y derecho, que atañen a la conducta del ser humano.

Es importante señalar lo establecido por la Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO en su artículo 12:

*Artículo 12 – Respeto de la diversidad cultural y del pluralismo
Se debería tener debidamente en cuenta la importancia de la diversidad cultural y del pluralismo. No obstante, estas consideraciones no habrán de invocarse para atentar contra la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales o los principios enunciados en la presente Declaración, ni tampoco para limitar su alcance.*

Razón que ha sido de múltiples debates como lo relacionado con el aborto, que es un tema de profundidad analítica, por la cuestión de la vida que se está gestando dentro de un cuerpo femenino y la elección de la persona a que siga desarrollándose esa vida en su interior.

¹¹ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, *La virtud de la duda. Una conversación sobre ética y derecho con Germinello Preterossi*, Editorial Trotta, S.A., Madrid, 2012, p. 77.

¹² Bioética: significa el estudio de los problemas éticos originados por la investigación biológica y sus aplicaciones, como en la ingeniería genética o la clonación. Real Academia Española, *Bioética*. <https://tinyurl.com/5n959nk6>

Lo anterior atendiendo a los criterios que existen en relación a la bioética que es otra forma de proteger la dignidad en contextos contemporáneos que han permeado a través de la era de la modernidad o de las nuevas variables de crear y proteger la vida.

Atienza expresa que:

*El núcleo de la dignidad puede hacerse residir en el derecho y la obligación que tiene cada individuo (cada ente moral) de desarrollarse a sí mismo como persona (un desarrollo que admite obviamente una pluralidad de formas, maneras de vivir; aunque no cualquier forma de vida sea aceptable) y, al mismo tiempo, en la obligación, en relación con los demás, con cada uno de los individuos humanos, de contribuir a su libre (e igual) desarrollo”.*¹³

En sí cada uno de nosotros contamos con la libertad de podernos conducir frente a la sociedad de acuerdo a nuestra personalidad, siempre y cuando no se vulneren derechos de terceros; las constituciones locales y federales dentro de sus garantías a proteger están las prerrogativas en ellas establecidas y además en concatenación con los tratados internacionales de los que sean parte, protegen el libre desarrollo de la personalidad de que cada ciudadano.

Por lo que cada persona puede vivir en plena libertad y de acuerdo a los contextos que le otorguen esa libertad, esa igualdad y esa dignidad a la que tanto se ha invocado para su protección por parte de los órganos jurisdiccionales atendiendo a la constitucionalidad del sistema jurídico.

Es decir, que hoy en día la palabra dignidad se encuentra dentro de las primeras prerrogativas de una Constitución o de un tratado o declaración internacional, estableciéndose como un derecho fundamental, el cual todas las autoridades jurisdiccionales y administrativas están obligadas a proteger.

No está demás citar que en la década de los 40's se dio a conocer formalmente el término de dignidad en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, para ser más exactos en el año de 1948.

¹³ MANUEL ATIENZA, *Sobre la Dignidad Humana*, Editorial Trotta, S.A., Madrid, 2022, p. 81.

Así como también se hace mención en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su introducción se refiere como “inherente a la persona humana”.

Sin embargo también tiene una connotación que va de acuerdo al contexto en que se expresa o se utiliza el vocablo dignidad.

Esto se desprende de lo que manifiesta Jeremy Waldron, al afirmar que hemos escuchado frases como: tal persona tiene dignidad y que en nuestro pensar llegan a desarrollarse ideas de: tener presencia, tener carácter, autocontrol, no sufrir humillaciones, ni angustias, ni ser tratado de modo miserable, por mencionar algunas.¹⁴

Razón por la que coincidimos con este autor porque es muy común escuchar o encontrarnos en diversos escritos con frases con este significado sobre la dignidad, tanto en un sentido sobresaliente y positivo como en un estado contrario, al oír algo así como...esa mujer/hombre no tiene dignidad, le falta dignidad, como resultados de realizar determinados actos en los cuales se perciba una desvalorización a su persona como ser humano.

Esta desvalorización ha sido puesta de relieve en materias de derecho, en las cuales es muy visible y palpable que se atente contra la dignidad de una persona por el tipo de trato que pueda concedérseles; refiriéndonos en este caso a los actos de tortura que han imperado por décadas en los diversos sistemas de impartición de justicia penal.

Razón por la cual a partir de la implementación del sistema penal acusatorio se ha dado cabida a la aplicación de forma constante y vinculante al Protocolo de Estambul, en el cual en su capítulo primero artículo 3, hace referencia a la prohibición de tratos que atenten contra la vida y la integridad corporal de la persona, como las mutilaciones, los tratos crueles y por supuesto la tortura, acciones todas estas que atentan contra la dignidad personal, haciendo hincapié en los tratos denigrantes y humillantes.

Debido a estos instrumentos internacionales de protección a derechos fundamentales, es que los juzgadores dentro de sus atribuciones tienen que imperar por otorgar un pleno acceso a la justicia para todo tipo de persona, además el mismo operador del sistema, sea del poder judicial o administrativo, deberán de contar con la capacidad suficiente para poder resolver las problemáticas presentadas en sus sedes siempre en protección a su dignidad, igualdad y libertad.

¹⁴ Cfr. WALDRON, Jeremy, *Democratizar la dignidad. Estudios sobre dignidad humana y derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, p. 53.

Cabe mencionar que el derecho fundamental de dignidad humana se puede conectar con el principio de igualdad y prohibición de discriminación que pueda existir en un Estado social y democrático de derecho, ya que si bien es cierto existe un rechazo a una igualdad homogénea entre los ciudadanos y la impartición, procuración y administración de justicia, en virtud que el gobernado se ha dolido del maltrato que presenta cada que trata de acceder a la justicia jurisdiccional o administrativa.

La dignidad humana no solo se encuentra inherente a la individualidad del ser humano sino que también es esencial para el grupo o la colectividad a la que pertenecen, ya que la discriminación no solo puede palpase en forma particular, sino que también al pertenecer a un determinado núcleo social padeces la desigualdad por parte de la sociedad, como por ejemplo si se vive en determinada colonia, todos los que viven o habitan en ese espacio padecen un rechazo, un repudio, el ser humano es estigmatizado solo por una cuestión totalmente ajena a la calidad humana que pueda llegar a tener.

Dicho de otro modo lo que se busca primordialmente es que al respetar un derecho tan relevante en el gobernado como lo es su dignidad, no tenga que padecer humillaciones o daños que atenten a su integridad física o moral, ya sea de forma particular o colectiva según sea el caso.

VI. CONCLUSIONES

El anterior artículo tuvo como finalidad el expresar la forma en que se percibe la dignidad humana en estos tiempos contemporáneos, tanto desde una perspectiva de contingencia sanitaria como de una actuación ordinaria por parte de cualquier servidor público.

Cabe recalcar que a pesar de que nuestro estado de derecho ha realizado esfuerzos para una mayor protección a este derecho fundamental, no ha sido suficiente toda vez que aún hay muchos conflictos relacionados de autoridad con particular precisamente por advertirse conductas de discriminación, segregación, rechazo, humillación a personas por el hecho de pertenecer a una condición distinta a la que es supuestamente normal.

Se tiene que concientizar y capacitar a los servidores públicos, jueces, magistrados, legisladores, y en general, a todos aquellos que se encuentran relacionados o vinculados con la creación de la ley, con la interpretación y aplicación del derecho, para que el acceso a la justicia no sea solo para unos cuantos y que no se desprecie o descalifique a alguien por su

sola apariencia, preferencia sexual, recurso económico, nacionalidad, etc., provocando una afectación a la dignidad de ese ser humano.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, *et.al.*, *Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales. Contribuciones a la Teoría Política y Jurídica Contemporánea*, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2010.
- AGUILERA PORTALES, Rafael y HERRERA MÁRQUEZ, Alma Delia, *Igualdad y Discriminación Múltiple*, Editorial Esfera Pública, S.A. de C.V., México, 2016.
- BARAK, Aharon, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales. Escritos sobre derechos y teoría constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2020.
- BECCHI, Paolo, *El principio de la dignidad humana*, Distribuciones Fontamara, S.A., México, 2012.
- BENÍTEZ OROPEZA, Dulce Miriam y ESTRADA MICHEL, Rafael, *Los principios judiciales, derecho por principios e independencia judicial*, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2021.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Voto en contra*, Penguin Random House Grupo Editorial, S.A. de C.V., México, 2019.
- DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo, *Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales, los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, S. A., 4ª. Edición, 2009, Madrid.
- MANUEL ATIENZA, *Sobre la Dignidad Humana*, Editorial Trotta, S.A., Madrid, 2022.
- SILVA GARCÍA, Fernando, *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Criterios esenciales*, Editorial Tirant lo Blanch, 2ª. Edición, México, 2016.
- WALDRON, Jeremy, *Democratizar la dignidad. Estudios sobre dignidad humana y derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *La virtud de la duda. Una conversación sobre ética y derecho con Germinello Preterossi*, Editorial Trotta, S.A., Madrid, 2012.

Legisgrafía

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Jurisprudencia mexicana

Tesis: 1a. CXLVIII/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XX, mayo de 2013, tomo 1. Registro digital: 2003626.

Tesis: 1a. CXX/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 73, diciembre de 2019, tomo I. Registro digital: 2021265.

Página de internet

Real Academia Española, *Bioética*. <https://tinyurl.com/5n959nk6>



POLÉMICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS CÁRCELES DE COLOMBIA¹

Jaime CUBIDES-CÁRDENAS*

Angie Milena MORAN AMORTEGUI **

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *¿Qué son los derechos humanos?* III. *Las personas privadas de la libertad.* IV. *Gobiernos de Colombia y hacinamiento carcelario.* V. *Tratamiento de las personas privadas de libertad.* VI. *Alternativas.* VII. *Alternativas innovadoras para mejorar los problemas de las cárceles del país.* VIII. *Conclusiones.* IX. *Bibliografía.*

Resumen: En el presente artículo se hace una reflexión con base a las jurisprudencias de la Corte constitucional colombiana, datos recolectados en otras investigaciones y posturas de diferentes autores, donde se expone sobre la condición que hasta este momento se vive en las

¹ Este artículo es parte de los resultados del proyecto de investigación: “Desafíos contemporáneos para la protección de derechos humanos en escenarios de emergencia y construcción de paz - Fase III”, vinculado a la línea de investigación “Fundamentación e implementación de los Derechos Humanos” del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia, categorizado en A1 por Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación- MINCIENCIAS y registrado con el código COL 0120899, vinculado al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Católica de Colombia (CISJUC). Trabajo recibido el 2 de agosto de 2022 y aprobado el 30 de septiembre de 2022.

* Abogado y especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Colombia, Especialista y Magíster en Docencia e Investigación Universitaria y Magister en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Estudiante de Doctorado en Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Docente Investigador y líder del grupo de investigación “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia”, registrado con el código COL 0120899 en MINCIENCIAS, vinculado al Centro de Investigaciones Socio-jurídicas (CISJUC) de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia (Bogotá). Contacto: jacubides@ucatolica.edu.co y <https://orcid.org/0000-0002-6542-6892>

** Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Integrante del semillero de investigación “Observatorio de Justicia Constitucional y Derechos Humanos”, que hace parte del grupo de Investigación: “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” vinculado al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas (CISJUC) adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: ammoran89@ucatolica.edu.co

cárceles² de Colombia con las personas privadas de la libertad,³ que las habitan en condiciones inhumanas; pues tienen a las personas reclusas en estos establecimientos y como son transgredidos los derechos que según la Constitución Política de Colombia, declaraciones y tratados internacionales son inherentes a sí mismos, se pretende dejar claro que son los derechos humanos, desde cuando se habla de derechos humanos en el mundo y Colombia y por qué son tan importantes.

Palabras clave: Cárceles, Colombia, derechos humanos, jurisprudencia constitucional, polémicas constitucionales.

Abstract: In this article, a reflection is made based on the jurisprudence of the Colombian Constitutional Court, data collected in other investigations and positions of different authors, where it is exposed about the condition that until now is lived in the prisons of Colombia with people deprived of liberty, who inhabit them in inhumane conditions; because they have people confined in these establishments and since the rights that according to the Political Constitution of Colombia, declarations and international treaties are inherent to themselves are transgressed, it is intended to make it clear that they are human rights, from when speaking of human rights in the world and Colombia and why they are so important.

Keywords: Prisons, Colombia, human rights, constitutional jurisprudence, constitutional controversies.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo busca reflexionar sobre el desinterés y abandono del Estado colombiano con las cárceles del país donde el hacinamiento y condiciones inhumanas predominan, las personas

² Dentro del texto, se utilizará el término cárceles por ser un concepto genérico que se utiliza en todo América Latina de la misma forma; siendo conscientes que desde los diferentes ordenamientos jurídicos internos tienen diferentes denominaciones.

³ En el presente artículo reconocemos que el término indicado para hablar de las personas que se encuentran en cualquier establecimiento carcelario o penitenciario es persona privada de la libertad. No obstante, utilizaremos sinónimos que en un lenguaje más informal y por la audiencia de la Revista es más genérico o amplio. Sin que esto, sea considerado una minimización o revictimización a todas las personas que se encuentran en esta situación.

privadas de la libertad se someten a tratos indignos y se vulneran sistemáticamente sus derechos humanos.

Existe una gran falencia en las estrategias que toma el gobierno para solucionar de fondo las problemáticas de los Establecimientos Penitenciarios del país, ya que no son eficaces y NO se garantizan los derechos básicos de cada ser humano, que por distintos motivos tomaron decisiones equivocadas en sus vidas que los llevaron a terminar cumpliendo las sanciones impuestas por el gobierno y la sociedad en estos lugares, sin embargo; esto no justifica de ninguna forma los abusos por parte de ningún individuo o institución.

Es importante resaltar el deber del Estado de proteger a cada habitante del territorio sin importar la condición, además la función de la pena en Colombia es la resocialización y no se está cumpliendo, pues no hay condiciones mínimas para que las personas que ingresan puedan forjar su mentalidad entorno a valores y trabajos que permitan que cambien el enfoque de sus vidas y tengan propósitos mejores para las mismas y el de las personas que los esperan en sus hogares.

La situación actual de las cárceles es dramática, no solo están abandonadas por las entidades estatales, sino también la sociedad a marginado a lo largo del tiempo a los reclusos por su comportamientos no solo durante el cumplimiento de la pena, también después cuando cumplen con el tiempo determinado, por los jueces de la república, ya que no tienen oportunidades laborales por su historial y sufren de discriminación que muchas veces los lleva a reincidir.

II. ¿QUÉ SON LOS DERECHOS HUMANOS?

Los derechos humanos se refieren a todos aquellos DERECHOS inherentes al SER, se fundamentan en la DIGNIDAD HUMANA; para que TODAS las personas que deberíamos contar con ellos, podamos vivir adecuadamente en sociedad, respetando los límites de cada quien y del Estado; de esta forma poder tener un entorno de calma y armonía consigo mismos y los demás y NO pueden ser negados por razones de género, nacionalidad, estrato social, color de piel, edad, economía o cualquier condición que nos diferencie.

La Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 contiene los derechos naturales e inalienables del ser humano, está inspirada en la declaración de independencia estadounidense de 1776, la Asamblea Nacional Constituyente Francesa

aprobó la misma, esta tiene un valor universal y constituyó la base de la Declaración Universal de las Naciones Unidas de 1948.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un documento elaborado por representantes de todas las regiones del mundo, supone el primer reconocimiento universal de los derechos básicos y libertades fundamentales inherentes de los seres humanos que se deben aplicar en igual forma a cualquier persona sin excepción, la Declaración dice en sus dos primeros artículos.

ONU – Declaración Universal de Derechos Humanos 1948

Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2. Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Los derechos humanos tienen 5 características principales: Universales, inalienables, irrenunciables, imprescriptibles e indivisibles; sin embargo los derechos humanos no siempre serían los mismos pues varían en torno a la cultura y los contextos, en el caso de las personas privadas de la libertad al perder la libertad por determinadas situaciones que van en contra de la ley y valores morales y sociales siguen contando con derechos humanos propios que deben ser respetados y garantizados por el Estado.

Entre los derechos humanos están el derecho a la vida y a la libertad; a no estar sometido ni a esclavitud ni a torturas; a la libertad de opinión y de expresión; a la educación y al trabajo, entre otros muchos.

III. LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD

Los derechos humanos son inherentes a todas las personas, sin embargo, a las personas privadas de la libertad se les suspende el derecho a la libre locomoción y derechos políticos como el voto o ser elegidos, lo anterior en consecuencia de la pena impuesta por jueces de la república, sin embargo; deben ser tratados con dignidad, dándoles lugares estructuralmente adecuados para que cumplan la pena en condiciones humanas y no con tratos degradantes.

Las personas privadas de la libertad necesitan tener una voz dentro de la sociedad, es indispensable que se garanticen sus derechos sin importar su situación, el Estado por medio de las entidades encargadas debe buscar estrategias que les permitan tener o formar mejores condiciones de vida sin que se violen derechos como: vida, integridad personal, derecho a la familia, salud y trabajo entre otros que se ignoran.

Luna Castro⁴ deja en evidencia una falencia del Sistema Penal del país al afirmar que está mal diseñado y hay una gran sobrepoblación en las cárceles del territorio ya que hay muchos delitos que la pena es privativa de la libertad y no se ven otras alternativas para así disminuir esta gran problemática del hacinamiento carcelario.

Por lo anterior, es necesario reevaluar si hay suficientes cárceles en el país para el número de personas privadas de la libertad ya que el principal problema es el hacinamiento; del mismo modo, reevaluar si estos lugares están estructuralmente adaptados para albergarlas en condiciones dignas, para que puedan reincorporarse a la sociedad íntegramente. Al respecto, la Corte Constitucional, ha señalado el magistrado ponente Cifuentes Muñoz en la sentencia T-153/1998:

La imprevisión y el desgreño que ha reinado en materia de infraestructura carcelaria, la sobrepoblación ha conducido a que los reclusos ni siquiera puedan gozar de las más mínimas condiciones para llevar una vida digna en la prisión, tales como contar con un camarote, con agua suficiente, con servicios sanitarios, con asistencia en salud, con visitas familiares en condiciones decorosa, etc. De manera general se puede concluir que el

⁴ LUNA CASTRO, Juan Fernando, *Responsabilidad de los miembros de las “bandas criminales”: ¿por ejecución de delitos ordinarios cometidos en tiempos de guerra o por comisión de crímenes de guerra?*, trabajo de magister, Universidad Nacional de Colombia, Colombia, 2017, p. 16. <https://tinyurl.com/272585mw>

*hacinamiento desvirtúa de manera absoluta los fines del tratamiento penitenciario. (...).*⁵

Lo anterior, deja en evidencia que con estas condiciones no es posible que se cumpla con la función de la pena; la resocialización.

Si bien las personas privadas de la libertad pierden sus derechos a la libertad, libre locomoción y derechos políticos esto no quiere decir que se vulneren los demás ya que entidades como Ministerio de Justicia, Ministerio de Hacienda, Departamento Nacional de Planeación (DNP) e Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), dentro de sus funciones y deberes están garantizar la dignidad humana de los reclusos. El que haya tantas personas hacinadas en las cárceles genera que exista mayor corrupción y violencia y no se den oportunidades para que estudien, trabajen y tengan actividades de recreación ya que el número de prisioneros es muy grande. Según Acosta (2021).⁶ “En relación con los derechos de las personas privadas de su libertad, el abogado Mejía dijo que esta población está cumpliendo una pena solamente y esto no significa que los derechos básicos queden suprimidos por su condición de prisioneros”.

La indiferencia del Estado es clara, no se han creado estrategias útiles para dirimir la problemática, visitas a las prisiones han dejado en evidencia que el sistema carcelario lo supera la superpoblación ya que no se separan los procesados de los condenados aumentando la población, a esto se le suma que dentro de las cárceles se viven situaciones de criminalidad y violencia, que cometen delitos sin importar que están privados de la libertad y el INPEC también se ve inmerso en la corrupción ya que por entregar dinero a guardianes reciben diferentes beneficios e incluso pueden salir y entrar de las cárceles sin control alguno; periódicos nacionales han investigado sobre situaciones específicas donde directores de cárceles y empleados cobran sumas de dinero para que se les den ventajas y puedan cambiarse a mejores celdas con más comodidades; Por consiguiente, “Deben ser tratadas con el respeto que merece la dignidad propia de todo ser humano. En consecuencia, esas personas son

⁵ T-153 1998, Corte Constitucional, p. 1.

⁶ ACOSTA ARGOTE, Cristian, “El hacinamiento en las cárceles colombianas es de 20% a marzo según datos del Inpec”, *Ámbito Jurídico*, 2021, p. 2. <https://tinyurl.com/2p9kcka7>

titulares, en igualdad de condiciones, de los mismos derechos reconocidos a los demás miembros de la sociedad”.⁷

Las personas que se encuentran privadas de la libertad se tornan violentas en mayor proporción debido al aumento de población en los establecimientos que no están debidamente estructurados y las personas luchan a diario por tener un espacio mínimo para continuar con su vida. Como expone Robles,⁸ las malas condiciones en las plantas físicas carcelarias, y la falta de interés por parte del gobierno por mejorarla, no han sido beneficiosas para la población privada de libertad que tiene que vivir en malas condiciones sin ni siquiera tener un espacio mínimo para cumplir con su pena.

La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) crea estándares convencionales que buscan mejorar las falencias de los sistemas penitenciarios de la región, el Gobierno no ha tenido en cuenta todas estas preceptos interamericanos, si bien, los derechos humanos son inherentes para todas las personas se debe garantizar que también a las personas que perdieron su libertad cumplan sus penas bajo el pilar de la dignidad humana, la Constitución, la Ley 65 de 1993 y el Acuerdo 011 indican que todas las personas deben ser tratadas humanamente por sobre todo.

Del mismo modo, la acción de tutela en Colombia es un mecanismo que busca proteger los derechos de los individuos cuando estos sean vulnerados, en el caso específico de las personas que se encuentran privadas de la libertad en establecimientos penitenciarios que no cuentan con las condiciones necesarias para que un ser humano lo habite con dignidad y cumpla su pena, ellos podrían recurrir a este mecanismo ya que hubo acciones u omisiones por parte de la autoridad que no ha priorizado la vida de estas personas.

IV. GOBIERNOS DE COLOMBIA Y HACINAMIENTO CARCELARIO

En los gobiernos que ha tenido el país desde la Constitución Política de Colombia de 1991, para empezar el de César Gaviria de 1990-1994, en cuanto al hacinamiento penitenciario hubo un hacinamiento del 14% ya que habían 8483 internos en todos los Establecimientos Penitenciarios del país y la capacidad de los 178 centros penitenciarios que había era de

⁷ NIKKEN, pedro, “La Protección de los Derechos Humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista IIDH*, vol. 52, 2010, p. 5.

⁸ ROBLES ESCOBAR, odilie, “El Hacinamiento Carcelario y sus Consecuencias”, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, no. 3, 2011, p. 5. <https://bit.ly/3CxbGCv>

28.380 pero las personas que estaban privadas de la libertad eran 32.387, por ende, habían más de 4.007 seres humanos privados de la libertad en condiciones inhumanas. Para Mancipe⁹ cada periodo de gobierno de los presidentes de Colombia ha evidenciado ciertos avances o retrocesos en el tema del hacinamiento carcelario dejando en claro la gran sobrepoblación y la poca cantidad de cárceles que hay en el país; que además NO tiene condiciones mínimas para las personas que se encuentran allí reclusas, como se muestra a continuación:

En cuanto al Gobierno de Ernesto Samper que se dio de 1994-1998, se desarrollo la Ley 228 de 1995 “Estatuto de Seguridad Ciudadana”, aumento la población en las cárceles del país. Había un sobrecupo de 13.237 prisioneros el 45.3% evidenciando que la mayor parte era en la ciudad de Cali con el 234%, Medellín 228% y la cárcel la modelo en Bogotá con un 20%.

En el Gobierno de Andrés Pastrana para el periodo 1998-2002 el presidente electo inauguró dos nuevos pabellones en la cárcel del Distrito Judicial de “La Ternera” ubicada en la ciudad de Cartagena, mejorando de esta forma el hacinamiento junto con la creación de 16.540 nuevas plazas carcelarias.

En el gobierno de Álvaro Uribe Vélez se habrían dado 4.231 nuevos cupos sin embargo para el primer período del 2002-2006 hubo un hacinamiento de 7.763 internos, en el segundo período de mandato del expresidente se creó la Ley 1142 de 2007 que establecía aumentar las penas para ciertos delitos, esto aumento directamente el hacinamiento y restringió el beneficio que existía de detención domiciliaria y el sobrecupo fue de 62.320 internos.

Para el gobierno del expresidente Juan Manuel Santos aumento el cupo, pues según el Ministerio de Justicia aumento en 173,39%, había 137761 personas privadas de la libertad en condiciones inhumanas por el hacinamiento y para el 2016 el ministro de justicia Jorge Londoño decretó una emergencia carcelaria y había graves casos de personas que tenían afectaciones en su salud que es un derecho fundamental.

El Gobierno de Iván Duque Márquez en 2018 al 2021 dejo en evidencia que el hacinamiento había superado el 17%, las cárceles del país cuentan con una capacidad para

⁹ MANCIPE TRIVIÑO, Karen Angélica, *Hacinamiento Carcelario la vulneración de garantías procesales y derechos fundamentales para sindicados y condenados reclusos en una misma institución penitenciaria en Colombia*, Universidad la Gran Colombia, Bogotá D.C., 2016, p. 10. <https://tinyurl.com/yc7r7yuy>

recibir a 80.884 presos; sin embargo, actualmente hay un poco más de 97.700 personas privadas de la libertad, es decir, que existe una sobrepoblación de 16.000 internos.

Con lo anterior, se pudo evidenciar que desde el gobierno de César Gaviria en 1994 hasta el actual gobierno de Iván Duque, las cárceles en el país tienen grandes falencias en la infraestructura, ya que no hay suficientes para tantas personas privadas de la libertad, esto ha venido aumentando hasta este momento, la falta de políticas públicas, falta de inversión en infraestructura y fallas en el Sistema Penal son las principales causas de la falta de garantías de derechos humanos en cárceles del país, hay un populismo punitivo al expedir leyes para seguir privando a las personas de la libertad por delitos que podrían tener otras alternativas para el cumplimiento de la pena.

En el año 2021 y 2022 el hacinamiento en todo el territorio ha sido muy grave. “La causa del hacinamiento carcelario, hoy elevado a niveles sin precedentes, no es otra que el fracaso de la política criminal del Estado, incentivada por el populismo legislativo y punitivo y por la crisis de la justicia penal”.¹⁰

A lo largo de la historia el gobierno en Colombia ha tratado de que la situación en las cárceles del país mejore y la infraestructura fuera la adecuada. “Materializar la idea de la construcción de una infraestructura básica penitenciaria eficiente y alcance de las necesidades del Estado, máxime cuando se apuntaba hacia un sistema carcelario más seguro y humano.”¹¹

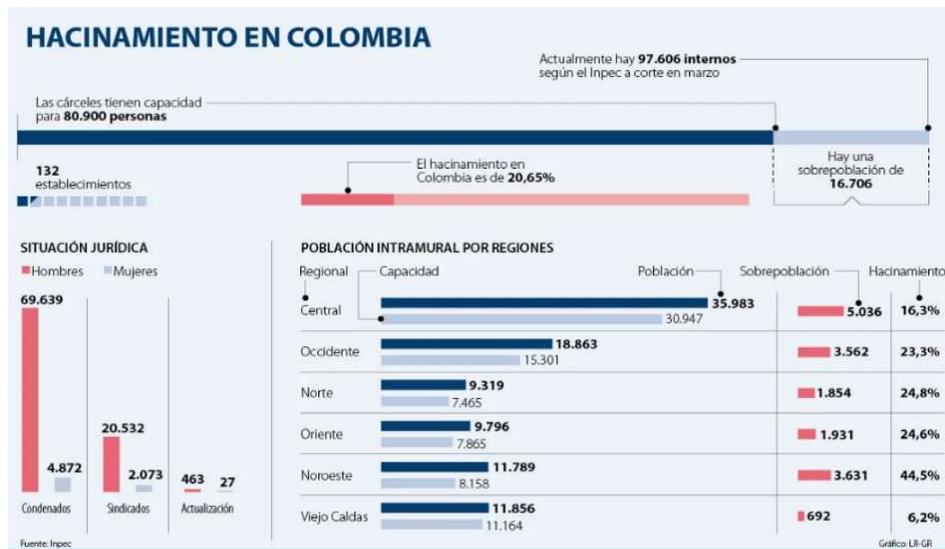
Es necesario que exista una política criminal donde el Estado encamine la misma en ver en primer lugar el delito como fenómeno social negativo y se analice a profundidad, para poder plantear estrategias de políticas sociales. El hacinamiento carcelario viola directamente derechos humanos esenciales de las personas privadas de la libertad “con caracteres de ser una práctica de tortura. No es una mera situación de incomodidad, sino que constituye aplicar una pena degradante e inhumana”.¹²

¹⁰ LOTERO TOLL, Manuela y CORREA SAHLI, Layla, “Hacinamiento Carcelario y Estado de Cosas Inconstitucionales”, *PANORAMA 2021*, p. 5. <https://bit.ly/3g330fP>

¹¹ MARQUEZ, José, “Estado Punitivo y Control Criminal. Cárceles, Prisiones y Penitenciarias en Colombia en el Siglo XIX”, *Revista Criminalidad*, vol. 55, no. 1, 2013, pp. 99-112. <https://tinyurl.com/2p8du463>

¹² ULLOA CORDERO, Jorge Arturo y ARAYA ÁLVAREZ, María José, “Hacinamiento Carcelario en Costa Rica: Revisión a los Derechos Humanos”, *Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica*, no. 8, 2016, pp. 16. <https://tinyurl.com/y79rwp5w>

Gráfica 1. Hacinamiento en Colombia



Fuente: ACOSTA ARGOTE, Cristian, *El hacinamiento en las cárceles colombianas es de 20% a marzo según datos del Inpec, 2021.* <https://tinyurl.com/2p9kcka7>

Como lo muestra la gráfica anterior, para el año 2021 en 132 establecimientos carcelarios que tienen capacidad para custodiar 80.900 personas, tenía 97.606 internos, esto quiere decir que había una sobrepoblación de 16.706 personas, dentro de esta cifra 69.639 son hombres CONDENADOS y 4872 son mujeres CONDENADAS, 20.532 corresponde a hombres SINDICADOS y 2073 a mujeres SINDICADAS; es claro que las cárceles ubicadas en las diferentes regiones del país; en TODAS se supera la capacidad con la población que habita estos espacios; que además no se encuentran bien dotados ni siquiera para cubrir las necesidades de las personas que podrían reeducar a los detenidos para lograr con el objetivo de la pena: la resocialización.

Gráfica 2. Hacinamiento en Colombia. Población intramural por regiones



Fuente: ACOSTA ARGOTE, Cristian, *El hacinamiento en las cárceles colombianas es de 20% a marzo según datos del Inpec*, 2021. <https://tinyurl.com/2p9kcka7>

La gráfica anterior muestra que a nivel central tiene una capacidad de 30.947, para el 2021 tenía una población de 35.983, teniendo un hacinamiento del 16,3%; en cuanto a la zona occidental, tiene una capacidad de 15.301 y la población era de 18.863 con un hacinamiento del 23,3%, la zona norte del país una capacidad de 7.465 y una población de 9.319 con un hacinamiento del 24,8%, el oriente del país contaba con una capacidad de 7.865 y tenía un hacinamiento del 24,6%, el noreste tenía una capacidad de 8.158% y un hacinamiento del 44,5% y en cuanto al Viejo Caldas podía recibir 11.164 y tenía un hacinamiento de 6,2%; lo anterior demuestra que en todas las zonas del país en distintas proporciones reflejaban un gran porcentaje de personas hacinadas que vivían en condiciones inhumanas superando el número que estos establecimientos podían soportar, además hay que tener en cuenta que para el año que se está cursando esto ha venido aumentando sin haber ninguna solución de fondo o alguna disminución en el número de superpoblación en los establecimientos carcelarios.

Las gráficas anteriores demuestran que durante el 2021 y 2022 se ha evidenciado una grave situación de hacinamiento en las cárceles del país, que representa un riesgo inminente para las personas que se encuentran privadas de la libertad en condiciones inhumanas; desatendidas totalmente por el Estado, quien no ha sido garante de la protección de sus derechos inherentes al ser; sin importar las causas que los hayan llevado a estar reclusos en estos Establecimientos Penitenciarios, pues debido al populismo punitivo que hay en Colombia hay un aumento en los reos que se cree que por cualquier delito deben ir a una cárcel aumentando así los cupos que se tienen allí.

Este tipo de gráficas ayudan a ampliar la información frente a la problemática del hacinamiento que se vive a nivel nacional por cada género y en cada región específica, pudiendo ser más claro, para que el lector entienda con cifras reales y mediciones específicas el tema.

Además, según Robbins,¹³ en el artículo de la revista *InSight Crime*; las cárceles del país viven una gran corrupción en la que caciques “gobiernan” y crean sus propias leyes, permitiendo la entrada de diferentes elementos y controlando los patios, extorsionando a las personas que se encuentran privadas de la libertad, sin existir ningún control por parte del INPEC que incluso no tiene acceso a estas zonas.

El aumento de delitos y penas hace que más personas tengan que estar privadas de la libertad, del mismo modo, los requisitos para que apliquen beneficios penitenciarios exigen mucho y se limita la posibilidad de acceder a subrogados dispuestos por la ley como la prisión domiciliaria o la suspensión condicional de la pena.

El hacinamiento en las cárceles es con frecuencia el resultado de la demora en las investigaciones, el limitado uso de las disposiciones de puesta en libertad en espera de juicio, los escasos recursos disponibles y la ausencia o el uso restringido de procedimientos sumarios. La falta de cooperación entre los organismos de la justicia penal, tales como la policía, el ministerio público y los tribunales, agravada en algunos casos por el reducido intercambio de información.¹⁴

¹³ ROBBINS, Seth, “Corrupción Carcelaria e Colombia es Sistemática e Involucra a Altos funcionarios”, *InSight Crime*, 2019, p. 2. <https://tinyurl.com/yk5x96wh>

¹⁴ TRUJILLO, Carlos, Hacinamiento carcelario y su relación con los programas de reinserción social de los internos del establecimiento penitenciario de Tarapoto, Tesis de grado, Universidad Cesar Vallejo, Perú, 2017, p. 24. <https://bit.ly/3SXVVfb>

En la sentencia C-646 del 2001 y por definición de la Corte Constitucional y de la Comisión Asesora de Política Criminal, la política criminal está asociada con tres formas de criminalización; según Córdoba Ríos:¹⁵

- Criminalización primaria: Define un comportamiento como delito, es decir, es el momento de definición legislativa de los delitos y las penas.¹⁶
- Criminalización secundaria: Corresponde a la determinación de un individuo como responsable de un crimen ya establecido por la ley, que es el problema de la judicialización o investigación criminal de los hechos punibles.
- Criminalización terciaria: Corresponde a la ejecución y cumplimiento de la sanción penal por parte de una persona declarada responsable de un crimen, que es la fase de ejecución penitenciaria.

Muchos internos han perdido la vida durante el cumplimiento de la pena porque el Estado no ha sido garante de que puedan acceder a un adecuado sistema de salud, no pueden acudir a un médico a tiempo, ni a los tratamientos y procedimientos que requieren, no hay medicamentos y las personas mueren esperando atención médica, por lo que es indispensable que se garantice que las personas puedan vivir dignamente y que sus enfermedades y dolores sean atendidos adecuadamente.

Los organismos de Control del Estado deben mantener mayor vigilancia sobre el cumplimiento eficaz de las acciones desarrolladas por el estado colombiano frente al tema carcelario y penitenciario y que la posición de garante del estado y sus distintos organismos cumplan con los fines esenciales del estado, frente a la población carcelaria colombiana.¹⁷

Los establecimientos carcelarios deben estar adecuados para que los reclusos habiten en condiciones dignas, que cuenten con infraestructura adecuada y al mismo tiempo que se busquen alternativas para que cambie la política criminal del país y se dejen de llenar cárceles al punto que no haya suficiente espacio para vivir con dignidad.

¹⁵ Cfr. CORDOBA, Yenny, *El Principio de oportunidad frente a las víctimas en el Sistema Penal Colombiano*, trabajo de especialización, Universidad Santo Tomás, Colombia, 2020. <https://bit.ly/3CBs0m6>

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ OSORIO, Luis Eduardo, LOPERA, Hernán y RIOS, Melissa, “Hacinamiento Carcelario en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Sevilla, Valle del Cauca, *Revista de Investigaciones Inciso*, vol. 14, 2012, p. 16. <https://revistas.ugca.edu.co/index.php/inciso/article/view/202>

En la Sentencia T-049/2016, el M.P. Jorge Iván Palacio afirma que:

*Los derechos de las personas privadas de la libertad son universales. Sin importar cuál haya sido su crimen o su falta, son seres humanos, y, por ese sólo hecho, la sociedad está comprometida con su defensa. Los derechos fundamentales son universales, de toda persona. Es una posición moral que refleja la decisión social, consagrada por el Constituyente, de respetar el valor intrínseco de todo ser humano. Su dignidad. Es precisamente una de las razones por las que es legítimo sancionar con penas privativas de la libertad a quien comete un crimen: el no haber respetado la dignidad y el valor intrínseco de la víctima a la cual se ofendió y violentó. La sociedad, se diferencia, precisamente, porque no hace lo mismo; no instrumentaliza a ningún ser humano, le reconoce su valor propio; el ser fin en sí mismo. Toda persona vale, a plenitud, en un estado social y democrático de derecho. Los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad son **indivisibles**. Todos los derechos, sin importar su tipo, son inherentes a la dignidad de todo ser humano. Negar un derecho, necesariamente, tendrá impacto negativo en los otros; por eso, no pueden existir jerarquías entre ellos. Todos son importantes, todos deben ser respetados, protegidos y garantizados. La cárcel evidencia esa situación. Las negaciones a unos derechos básicos de las personas en prisión, implican, necesariamente afectar la dignidad de la persona y, con ello, el sentido y la protección de los demás derechos. Los derechos fundamentales representan un todo; diversas facetas de una misma protección al ser humano. Los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad son **interrelacionados e interdependientes**. Unos dependen de otros. Esto es, además de ser indivisibles y formar un todo de protección, los derechos fundamentales dependen unos de otros. El dejar de proteger el derecho a la alimentación, además de afectar a la dignidad humana, puede traer otras violaciones como afectar la salud, la integridad e incluso la vida. La imposibilidad de educación y de acceso a la justicia, puede desembocar en restricciones ilegítimas e injustificadas a la libertad (por*

*ejemplo, un preso que por no saber leer y por falta de información y de acceso a la justicia, no sabe que tiene derecho a salir de la cárcel desde hace un tiempo).*¹⁸

Lo anterior significa que a pesar de que una persona sea privada de la libertad, afectar derechos como la salud, educación, acceso a la justicia entre otros, van en contra de la Constitución y Declaraciones de Derechos Humanos. “Consecuencias tales como la proliferación de enfermedades infecto-contagiosas, falta de abastecimiento de la alimentación, atención médico-psicológica, que constituye derechos reconocidos y amparados por la constitución, tratados internacionales los cuales al no cumplirse estaríamos ante una evidente inaplicación de las reglas mínimas de los reclusos”.¹⁹

V. TRATAMIENTO DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

Los elementos más importantes y principios de un buen Sistema Penitenciario en cuanto a la Administración General de los Establecimientos Carcelarios sin importar si están en prisión preventiva o condenados, no deben tener una diferenciación en razón a raza, color, sexo, religión, lengua, opinión, política o cualquier otro motivo.

Debe haber un registro de cada persona que ingresa a estos lugares, que indique su identidad, motivos de la detención y autoridad competente que lo dispuso, fecha de su ingreso, además es claro que ninguna persona puede ser detenida sin una orden valida que cumpla con los requisitos de ley.

En el mismo sentido, hay que velar por la dignidad humana del interno de forma integral ya que, según Arias²⁰ “impiden que los internos tengan un tratamiento digno como la posibilidad de disfrutar de aire sano, de desarrollar cualquier tipo de actividad deportiva e incluso de recibir a sus familias en visitas de una manera digna y adecuada”.

Uno de los grandes problemas es que el hacinamiento y la falta de cárceles con una estructura suficiente, hace que personas detenidas en prisión preventiva deben estar

¹⁸ Sentencia T-049/16, Corte Constitucional. (Jorge Iván Palacio M.P), p.2. <https://bit.ly/3Mq9u4t>

¹⁹ MOLLEHUANCA, Ronny y SANTAMARIA, Enrique, *Hacinamiento Carcelario y Políticas de Tratamiento Penitenciario de los Reclusos en Lima*, Perú, 2018, p. 17. <https://bit.ly/3g7yIIA>

²⁰ ARIAS VELÁSQUEZ, Fernando Augusto, *Hacinamiento Carcelario, Problema Legislativo o de Infraestructura*, Universidad Militar Nueva Granada, p. 6. <https://tinyurl.com/2p8zdejb>

separados de los condenados, en teoría no se debería permitir que por celda según el espacio la ocupen más de 2 reclusos, sin embargo en Colombia no tienen ni siquiera un espacio mínimo de 2 metros, tienen que dormir en el piso y ni siquiera con una colchoneta, muchos duermen sentados y los que logran tener un lugar “digno” lo consiguen por medio de sus posibilidades económicas y la corrupción, ofreciendo sumas de dinero a guardines del INPEC; quienes permiten que tengan comodidades.

Estos lugares deben contar con condiciones de higiene, adaptados al clima, volumen de aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación, deben haber ventanas suficientemente grandes para que puedan leer y trabajar con luz natural o bien sea suficiente luz artificial, debe tener condiciones sanitarias adecuadas para que puedan satisfacer sus necesidades naturales oportunamente de forma aseada y decente, debe haber agua para que puedan asearse y deben proveer artículos de aseo indispensables para su salud y limpieza, deben recibir en horas adecuadas alimentación de buena calidad, bien preparada y servida que los nutra, deben poder ejercitarse y así poder tener un buen estado físico y mejorar su estado mental por medio de terrenos, instalaciones y equipo necesario; cada establecimiento carcelario debe contar con un servicio médico calificado que también tenga conocimientos psiquiátricos si se requiere en caso de haber casos de enfermedades mentales, también se debe poder trasladar enfermos si algún caso particular lo requiere, el personal debe tener suficiente conocimiento para atender cualquier situación que se presente, deben haber dentistas, en el caso de las mujeres debe haber un tratamiento especial médico a todas las que se encuentran embarazadas para proteger el *nasciturus* y la madre, debe también haber guarderías infantiles con personal calificado, los reclusos podrán informarse sobre sus derechos y obligaciones y podrán presentar quejas al director del establecimiento o al funcionario autorizado para representarle, pueden comunicarse con el mundo exterior bajo vigilancia y en los periodos determinados, los establecimientos deben contar con bibliotecas con libros instructivos y recreativos, el personal de las prisiones debe estar capacitado y educado para influir positivamente en los reclusos. “Los colombianos hemos marcado a los reclusos a través del olvido, desentendiéndonos de sus necesidades, de sus problemas y de su

seguridad, y los encomendamos a una institución que se declara abiertamente incapaz de sostenerlos dignamente”.²¹

Es primordial priorizar la salud de las personas reclusas en establecimientos penitenciarios, por ejemplo, para López, *et. al.*,²² se evidencia que según estudios cuando hay menor hacinamiento el Estado puede velar porque exista mayor equidad en la atención a salud frente a los lugares que tienen un mayor hacinamiento. El tratamiento de los condenados actualmente genera “El crecimiento de la violencia, violación a derechos fundamentales y el tratamiento de índole paliativo ofrecido por parte de la administración de justicia”.²³ A una pena o medida privativa de la libertad debe inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo y no de actividades ilegales, deben fomentar en ellos el respeto por sí mismos y por los demás y desarrollar el sentido de responsabilidad.

VI. ALTERNATIVAS

Para poder cumplir con el fin de la pena que es la resocialización se podría recurrir a la religión, para las personas que sean creyentes ya que esto puede influir positivamente en su mentalidad y comportamiento.

Se deben educar e instruir por profesionales, y buscar medios adecuados para que cada persona pueda entender y comprender sin importar su condición, enfermedad o alguna discapacidad, también se deben formar profesionalmente y asesoramiento relativo al empleo.

Todas las personas condenadas deben trabajar teniendo en cuenta sus cualidades físicas y mentales, se debe dar un trabajo productivo que los ocupe durante una jornada del día, se debe dar formación profesional con oficios útiles que aporten al desarrollo adecuado de su vida cuando sean liberados, del mismo modo cada día de trabajo podrán beneficiarse para disminuir la pena proporcionalmente como lo dice la ley.

²¹ ARCOS-TROYANO, Jeffrey, “Hacinamiento carcelario: reflexiones críticas en el constitucionalismo colombiano”, *Pensamiento Jurídico*, no. 49, 2019, p. 7. <https://tinyurl.com/mr2ymcey>

²² Cfr. LÓPEZ, Marta, ULLOA, Adriana, ESCOBAR, Fabio, “Tuberculosis y hacinamiento carcelario desde la perspectiva de las inequidades sociales en salud en Colombia, 2018”, *Revista del Instituto Nacional de Salud*, no. 1, vol. 42, 2022. <https://tinyurl.com/5n974jva>

²³ Cfr. ROBLES ESCOBAR, Oscar, “El hacinamiento carcelario y sus consecuencias”, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, no. 3, 2011. <https://bit.ly/3CxbGCv>

Para el bienestar físico y mental de los reclusos se organizarán actividades recreativas y culturales en todos los establecimientos, se debe velar porque se mantengan y mejoren las relaciones familiares si es que el recluso tiene familia y si son convenientes para ambas partes según el caso.

Como lo decía el señor Fernando Luna²⁴ en su trabajo investigativo, hay distintos tipos de criminales en Colombia y hay que tener en cuenta diferentes factores para “clasificarlos” según el delito, *modus operandi* y número de personas que participan en la comisión, el gobierno Colombiano por medio de las entidades competentes debería hacer un análisis del delito cometido y la pena que se debe imponer ya que del mismo modo, esto ayudaría a que exista una reducción en el hacinamiento recurriendo a otras modalidades para que cumplan con una sanción que redima el comportamiento que fue en contra de la ley sin necesidad de aumentar la población carcelaria y enfocando estas sanciones a algo que aporte a la sociedad y no sea un gasto más.

Del mismo modo, sería importante que se valore cada caso particular de los reclusos para evaluar si es o no posible que accedan a la prisión domiciliaria teniendo condiciones especiales para el cumplimiento de su pena. “Es posible considerar a la libertad condicional como una de aquellas instituciones liberadoras, cuyo objetivo es claramente mejorar la situación de los condenados”.²⁵

Para mejorar el hacinamiento debería reformarse la política criminal ya que la actual tiene un gran populismo punitivo en que hay demasiados delitos con penas privativas de la libertad, el Estado debe tener alternativas que permitan que por ciertos delitos que no son tan graves y no requieran de ser reclusos en cárceles puedan cumplir sus penas por otros medios que puedan aportar positivamente a la sociedad y al afectado directamente sin aumentar la población carcelaria, del mismo modo, debe haber una reestructuración de las cárceles con lugares apropiados y espacios suficientes para que puedan vivir dignamente. Según Gómez,²⁶

²⁴ Cfr. LUNA CASTRO, Juan Fernando, *Responsabilidad de los miembros de las “bandas criminales”: ¿por ejecución de delitos ordinarios cometidos en tiempos de guerra o por comisión de crímenes de guerra?*, trabajo de magister, Universidad Nacional de Colombia, Colombia, 2017. <https://tinyurl.com/272585mww>

²⁵ HERNANDEZ, Norberto, ARCHILA, Juliana, “Subrogados y Hacinamiento Carcelario. Respuesta del legislador del año 2014 frente a la situación carcelaria en Colombia”, *Misión Jurídica Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, no. 9, vol. 8, 2015, p. 7. <https://tinyurl.com/4bd6ynvc>

²⁶ Cfr. GOMEZ FORERO, Fernando, “Alternativas para superar el Hacinamiento Carcelario en Colombia con Enfoque en Derechos Humanos”, *Criterio Jurídico Garantista*, no. 13, vol. 8, 2015 <https://tinyurl.com/4dyezurb>

las leyes de Colombia deben tener en cuenta algo “macro”; el tratamiento triple de la política criminal (Prevención- Represión- Resocialización) y algo “micro” que se trata sobre los establecimientos penitenciarios donde se dicten parámetros específicos sobre como deben ser tratados los reclusos.

VII. ALTERNATIVAS INNOVADORAS PARA MEJORAR LOS PROBLEMAS DE LAS CÁRCELES DEL PAÍS

Actualmente en muchos Centros Penitenciarios, se cultiva y se incentiva el sector agropecuario, sin embargo, esto debería ampliarse con más adaptaciones de lugares que cuenten con la infraestructura necesaria para la agricultura.

Del mismo modo y teniendo en cuenta lo anterior, debería impulsarse la siembra de sus propios alimentos para poder subsistir por sí mismo/as, y la creación de emprendimientos dentro del penal para que por medio de la creación de nuevos productos puedan impulsar el comercio dentro y fuera del mismo, enlazando esto con fundaciones como “Segundas Oportunidades” de la Sra. Johana Bahamón que muestran la realidad de las personas pospenadas, que salen de cumplir su pena y no tienen oportunidades laborales, esto puede manejarse dentro y fuera de la cárcel para que puedan tener conocimientos que les permitan crear sus propias empresas o que empresas externas les permitan trabajar sin discriminarlos por medio de lo aprendido haciendo productos u ofreciendo algún servicio útil.

Recurrir a la medicina alternativa, estudios científicos nuevos han demostrado que el uso de productos naturales son útiles en terapias para tratar enfermedades mentales y físicas; como dolores muy fuertes por enfermedades... Tales como el cánnabis medicinal (CBD), hongos medicinales y plantas como manzanilla, perejil, caléndula, aloe vera, ajo, eucalipto, pasiflora, amapola, apio, ruda, peyote; entre tantos productos que a lo largo de la historia y tradiciones; la naturaleza, le ha brindado a la humanidad para mejorar problemas y dolores e incluso de los animales; basándome en lo anterior por medio del aprendizaje de técnicas e investigaciones que pueden aportar positivamente a replantearse la idea errónea que se ha tenido a lo largo de la historia, frente al uso de ciertos productos para usarlos para bien en sus propias vidas y en la de los demás, volviendo esto un negocio rentable y actual, ayudando

a la crisis de salud que hay en las cárceles e impulsando la educación y el trabajo en nuevas ideas y métodos que se están tomando en el mercado mundial.²⁷

VIII. CONCLUSIONES

Este trabajo busca por medio de investigaciones y referencias veraces, mostrar la gran problemática de sobrepoblación que hay en las cárceles de Colombia donde la capacidad de los penales es superada por el número de reclusos que habitan en ellas.

Es deber del Estado velar porque todas las personas que habitan el territorio colombiano se les respete su vida y dignidad, sin importar si se encuentran privadas de la libertad.

Debe verificarse el número de cárceles que hay y las condiciones de las mismas ya que el número de prisioneros supera la capacidad, debe crearse lugares adaptados especialmente para cubrir esta problemática en condiciones aptas.

Se debe poner por encima los derechos humanos y básicos de toda persona y no debe reprimirse al reo por su condición, respetando y velando por el cumplimiento de los mismos.

Debe ampliarse la atención médica que actualmente existe en las prisiones ya que muchas personas requieren de tratamientos y medicamentos especiales para subsistir y debido a la sobrepoblación y la desatención estatal no están accediendo a un sistema de salud adecuado.

Sin importar la condición de cualquier individuo se debe dar un trato digno, en el caso de las personas privadas de la libertad independiente de que hayan cometido determinado delito y hayan perdido ciertos derechos, el estado debe ser garante de que cumplan las penas impuestas en condiciones humanas para que efectúen el propósito de la resocialización.

Hay una gran problemática en la corrupción del INPEC quien se encarga de ejercer la inspección y vigilancia de los centros de reclusión de los departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas, a cambio de altas sumas de dinero, que dan a los reclusos beneficios como mejores celdas, tener armas, drogas, alcohol, celulares y demás artículos prohibidos e incluso dejarlos salir y entrar a la prisión como si no estuvieran cumpliendo una pena.

²⁷ Nota: para ampliar la idea dada anteriormente véase: <https://bit.ly/3rPquHJ>, <https://bit.ly/3sa72WF>, <https://bit.ly/3MtAsZ0> y <https://bit.ly/3CBsOaC>

Debe tenerse en cuenta el aumento progresivo de cada gobernante en el periodo de gobierno, y verificar que estrategias usaron para no recurrir a las mismas que son obsoletas y tomar las mejores ideas y nuevos planteamientos para poder mejorar esta situación que va en contra de los derechos humanos.

Se deben establecer políticas públicas enfocadas a educar en torno a los derechos humanos a los funcionarios que tienen a su cargo custodiar a las personas privadas de la libertad y también a los reclusos para que conozcan sus derechos y los recursos a los que pueden acudir en caso de ser vulnerados.

Se debe prevenir la comisión del delito, castigar adecuadamente a las personas que vayan en contra de la ley y que dentro de las cárceles existan métodos para que las personas puedan reintegrarse a la sociedad por medio de educación, formas de trabajo y humanización.

Las cárceles de población femenina deben tener una especial atención y mejorar las condiciones para las madres que en muchas ocasiones deben tener a sus hijos en estos centros penitenciarios, atendiendo a las necesidades de salud física y psicológica de cada una así como de los menores.

Se debe concientizar a la ciudadanía para ser más humanos frente a los reclusos, ya que ellos no deben ser marginados, pues esto aportaría a que se reintegren positivamente a la sociedad y puedan contribuir desde las actividades que desempeñen.

Los jueces y entes de investigación deben estar prestos para atender los requerimientos de las personas privadas de la libertad que, por medio de tutelas, derechos de petición u otros mecanismos requieren atención especial y urgente de las autoridades.

IX. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Doctrina

ARIAS VELÁSQUEZ, Fernando Augusto, *Hacinamiento Carcelario, Problema Legislativo o de Infraestructura*, trabajo de especialización, Universidad Militar Nueva Granada, 2013. <https://tinyurl.com/2p8zdejb>

CORDOBA, Yenny, *El Principio de Oportunidad frente a las Víctimas en el Sistema Penal Colombiano*, trabajo de especialización, Universidad Santo Tomas, Universidad Santo Tomas, Colombia, 2020. <https://bit.ly/3CBs0m6>

- LOTERO TOLL, Manuela y CORREA SAHLI, Layla, “Hacinamiento Carcelario y Estado de Cosas Inconstitucionales”, *PANORAMA* 2021. <https://bit.ly/3g330fP>
- LUNA CASTRO, Juan Fernando, *Responsabilidad de los miembros de las “bandas criminales”: ¿por ejecución de delitos ordinarios cometidos en tiempos de guerra o por comisión de crímenes de guerra?*, trabajo de magister, Universidad Nacional de Colombia, Colombia, 2017. <https://tinyurl.com/272585mw>
- MANCIPE TRIVIÑO, Karen Angélica, *Hacinamiento Carcelario la vulneración de garantías procesales y derechos fundamentales para sindicados y condenados reclusos en una misma institución penitenciaria en Colombia*, Universidad la Gran Colombia, Bogotá D.C., 2016. <https://tinyurl.com/yc7r7yuy>
- MOLLEHUANCA, Ronny y SANTAMARIA, Enrique, *Hacinamiento Carcelario y Políticas de Tratamiento Penitenciario de los Reclusos en Lima*, tesis de pregrado, Uni Perú, 2018. <https://bit.ly/3g7yIIA>
- Protección de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad, Biblioteca Conjunta Corte Internacional de Derechos Humanos, 2008. <https://bit.ly/3rQYa81>
- TRUJILLO, Carlos, *Hacinamiento carcelario y su relación con los programas de reinserción social de los internos del establecimiento penitenciario de Tarapoto*, Tesis de grado, Universidad Cesar Vallejo, Perú, 2017, p. 24. <https://bit.ly/3SXVVfb>

Hemerografía

- ACOSTA ARGOTE, Cristian, “El hacinamiento en las cárceles colombianas es de 20% a marzo según datos del Inpec”, *Ámbito Jurídico*, 2021. <https://tinyurl.com/2p9kcka7>
- ARCOS-TROYANO, Jeffrey, “Hacinamiento carcelario: reflexiones críticas en el constitucionalismo colombiano”, *Pensamiento Jurídico*, no. 49, 2019, p. 7. <https://tinyurl.com/mr2ymcey>
- GOMEZ FORERO, Fernando, “Alternativas para superar el Hacinamiento Carcelario en Colombia con Enfoque en Derechos Humanos”, *Criterio Jurídico Garantista*, no. 13, vol. 8, 2015. <https://tinyurl.com/4dyezurb>
- HERNANDEZ, Norberto, ARCHILA, Juliana, “Subrogados y Hacinamiento Carcelario. Respuesta del legislador del año 2014 frente a la situación carcelaria en Colombia”,

- Misión Jurídica Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, no. 9, vol. 8, 2015, p. 7.
<https://tinyurl.com/4bd6ynvc>
- LÓPEZ, Marta, ULLOA, Adriana, ESCOBAR, Fabio, “Tuberculosis y hacinamiento carcelario desde la perspectiva de las inequidades sociales en salud en Colombia, 2018”, *Revista del Instituto Nacional de Salud*, no. 1, vol. 42, 2022.
<https://tinyurl.com/5n974jva>
- MARQUEZ, José, “Estado Punitivo y Control Criminal. Cárceles, Prisiones y Penitenciarias en Colombia en el Siglo XIX”, *Revista Criminalidad*, vol. 55, no. 1, 2013, pp. 99-112. <https://tinyurl.com/2p8du463>
- NIKKEN, pedro, “La Protección de los Derechos Humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista IIDH*, vol. 52, 2010.
- OSORIO, Luis Eduardo, LOPERA, Hernán y RIOS, Melissa, “Hacinamiento Carcelario en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Sevilla, Valle del Cauca, *Revista de Investigaciones Inciso*, vol. 14, 2012, p. 16.
<https://revistas.ugca.edu.co/index.php/inciso/article/view/202>
- ROBLES ESCOBAR, odilie, “El Hacinamiento Carcelario y sus Consecuencias”, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, no. 3, 2011, p. 5. <https://bit.ly/3CxbGCv>
- ULLOA CORDERO, Jorge Arturo y ARAYA ÁLVAREZ, María José, “Hacinamiento Carcelario en Costa Rica: Revisión a los Derechos Humanos”, *Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica*, no. 8, 2016, pp. 1-32. <https://tinyurl.com/y79rwp5w>

Legisgrafía

- Asamblea General “Declaración Universal De Los Derechos Humanos”, 1948.
<https://bit.ly/3EA1s75>
- Constitución Política de Colombia, 1991. <https://bit.ly/3Tj0Mr2>
- Declaración Pública de Respeto por los Derechos Humanos, 2018. <https://bit.ly/3Mw5Beu>
- Ministerio de Justicia y del Derecho. Observatorio Política Criminal, 2016.
<https://bit.ly/3ED3I2P>
- Young P. Dignidad y Derechos Humanos, 2020. <https://bit.ly/3EyRK1z>

Jurisprudencia colombiana

Sentencia C- 646/01. Corte Constitucional. (Manuel José Cepeda Espinosa M.P).

<https://bit.ly/3MroZsO>

Sentencia T-049/16, Corte Constitucional. (Jorge Iván Palacio M.P). <https://bit.ly/3Mq9u4t>

Sentencia T-153/98. Corte Constitucional (Cifuentes Muñoz M.P). <https://bit.ly/3Cwme1C>

Páginas de Internet

MORENO, César Alberto y MAHECHA, Jael, “La crisis carcelaria y los 'presos sin condena””, *Semana*, 2012. <https://bit.ly/3rUoyhn>

ROBBINS, Seth, “*Corrupción Carcelaria e Colombia es Sistemática e Involucra a Altos funcionarios*”, *Insight Crime*, 2019, p. 2. <https://tinyurl.com/yk5x96wh>



LAS PERSONAS MORALES PRIVADAS COMO SUJETOS OBLIGADOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS¹

Eduardo DACASA LÓPEZ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El orden normativo estatal.* III. *Persona y personalidad jurídica.* IV. *La persona jurídica y los derechos humanos.* V. *Evolución del concepto de derechos del gobernado al reconocimiento de los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano.* VI. *Consideraciones sobre las obligaciones de las personas morales en materia de derechos humanos.* VII. *Diversos planteamientos a manera de conclusión.* VIII. *Bibliografía.*

Resumen: Las circunstancias actuales representan un enorme reto para la capacidad de adaptabilidad de los órdenes normativos para adaptarse a las imperiosas necesidades que se están generando en razón de los cambios que se producen en la sociedad de manera acelerada, el sistema jurídico en todas sus áreas, particularmente en materia de derechos humanos, debe de enfrentar estas exigencias adecuando sus mecanismos y desarrollando en su máxima expresión su capacidad de percibir dichos cambios, regularlos y ordenarlos en razón de los intereses sociales y humanos. Las personas morales de carácter privado, con sus actuaciones y en sus actividades, desempeñan un papel fundamental en la conformación de una estructura

¹ Trabajo recibido el 1 de julio de 2022 y aprobado el 27 de agosto de 2022.

* Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho, Universidad La Salle. Especialidades en Derecho Económico y Corporativo y la especialidad de Derecho Financiero y Comercial Internacionales por la Facultad de Derecho Universidad Panamericana. Maestro en Derecho con Especialidad en Derecho Empresarial. Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Marista. Diplomados en Introducción al estudio de los Juicios Orales en la CDMX, impartido por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, Instituto de Investigaciones Parlamentarias, y el Diplomado en Cultura Ética de la Información por la Universidad La Salle. Contacto: eduardo.dacasa@lasallistas.org.mx

social y jurídica que garantice la tutela y ejercicio de los derechos fundamentales del hombre, su actuación se debe traducir en eficientar los mecanismos de garantía de su ejercicio, traduciéndose en su aplicación efectiva en los ámbitos más comunes de la vida del hombre en la sociedad.

Palabras clave: bloque de constitucionalidad, gobernanza, ingeniería constitucional, interpretación conforme, principio de progresividad.

Abstract: The current circumstances represent an enormous challenge for the capacity of adaptability of the normative orders to adapt to the urgent needs that are being generated due to the changes that are produced in society in an accelerated way, the legal system in all its areas, particularly In terms of human rights, it must face these demands by adapting its mechanisms and developing its capacity to perceive such changes, regulate and order them to the fullest in terms of social and human interests. Private legal entities, with their actions and activities, play a fundamental role in the formation of a social and legal structure that guarantees the protection and exercise of fundamental human rights, their actions must translate into making the mechanisms more efficient. guarantee of its exercise, translating into its effective application in the most common areas of human life in society.

Keywords: Constitutionality block, governance, constitutional engineering, conforming interpretation, principle of progressivity.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo analizamos la figura de las personas morales privadas como sujetos obligados en materia de derechos humanos, partimos de plantear la evolución y adaptabilidad necesaria del orden normativo, continuando con el desarrollo del concepto de persona y personalidad jurídica como condición necesaria en el orden jurídico, continuando con la delimitación de la condición de persona en materia de derechos humanos, para posteriormente realizar el estudio de la evolución del sistema jurídico mexicano desde la consideración del concepto de derechos del gobernado al reconocimiento de los derechos humanos y la condición de las personas morales privadas, para partiendo de ese estudio

plantear las obligaciones de las personas morales en el ámbito de las disposiciones normativas mexicanas e internacionales, finalizando con unos planteamientos a modo de conclusiones del presente trabajo.

II. EL ORDEN NORMATIVO ESTATAL

Ubi jus ibi societas, ubi societas ibi jus, este aforismo del derecho refleja con prístina claridad la realidad del orden normativo del Estado; no podemos entender la existencia de una sociedad humana sin la presencia de un orden normativo que normatiza las múltiples y variadas relaciones que se generarán en su seno, ni por su parte podemos entender la existencia de un orden jurídico sí no es atendiendo a su adaptación a la realidad social que lo genera.

La causa final del orden normativo, como afirma el maestro Burgoa, consiste en regular las diversas relaciones que se presentan como resultado de la convivencia humana, lo cual se traduce en un orden imperativo y coercitivo que debe expresar constantemente los cambios sociales regulando las relaciones de los hombres y el juego de intereses que estas generan.

Como señalamos, el orden normativo debe de atender a los fenómenos y evolución de la sociedad, en este sentido el maestro Francisco Weffort, al referirse a los efectos de los movimientos sociales en la restructuración de la política y el Estado, distingue como algo típico de los movimientos sociales en los países modernos, que las minorías reivindican el reconocimiento de nuevas dimensiones de la dignidad humana.

Desde la perspectiva de la gobernanza el objetivo primario del sistema político de todo Estado moderno es el promover el imperio de la ley junto con la participación ciudadana que generen la funcionalidad de la actividad gubernamental, valiéndose de la construcción de instituciones que garanticen la consecución de los objetivos del Estado buscando generar el bienestar, la seguridad, la certidumbre y el orden público, condiciones que terminarán resultando en el desarrollo económico y social de esa comunidad política.

El maestro Enrique Suarez Iñiguez al referirse a la obra de Karl Popper en cuanto a la oposición de la sociedad cerrada definida por la falta de libertad y democracia frente a lo que denomina la sociedad abierta señala que “La sociedad abierta, en cambio, está basada en

los valores de la libertad, igualdad, humanidad y razonabilidad y está a favor de las instituciones”.²

Se ha instaurado un principio de filosofía política y moral según el cual el individuo tiene derecho pleno a la libertad, asumiendo una responsabilidad para con la sociedad en la búsqueda del orden y la equidad social, siendo que desde la perspectiva del liberalismo social se opone a la restricción de la actividad estatal propuesta por el neoliberalismo, pugnando por redimensionar el papel de la ciudadanía y los derechos humanos en la búsqueda de la reforma del Estado.

Cuando nos referimos a las figuras de Estado regulador y de Estado garante, lo hacemos refiriéndonos a dos funciones diversas del Estado que se complementan, siendo que por regulación entendemos una función pública que establezca la intervención de las instituciones con una determinada intencionalidad, en tanto que el concepto de Estado garante se refiere a la búsqueda de la eficiencia de las intervenciones de la autoridad en cumplimiento de los propósitos de aquellas, atendiendo a la calidad regulatoria, la adecuada organización y la legitimidad de las decisiones.

Como sostiene Castellanos Goût “El breviarío del Estado de Derecho es -debe ser- la Constitución inspirada en la “moral social”, de la que se nutran sus dogmas; los cuales en el caso de México, como en la mayoría de los Estados democráticos, están asociados a la garantía de los derechos humanos en su proposición más desenvuelta, en cuya realización está la “razón” de Estado”.³

Siguiendo el planteamiento de nuestro autor, partimos de considerar que las garantías individuales no solamente implican derechos subjetivos de sus titulares, sino que, necesariamente se refieren también a obligaciones y principios que limitan la actuación del Estado en cualquier situación y ante cualquier sujeto de forma indeterminada, siendo que igualmente obligan a los organismos paraestatales.

Los cambios sociales implican necesariamente modificaciones evolutivas del orden normativo, imponiendo al Estado la obligación de adecuar las instituciones y su regulación a

² SUÁREZ IÑIGUEZ, Enrique, *De los clásicos políticos. Las ciencias sociales*, Segunda década, tercera edición, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México y Miguel Ángel Porrúa, México, 2001, p. 245.

³ CASTELLANOS GOÛT, Milton Emilio, *Del Estado de Derecho al Estado de justicia*, Segunda edición, Universidad Autónoma de Baja California y Porrúa, México, 2009, p. 9.

las nuevas condiciones que impone la sociedad, modificando las dimensiones y objetivos de su actividad.

Siguiendo los planteamientos de Giovanni Sartori, la ingeniería constitucional es un término que surge en el S. XVIII como resultado de la elaboración de la Constitución de los Estados Unidos de Norte América, siendo que una constitución requiere como condición *sine qua non* para ser considerada como tal que su núcleo fundamental se refiera a la estructura del gobierno, siendo la constitución un instrumento que limita, restringe y permite el ejercicio del poder político y su control.

Complementando lo apuntado Sartori nos dice que "...las constituciones son formas que estructuran y disciplinan los procesos en la toma de decisiones de los Estados. Las constituciones establecen la manera en que se crearán las normas; no deciden, ni deben decidir, que debe ser establecido en las normas. Es decir, que las constituciones son, ante todo, procedimiento cuya intención es la de asegurar el ejercicio controlado del poder. Por tanto y por el contrario, el contenido de las constituciones es y debe ser neutral".⁴

La Constitución mexicana se integra por una parte dogmática y por una parte orgánica, conforme este planteamiento, la parte orgánica estructura y delimita al propio Estado, sus órganos y competencias constituye el elemento definitorio de la norma suprema; en tanto que en la parte dogmática se consagran los derechos humanos y se establecen los mecanismos que garanticen su pleno ejercicio y defensa.

Para poder continuar con nuestro tema, en este punto debemos de hacer una anotación sobre lo comentado por Sartori, la idea de que la norma suprema no determine el contenido de los ordenamientos secundarios no resulta del todo exacta en nuestro sistema jurídico en la actualidad, ante los principios que se le han incorporado.

Desarrollando lo anterior, y ante el principio de la interpretación conforme contemplado por nuestra constitución, partimos de que los jueces se encontraran obligados en el momento de interpretar las normas secundarias a tomar en consideración los principios contenidos en la norma superior en materia de derechos humanos, no podemos aceptar que el texto constitucional no termine influyendo en el contenido del orden normativo, sino por el contrario, debemos entender a este como un todo estructurado orgánicamente.

⁴ SARTORI, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, Política y Derecho, Primera reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 217.

Continuando con el desarrollo que venimos realizando, afirmamos que, al referirnos a las reformas constitucionales agrupadas en los denominados ciclos constitucionales, hablamos de la materialidad de los cambios producidos que tienen un mismo origen y finalidad, así, podemos clasificar los ciclos de reformas constitucionales en la Carta Magna mexicana en tres grandes ciclos:

- a) Un primer ciclo de naturaleza político electoral que abarca desde el surgimiento de la constitución hasta la reforma electoral de 1977, en el cual se modificaron paulatinamente las condiciones de participación de los actores y autoridades en la materia.
- b) Un segundo ciclo que el maestro Cossío Díaz denomina como federal que parte de la década de los años setenta del siglo pasado y se presenta como una constante en la centralización de las funciones de las autoridades federales y su asignación a las autoridades municipales, y
- c) Un tercer ciclo relativo a los derechos humanos, al incorporarse al art. 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) por las reformas de junio del 2011, la norma constitucional no se limita a disposiciones de protección de derechos, sino que amplía su materia a los contenidos de la constitución y de cualquiera de los Tratados internacionales signados por México.

Como nos apunta el ex Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación José Ramón Cossío Díaz citado por Mijangos, el orden jurídico nacional era pensado en compartimentos o estancos, es decir, cada rama del derecho se delimitaba de forma excluyente con respecto de las demás áreas con un criterio insular.

“Sin embargo, al concebirse la Constitución como norma jurídica general, ésta comenzó a permear, por decirlo así, al resto de las normas del derecho, no sólo como un modo de fijar una jerarquía sobre ellas, sino de manera más determinante como un modo de definir concretamente los contenidos materiales de sus normas”⁵ siendo que, contrario a lo que afirma Sartori, la norma constitucional se encuentra relacionada con el contenido material de las normas al determinarlo.

⁵ SALAZAR UGARTE, Pedro, *El Poder Ejecutivo en la Constitución mexicana*, Presentación de José Ramón Cossío Díaz. Política y Derecho, Serie Constitución de 1917, Primera edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2017, p. 20.

Habiendo hecho una breve referencia a la naturaleza del orden normativo y del imperativo de que evolucione y se adapte a las condiciones que le exige la realidad de la sociedad que regula, procederemos a realizar un somero análisis de la persona y la personalidad jurídica como presupuesto indispensable para dimensionar la naturaleza y alcance de los derechos humanos y de su tutela.

III. PERSONA Y PERSONALIDAD JURÍDICA

Iniciamos este apartado señalando que a lo largo del desarrollo de la historia del derecho y en el contexto de las diversas disposiciones normativas, el tratamiento dado a la figura de la persona y a la personalidad jurídica ha variado en torno al momento histórico al que nos referamos, al desarrollo de la ciencia jurídica y la influencia de las diversas doctrinas filosóficas que han influido en la legislación, manifestándose con diversos alcances y contenidos en las diferentes etapas de la ciencia y el pensamiento humano.

Es un lugar común el que habitualmente consideremos el concepto de persona con el de ser humano a modo de sinónimos, lo cual resulta inexacto, debiendo detenernos a diferenciar y delimitar su alcance y contenido.

Así, cuando nos referimos al concepto de persona humana lo debemos hacer aludiendo a una realidad de un ser que entendemos como una substancia individual de naturaleza racional ontológicamente determinado como un fin en sí mismo y no como un medio, en tanto que al referirnos al concepto de persona jurídica lo hacemos en tanto el mismo implica una creación normativa que presupone la posibilidad para esta de ser sujeto y titular de derechos y obligaciones y a la capacidad de ejercerlos por sí mismo.

Respecto de su concepción jurídica, el concepto de persona implica para Kant ser el centro de imputación normativa, ser el sujeto titular de derechos y obligaciones, así como el objeto de aquellos, siendo un concepto ineludible en todo orden normativo.

Como apunta el maestro Domínguez Martínez, el ser persona se encuentra condicionado a poseer una personalidad jurídica, siendo que no se cuenta con personalidad por el sólo hecho de ser persona, sino que, por el contrario, se es persona por contar con una personalidad jurídica, pudiendo ser sujeto de derechos y obligaciones.

En el sistema jurídico mexicano se dispone que la personalidad jurídica de las personas físicas se inicia con su concepción y termina con su muerte en los términos del art. 22 del Código Civil Federal (C.C.F.).

Artículo 22. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.

Por lo que trata a las personas jurídicas Ferrara apunta que dichas personas se ven representadas por asociaciones o instituciones que se constituyen en torno a la realización de un fin determinado y lícito, siendo que se encuentran reconocidas por el sistema jurídico como sujetos titulares de derechos y obligaciones, sin que como afirma Groccio el término persona moral se refiera a las características de aquella, sino a un calificativo para distinguirla de la persona física.

El concepto de persona jurídica surge con la escuela alemana o pandectista para referirse a la naturaleza de las corporaciones, como nos ilustra el maestro García Velasco la personalidad jurídica no le es reconocida a las corporaciones sino hasta el Código de Comercio español en el S. XIX, si bien desde el derecho romano en el digesto de Justiniano se consideró la existencia de figuras jurídicas que implicaban la afectación de un conjunto de bienes a un fin determinado, sin que se llegase a constituir una persona jurídica bajo la figura de la *universitas*, así como la figura de las *societas* referidas a una relación jurídica particular.

Entendiendo a las corporaciones o sociedades como la agrupación de recursos, capitales y trabajo que se organizan para la consecución de un fin lícito determinado que posee una personalidad jurídica propia distinta de aquella de las personas que la integran, podemos referirnos a la manera que se ha contemplado en la legislación mexicana.

Así, podemos comenzar señalando que el Código Napoleónico no reconoció la personalidad jurídica para los entes colectivos, la cual no fue contemplada en la legislación francesa sino hasta 1901 en que se presentó un proyecto de ley para su reconocimiento, por su parte, en el derecho alemán se distinguían dos categorías de personas morales, las personas morales de derecho público y las personas morales de derecho privado que incluyen a las asociaciones y las fundaciones.

En el derecho inglés no podemos hablar propiamente de personas morales sino de la figura de los *Trust*, que entendemos como un patrimonio afectado a la realización de un fin determinado bajo el cual operan numerosas organizaciones.

Por su parte, en el sistema jurídico mexicano se acepta la teoría del reconocimiento para explicar la naturaleza jurídica de las sociedades, las personas jurídicas reconocidas por nuestro ordenamiento se encuentran contempladas en el art. 25 del C.C.F.

Artículo 25. Son personas morales:

I. La Nación, los Estados y los Municipios;

II. Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley;

III. Las sociedades civiles o mercantiles;

IV. Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal;

V. Las sociedades cooperativas y mutualistas;

VI. Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley.

VII. Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736.

Llegados a este punto es necesario que tratemos sobre las diversas figuras asociativas reguladas por la legislación mexicana en el capítulo décimo primero de las sociedades y asociaciones del C.C.F., así la asociación civil se encuentra establecida en el numeral 2670 en los siguientes términos:

Artículo 2670. Cuando varios individuos convinieren en reunirse, de manera que no sea enteramente transitoria, para realizar un fin común que no esté prohibido por la ley y que no tenga carácter preponderantemente económico, constituyen una asociación.

En tanto que la sociedad civil se encuentra regulada por el artículo 2688 del mismo ordenamiento:

Artículo 2688. Por el contrato de sociedad los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización

de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial.

Por su parte, el concepto de sociedad mercantil se encuentra contemplada en el art. 1 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que con un carácter de disposición *numerus clausus* determina de forma limitativa la relación de las sociedades mercantiles, mientras que el art. 2 del mismo dispositivo legal señala el reconocimiento de la personalidad jurídica para aquellas sociedades mercantiles constituidas conforme a la legislación nacional, establezcan en ella su domicilio y se encuentren inscritas en el Registro Público de Comercio.

Sin embargo, según se establece en el art. 2691 del C.C.F. la falta de forma prevista para el contrato social no impide que este produzca efectos entre los socios, ni podrá oponerse la falta de forma frente a terceros que de buena fe hayan contratado con ella.

Continuando con el desarrollo de nuestro tema podemos afirmar que “El concepto de personalidad tiene aparejada una serie de atributos que le son propios y que determinan el estatus jurídico de las personas frente a otras personas y frente al estado, al delimitar los derechos y obligaciones de su titular dentro de un sistema jurídico determinado”.⁶

Entendemos que los atributos a que hemos hecho referencia son inherentes al concepto de personalidad y se presentan como una condición *sine qua non* para que se logre la actualización y manifestación de los derechos propios de la personalidad jurídica.

Enumeramos dichos atributos:

1. Nombre.
2. Estado.
3. Domicilio.
4. Patrimonio.
5. Nacionalidad, y
6. Capacidad jurídica.

Considero que el habernos detenido a tratar el tema de la persona jurídica y la personalidad es una condición ineludible que nos permite dimensionar el concepto de persona

⁶ DACASA LÓPEZ, Eduardo, *Análisis de la sociedad unipersonal*, Primera edición, Trillas, México, 2017, p. 39.

en materia de los derechos humanos, así podemos ahora comenzar un somero análisis del tema y enfocarnos a las reformas recientes en el sistema jurídico mexicano que han llegado a considerar a la persona jurídica como titular de aquellos y como obligada a su respeto y tutela.

El 10 de junio de 2011 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación una de las más profundas reformas en materia de derechos humanos, con el objeto de armonizar el marco de la protección de estos derechos con el derecho internacional, entendiendo que al partir de la dignidad humana como el principio fundamental de estos derechos, el sujeto debe contar con todas las libertades y prerrogativas que le permitan alcanzar su pleno desarrollo siendo extensibles a todo el género humano, por lo que su reconocimiento no es competencia tan sólo del Estado nacional, sino que trasciende a la esfera internacional en la que se establecen una serie de pautas y estándares mínimos que exigen la adecuación de los regímenes locales al esquema global de protección.

IV. LA PERSONA JURÍDICA Y LOS DERECHOS HUMANOS

Si bien como nos ilustra el maestro Corcuera Cabezut no podemos hablar del concepto de derechos humanos sino hasta el S. XVIII, donde encontramos importantes antecedentes en diversas legislaciones que reconocen a los individuos derechos oponibles al monarca, principalmente a partir de la Edad Media en una etapa previa al surgimiento de los Estados modernos.

En el derecho español podemos encontrar múltiples normativas que contienen disposiciones que limitan el poder del gobernante como el Fuero Juzgo, el Viejo Foro de Castilla, los Ordenamientos de Alcalá, los Fueros de Aragón en los cuales se estableció la figura de Justicia Mayor de Aragón como un funcionario que tenía a su cargo la custodia de la vigilancia de los fueros contra los actos que los violentaran, Las Siete Partidas de Alfonso X el sabio, que en su primera partida se refiere al derecho natural, derecho de gentes, usos, costumbres y fueros, disponiendo en otras partidas, como en la quinta, que el monarca debía como representante de Dios en la tierra, preconizar un trato humanitario, piadoso y caritativo a sus súbditos.

En otros sistemas normativos encontramos igualmente antecedentes durante esa época, así en el derecho de Inglaterra nos encontramos con el *Common Law* que se desarrolló

sobre los principios de seguridad personal y propiedad privada que fueron contemplados en la Carta Magna de 1215, y posteriormente en el acta de *Habeas Corpus* de 1679 y el *Bill of Rights* de 1689; en ese mismo orden, curiosamente en el derecho francés se presentó un régimen de monarquía absoluta que no contemplaba limitaciones al poder real.

No encontramos el concepto de derechos humanos como tal hasta la primera enmienda a la Constitución en Estados Unidos de Norte América y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 resultado de la Revolución francesa.

Durante el S. XIX y el transcurso del XX se presentan igualmente documentos referentes a la materia que tratamos, como la Convención de Ginebra para Mejorar la Suerte de los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña de 1864, la Convención sobre la Esclavitud de Ginebra en 1926, el Convenio sobre el Trabajo Forzoso de 1930, la Carta de San Francisco de 1945 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948.

Resulta oportuno que para comenzar a tratar el tema de los derechos humanos iniciemos determinando lo que entendemos por estos, así, podemos considerar que se trata de un conjunto de prerrogativas y facultades que son inherentes a la condición y dignidad humana, imponiéndose al Estado como una obligación ineludible de respetarlos limitando sus atribuciones en el sentido de garantizar su disfrute y pleno ejercicio, encontrándose reconocidos por el ordenamiento tanto en el plano nacional como en el internacional.

En el mismo sentido Ferrajoli nos dice que son:

*Derechos que están adscritos a todas las personas, o en cuanto a ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y que son por lo tanto indisponibles e inalienables, pues corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados.*⁷

Por su parte, en México los tribunales de la Federación en la tesis: I 15o. A 41 A publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de agosto de 2011, se

⁷ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Derechos Humanos, Parte general*, Serie Derechos Humanos, Segunda edición, tercera reimpresión, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014, p. 2.

establece que debemos entender por derechos humanos el “conjunto de facultades, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, y que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente”.⁸

De lo apuntado podemos destacar los siguientes atributos:

- a) Son prerrogativas y derechos.
- b) Son derechos mínimos del ser humano de los que por su sola condición es titular.
- c) Su respeto y observancia deben de encontrarse garantizadas por el Estado al concretar las exigencias mínimas de la dignidad humana.

Debemos apuntar que, de conformidad con lo establecido por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), los derechos reconocidos por la norma constitucional pueden ser ampliados en su número y alcance por otros ordenamientos legales, siendo solo estándares mínimos que deben respetarse, siendo que de ninguna manera podrán ser restringidos conformándose el principio de progresividad.

Continuando con el desarrollo de nuestro tema, la norma constitucional mexicana se refiere igualmente a aquellos derechos reconocidos por los instrumentos internacionales signados por el estado, mismos que en atención a las reformas del 2011 adquieren los mismos efectos y vinculación al encontrarse contemplados por la norma con un rango equivalente al constitucional.

Cabe apuntar que lo señalado antes se aplica igualmente a cualquier acuerdo internacional, ya sea que verse sobre derechos humanos o no, en aquellas disposiciones que contengan y hagan referencia a estos.

Los derechos humanos se encuentran regidos por los siguientes principios rectores:

1. Universalidad: al tener su origen en la dignidad propia del ser humano, el hecho de ser humano es una condición suficiente para su titularidad; entendemos su universalidad desde tres ángulos diversos, uno racional en el que se encuentran adscritos a todo ser humano por el solo hecho de serlo, desde un plano de temporalidad, y, por último, desde el ámbito de su especialidad que abarca necesariamente toda sociedad política o Estado.

⁸ *Ídem.*

2. Interdependencia: al encontrarse relacionados entre sí, la satisfacción y respeto de cada uno de ellos es un presupuesto para el goce y ejercicio de los demás, no pudiendo establecerse una jerarquía o graduación entre ellos.
3. Indivisibilidad: estos derechos forman un todo unitario que no admite división, así, la Tesis XXVII, 10. (VIII Región 2 K (10^a), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de agosto de 2012, nos señala que al depender recíprocamente unos de otros y proceder de la dignidad humana, no es procedente establecer prioridades jerárquicas entre ellos, siendo que todos los derechos humanos merecen una protección similar.
4. Progresividad: en este orden entendemos que los derechos humanos en cuanto a su tutela y protección debe buscarse siempre su constante evolución y evitar su regresividad, teniendo dos vertientes:
 - a) Debe de buscarse su paulatina y constante evolución, y
 - b) No se debe adoptar medidas que menoscaben dichos derechos.

Al igual que en la gran mayoría de las ramas del derecho, doctrinariamente se clasifican los derechos que tratamos a efecto de facilitar su estudio y análisis, en este orden de ideas, nos referiremos en el presente trabajo a una clasificación fundada en la evolución de los derechos humanos que permitirá entender la percepción que en la actualidad tenemos de ellos, así podemos considerar que en la actualidad la obligación del respeto y resguardo de los mismos no se limita al Estado y las autoridades públicas, sino que ante la regulación de los denominados derechos difusos debemos entender igualmente obligados a su respeto a las personas jurídicas de carácter privado.

Conforme a lo apuntado, destacamos la clasificación doctrinaria que toma como criterio la evolución de los derechos humanos agrupándolos en generaciones que se refieren a una determinada naturaleza de derechos. Se distinguen así las siguientes generaciones:

1. Primera generación de derechos humanos: se presenta como resultado de la Revolución francesa y la filosofía liberal, atribuyendo al hombre considerado como individuo una serie de derechos civiles y políticos que buscan asegurar la esfera de libertades del hombre frente al Estado limitándolo en este orden.
2. Segunda generación de derechos humanos: surge con posterioridad a la Segunda Gran Guerra como resultado del constitucionalismo social, buscando principalmente la

protección de las agrupaciones humanas frente al Estado asegurando la satisfacción de las necesidades materiales del hombre en los planos económico, social y cultural, procurando garantizar un nivel de vida digno para el individuo.

3. Tercera generación de derechos humanos: este grupo de derechos se presenta principalmente a partir de la década de los años setenta del S. XX siendo conocidos como derechos de la sociedad, o derechos difusos, que son atribuidos a pueblos y comunidades en la búsqueda de incentivar el progreso social elevando en nivel de vida de aquellos, dentro de un marco de colaboración y ayuda internacionales.

Dichos derechos difusos o de tercera generación se atribuyen al hombre no sólo como miembro de una comunidad o en su carácter de individuo, sino también como parte integrante de un colectivo, requiriendo para su respeto e instrumentación de una colaboración tanto internacional como de todos los demás actores sociales.

De entre los derechos pertenecientes a esta tercera generación tomamos como referencia la enumeración de estos hecha por la SCJN que apunta los siguientes:

1. Derecho a la paz.
2. Derecho a la libre determinación de los pueblos.
3. Derecho al desarrollo.
4. Derecho a la identidad nacional y cultural.
5. Derecho al respeto y a la conservación de la diversidad cultural.
6. Derecho a la cooperación internacional y regional.
7. Derecho al equilibrio ecológico.
8. Derecho al patrimonio común de la humanidad.

Siguiendo el mismo orden de ideas, en la actualidad aún se discute doctrinariamente la aceptación de una cuarta generación de derechos humanos que tiene su origen en lo que se ha denominado tecnología de la información, que pretenden garantizar a los seres humanos el libre acceso a estas tecnologías y la protección por el uso y abuso de estas.

En el sistema jurídico mexicano la persona moral no era considerada como sujeto titular de derechos fundamentales, ni tampoco podía ser considerada como autoridad responsable para efectos del juicio de amparo, quedando por su propia naturaleza excluida

del ámbito de la legislación de la materia, sin embargo, a partir de la reforma constitucional que tratamos al partir del reconocimiento de los derechos humanos y de la aplicabilidad de las normas contenidas en los acuerdos internacionales en la materia, se considera que las personas morales son titulares de dichos derechos y bajo condiciones específicas pueden ser también consideradas como autoridades responsables en materia de juicio de amparo.

V. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHOS DEL GOBERNADO AL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Como apuntamos en su oportunidad, ningún orden normativo puede permanecer estático debiendo necesariamente adecuarse a las exigencias que la realidad social le impone en cada momento histórico, bajo el riesgo que, de no ser así, el orden normativo pierda su vigencia y se convierta en un orden inaplicable y pierda su objetivo de regular efectivamente las relaciones que se presentan en el seno de la sociedad. Lo anterior exige que el ordenamiento jurídico se encuentre en constante evolución y su reforma genere sus condiciones de aplicabilidad.

El sistema jurídico mexicano no es ajeno a esta circunstancia, habiéndose generado a la fecha del presente 252 decretos, que estipulan 741 reformas a 136 artículos que conforman nuestra Carta Magna, siendo que la reforma que tratamos para modificar la denominación del capítulo I y reformar diversos artículos se realizó durante el período de la LX Legislatura, iniciándose con su propuesta que fue aprobada por el dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios legislativos el 8 de diciembre de 2010, siendo aprobada el 17 de marzo de 2011, por la Cámara de Diputados y publicada el 11 de junio de 2011 en el Diario Oficial de la Federación durante el gobierno de Felipe Calderón Hinojosa, la cual representa un cambio de paradigma.

La Magistrada Lilia Mónica López Benítez considera que la reforma que comentamos representa un antes y un después en materia de derechos humanos en nuestro país, reiterando que a pesar de las múltiples reformas que ha sufrido nuestra Carta Magna dan cuenta de fallas metodológicas y de sistematización que obligan a una reingeniería constitucional, la proliferación de reformas ha ampliado en una enorme medida el espectro de los derechos.

Con anterioridad a las reformas apuntadas el criterio de los tratadistas y de las autoridades judiciales se basaba en la concepción plenamente positivista de derechos del gobernado y garantías individuales, siendo que, si bien erróneamente se emplean como sinónimos de derechos humanos, podían distinguir dichos conceptos atendiendo a la naturaleza jurídica de ellos.

Como nos ilustra el maestro Sánchez Bringas:

Al usar las locuciones derechos humanos, garantías del gobernado, garantías individuales o derechos del gobernado, nos referimos a las prerrogativas alcanzadas por los hombres frente al poder público personificado en la autoridad. Son los derechos que los gobernados pueden oponer a los gobernantes con el fin de que se conduzcan de la manera dispuesta por las normas del Estado. Negamos, desde luego, que existan derechos naturales o inherentes al hombre; en todo caso, con esas expresiones se significan los valores individuales y sociales sobre el hombre, su dignidad y desarrollo, pero no derechos...⁹

El término garantías de la constitución es identificado por Kelsen como un conjunto de mecanismos que garantizan el imperio de la norma fundamental frente a las normas secundarias de las que determina su creación y contenido, siendo que en el sistema jurídico mexicano las garantías individuales se materializan como un variado sistema jurídico que da seguridad al Estado de derecho constituyéndose como una serie de derechos del gobernado frente al poder público.

El maestro Juventino B. Castro nos ilustra en torno a la esencia de las garantías apuntando que:

Estas garantías o derechos -en su primer origen-, no son elaboraciones de juristas, politólogos o sociólogos, ni nacen como producto de una reflexión de gabinete. Son auténticas vivencias de los pueblos o de los grupos que constituyen a éstos, quienes se las arrancan al soberano para lograr el pleno reconocimiento de libertades y atributos, que se supone

⁹ SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, *Derecho constitucional*, Décimo primera edición, Porrúa, México, 2007, p. 620.

*corresponden a la persona humana por el simple hecho de tener esa calidad.*¹⁰

El maestro Burgoa señala que conforme a la postura ideológica adoptada por la constitución, se reputan a las garantías como derechos sustantivos constitucionales para asegurar los derechos del hombre en una relación de subordinación que consta de dos sujetos, el activo o gobernado y el pasivo constituido por el Estado y sus autoridades, siendo que el ejercicio del *jus imperio* por parte de la institución pública o de la persona moral oficial debe de ajustarse a las exigencias que nuestra Constitución contiene en el apartado de las garantías constitucionales.

Bajo este concepto predominantemente positivista y hasta que fue reformado en el año 2001, el texto constitucional señalaba:

ARTÍCULO 1. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

En este orden de ideas, debemos considerar que los derechos del gobernado o garantías individuales se traducen como condiciones que la norma impone a las autoridades para delimitar el ejercicio de sus funciones, siendo un derecho subjetivo oponible a las autoridades, lo cual necesariamente implica la necesidad de la existencia de mecanismos de control que permitan su ejercicio, que en el derecho mexicano se traduce en la existencia del procedimiento del juicio de garantías o juicio de amparo.

Por juicio de amparo debemos entender un juicio destinado a la acción de protección y defensa de los derechos de los gobernados mediante el ejercicio de la impugnación de los actos de autoridad violatorios de los derechos de los gobernados en sede jurisdiccional, teniendo por objeto conforme a los artículos 103 y 107 de la CPEUM, resolver sobre las controversias que se presenten por leyes o actos de la autoridad que violen garantías individuales, leyes o actos de la autoridad federal que restrinjan o vulneren la soberanía de

¹⁰ CASTRO, Juventino B., *Garantías y amparo*, Séptima edición, Porrúa, México, 1991, p. 3.

los Estados o leyes y actos de las autoridades de los Estados que infrinjan la soberanía del Estado.

En los términos del sistema de protección de las garantías individuales debemos de partir de la existencia de una autoridad responsable entendida como aquella autoridad del Estado que estando obligada al respeto de estos derechos realiza actos o emite leyes que los violentan.

El maestro Burgoa nos define a la autoridad responsable como:

*Autoridad es aquel órgano estatal, de facto o de iure, investido de facultades o poderes de decisión o ejecución, cuyo ejercicio crea, modifica o extingue situaciones generales o concretas, de hecho o jurídicas, con trascendencia particular y determinada de una manera imperativa”.*¹¹

En este orden de ideas como nos ilustra el maestro Góngora Pimentel ni la norma constitucional ni la ley de la materia contenían un concepto sobre autoridad responsable, debiéndonos remitir a la jurisprudencia de la SCJN para encontrar una definición del término, así:

Para mayor claridad, intentaremos un compendio del criterio de la Suprema Corte:

...

*2. El término autoridades para efectos del amparo, comprende: a) todas las personas que disponen de fuerza pública; b) la disposición de la fuerza pública puede ser por circunstancias legales o de hecho; c) estas personas están en posibilidad material de obrar como individuos que ejercen actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza que disponen”.*¹²

Ahondando aún más en lo expuesto, el criterio de la SCJN sobre el particular se recoge en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Sexta época, Primera Sala, Tomo LXXIV, en la que se determinaba que, al considerarse las Garantías individuales como limitaciones al poder público, su violación no puede reclamarse a particulares.

¹¹ BURGOA, Ignacio, *El juicio de amparo*, Cuadragésima edición, Porrúa, México, 2004, p. 186.

¹² GÓNGORA PIMENTEL, Genaro, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, Quinta edición, Porrúa, México, 1995, p. 3.

Adelantándonos un poco en el desarrollo de este punto de nuestro tema sobre el que abundaremos más en su oportunidad, apuntamos que el criterio que tratamos se vio modificado como resultado de la reforma en comento de 2011 por la segunda Sala de la Corte, en el sentido de que se considerará como autoridad responsable a quien emita una resolución o realice actos de ejecución que afecten la esfera jurídica de los particulares en la esfera de sus atribuciones.

Sin embargo, este criterio se aplica a manera de excepción y opera únicamente cuándo la ley otorgue a un particular el imperio para realizar actos que afecten la esfera jurídica de otro particular, siendo estos actos equiparables a los de autoridad implicando relaciones de subordinación, que se encuentran contempladas por una norma general que le faculta a su realización.

Desarrollando el planteamiento de la necesaria adaptación del derecho las circunstancias y realidades impuestas por la realidad social, y para comenzar el análisis de las reformas materia del presente trabajo, nos enfocaremos a presentar el marco ideológico y de antecedentes en el que se presentaron estas en la estructura del sistema jurídico mexicano.

En el profundo análisis que el maestro Jaime Del Arenal Fenochio sobre el desarrollo del derecho en occidente, sostiene que como resultado de la fusión entre el naturalismo y el positivismo en el S. XX se ha legitimado desde el plano legislativo cualquier decisión pública sin reparar en los valores fundamentales y la dignidad humana.

Continúa diciendo:

*Sino todavía las actuales condiciones donde el respeto a la vida, a la libertad, la igualdad, la tolerancia, el respeto a los mínimos derechos del hombre, y la solidaridad, parecen ser más objeto de declaraciones y tratados entre los Estados, las leyes y decretos, que de una verdadera convicción colectiva acerca de la necesidad ética de procurar, defender y garantizar dichos derechos y valores trascendentales tal y como la cultura occidental se ha venido descubriendo desde sus orígenes grecolatino y judeocristianos”.*¹³

¹³ DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, *Historia Mínima del Derecho de Occidente*, Historia Mínima, tercera reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2016, p. 227.

Sin embargo, en nuestro país, a pesar de que como nos apunta el maestro Pablo Mijangos, si bien durante la denominada Novena época de la Suprema Corte de Justicia de la Nación los Ministros prácticamente no variaron sus criterios en cuanto a los derechos sociales y las garantías en el proceso penal, a partir del caso Radilla y las tratadas reformas, se presentaron importantes cambios.

Como resultado de la resolución del caso Radilla y la labor de la Primera Sala de la Corte, se modificaron los criterios de interpretación siendo que los derechos humanos se convirtieron en el principal criterio de interpretación para todo el orden jurídico, restableciéndose la figura del control difuso que obliga a todos los juzgadores de cualquier jerarquía a no aplicar una norma que se oponga al orden constitucional, determinándose que a partir del 29 de agosto del 2011 se da inicio a la denominada Décima época, considerada de los derechos humanos.

El artículo 1 de nuestra norma constitucional ha sido reformado en tres ocasiones, agregando elementos en atención a nuevas maneras de dimensionar los derechos humanos, en este sentido, conforme a la primera reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de julio del 2001 nuestra norma adicionó en su artículo primero los siguientes términos:

ARTÍCULO 1. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece. Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Por su parte, en una segunda reforma del 4 de diciembre del 2006 se agregó un último párrafo que señala:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

En el 2011 se presentó una tercera reforma al artículo 1 de la CPEUM que implica una profunda reestructuración en la concepción y regulación de los derechos humanos y el juicio de amparo, el concepto de Estado garante, como nos ilustra el maestro Roldán Xopa, en un principio se relacionó con los estándares de procedimiento penal y los medios procesales en la materia de los derechos de las personas, aludiendo a la eficiencia y efectividad de la organización de las instituciones estatales.

Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Redondeando el comentario de nuestro autor nos apunta que:

*El control de constitucionalidad en sede jurisdiccional ha sido un terreno particularmente relevante. Los principios de universalidad, no regresividad, indivisibilidad e interdependencia, así como la interpretación conforme y la interpretación pro-persona, son las claves de la nueva interpretación y argumentación constitucionales.*¹⁴

En este sentido, las resoluciones adoptadas por la autoridad judicial constituyen un *corpus* interpretativo que no se limita a la descripción de los hechos, sino que establece el sentido de lo que debe ser, integrando las teorías que conforman la ingeniería normativa a las decisiones jurisdiccionales.

Dentro de esta mecánica interpretativa que se contempla en el numeral primero de nuestro ordenamiento supremo, se redimensionan los alcances y protección a los derechos humanos del gobernado al disponer que las normas de la materia se interpretarán conforme a las disposiciones de la propia constitución y con lo dispuesto en los tratados internacionales signados por el Estado mexicano.

Siguiendo el orden de lo planteado, ésta nueva visión interpretativa hace necesaria la aplicación de los principios de interpretación conforme y el *principio pro homine* para realizar la interpretación de las disposiciones normativas, entendiendo por estos:

1. Principio de interpretación conforme: debemos partir de que este principio establece el reconocimiento de la supremacía de las normas constitucionales y las previstas en los tratados internacionales de la materia, como en aquellos que aun tratando otras materias contengan disposiciones que señalen derechos humanos, a partir del cual deben de ser interpretadas las demás normas del orden jurídico nacional.

Como resultado de lo anterior, la interpretación de cualquier norma debe hacerse de conformidad con los principios recogidos en la constitución, imponiendo al juzgador la obligación de que en ningún caso se opte por una interpretación distinta a aquella que otorgue mayores derechos y prerrogativas al gobernado.

¹⁴ ROLDÁN XOPA, José, *La ordenación constitucional de la economía. Del Estado regulador al Estado garante*, Presentación de José Ramón Cossío Díaz, Política y Derecho, Serie Constitución de 1917, Primera edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2018, p. 35.

2. Principio *pro homine*: se traduce como el criterio para los juzgadores de aplicar la norma que conceda mayores derechos o la interpretación más amplia en favor de la persona, y, por el contrario, al tratarse de normas restrictivas deberá acudir a la aplicación que resulte menos restrictiva, incluso con independencia de la aplicación de una norma de menor jerarquía.

Como resultado de esta nueva perspectiva desde la cual se contemplan los derechos humanos y el marco de la tutela y respeto de estos en nuestra norma constitucional, apuntamos que en la sesión plenaria del 21 de abril de 2014 la SCJN resolvió por unanimidad a favor del proyecto de la Ministra Margarita Luna Ramos para la resolución de la contradicción de tesis 360/2013, en el sentido de que las personas jurídicas son titulares de los derechos humanos que resulten necesarios para la consecución de su objeto y fines, la protección a su existencia e identidad, así como al libre desarrollo de sus actividades, si bien no de aquellos que presuponen características propias de las personas físicas.

La controversia a que hacemos referencia en el párrafo precedente se presentó entre las tesis aisladas IV. 20. A 30 K (10ª), emitida por el Segundo Tribunal en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, que sostiene que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos humanos, y su diversa tesis aislada VII.2º. A 2 k (10ª.) del Segundo tribunal en materia administrativa del Séptimo Circuito, que sostiene que no se puede considerar la procedencia de la titularidad de derechos humanos por parte de las personas morales, pues al tratarse de ficciones jurídicas carecen de dignidad humana, que es la condición que da origen al disfrute de estos derechos.

En la resolución en comento, se consideró que las reformas al artículo 1 de la CPEUM enfatizan la dignidad de la persona humana, sin que ello implique que quedan desprotegidas las personas morales, pues el texto constitucional señala que todas las personas serán titulares sin distinguir su naturaleza, siendo que las personas morales son sujetos de protección en todo aquello relativo a la consecución de sus fines.

De igual manera la SCJN determinó que el principio *pro homine* se extenderá igualmente a la protección de las personas jurídicas, así como el principio de progresividad de derechos en las mismas condiciones que para las personas físicas, estando en concordancia

con lo estipulado en la Convención Americana de Derechos Humanos conocida como el Pacto de San José, que lo estipula en su art. 29.

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

a) permitir a alguno de los Estados Parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

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

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Debemos señalar que un antecedente directo de la determinación que tratamos lo encontramos en la sentencia del 7 de septiembre de 2007 emitida por la Corte Interamericana en el caso Cantos Vs. Argentina, en la que se resolvió que los derechos y obligaciones de las personas morales se traducen en derechos y obligaciones de las personas físicas que las integran, por lo que se acepta la protección del derecho de éstas últimas aun cuándo actúen valiéndose de las primeras.

Por su parte, en concordancia con lo apuntado a las reformas a nuestra Carta Magna y a lo contenido en el numeral 5 frac II de la Ley de Amparo de 2013, se modifica el criterio de la Corte que limitaba el carácter de autoridad responsable al Estado y sus autoridades, aceptando que las personas morales de naturaleza privada pueden asumir también dicho carácter.

Uno de los antecedentes directos de esta concepción lo tenemos, según nos señala Sánchez Cañas, en la teoría de la eficiencia horizontal, que se sostuvo como criterio del Tribunal Constitucional Alemán en el caso Lüth en 1958.

De acuerdo con el análisis del investigador Anzures Gurria la referida tesis se divide en dos corrientes, la primera de ellas denominada mediata que sostiene que la manera en que los derechos fundamentales despliegan sus efectos en las relaciones de carácter privado se realizará mediante la intervención del Estado, siendo aquellos derechos objetivos, en tanto que la segunda corriente entiende dichos derechos como subjetivos que pueden verse vulnerados en las relaciones entre particulares haciendo que la intervención del Estado no sea necesaria para vulnerar dichos derechos, como sostiene el Tribunal Constitucional español, existiendo un consenso en reconocer que los derechos fundamentales también generan efectos en las relaciones entre particulares.

Sánchez Cañas hace referencia a lo apuntado por el Ministro Záldivar Lelo de la Rea:

*El legislador parte de una equivalencia entre los actos de autoridad y los realizados por particulares cuando las funciones de los segundos están estipuladas en una norma general, es decir, se basa en el correcto cumplimiento del Estado de derecho para discernir cuando existe obligación de respetar o reparar a una víctima y darle la calidad de autoridad responsable a algún particular”.*¹⁵

Las personas jurídicas de carácter privado son consideradas como autoridad responsable en su frac. II del art. 5 Ley de Amparo en los siguientes términos:

Artículo 5º. Son partes en el juicio de amparo:

...

II. La autoridad responsable, teniendo tal carácter, con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas.

Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de

¹⁵ SÁNCHEZ CAÑAS, Alejandro de Jesús, *El compliance legal de las empresas en materia de Derechos Humanos en México*, Doctrina, Primera edición, Thomas Reuters, México, 2020, p. 42.

autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.

Para complementar lo que apuntamos podemos remitirnos a dos tesis de los Tribunales Colegiados en Materia Administrativa, ambas tesis sostienen criterios similares sobre el carácter de autoridad responsable para efectos del juicio de amparo de las personas morales privadas, por cuanto sus actuaciones afecten la esfera jurídica de los individuos si dicha afectación se deriva de las facultades y obligaciones contenidas en la norma.

PARTICULAR SEÑALADO COMO AUTORIDAD RESPONSABLE EN EL AMPARO. DESDE LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA DEBE SEÑALARSE TAL CARÁCTER. La ley de amparo, vigente a partir del 3 de abril de 2013, en su artículo 5, fracción II, párrafo segundo, establece un supuesto que no estaba previsto en la ley de la materia abrogada, relativa a la posibilidad de que los particulares sean autoridades responsables cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, empero, dicho mandato se introduce a manera de excepción, únicamente cuando la ley dé al particular alguna facultad de imperio susceptible de afectar derechos de otros gobernados, ya que, ordinariamente, éstos se involucran entre sí en relaciones de coordinación, no de supra a subordinación. A partir de dicha circunstancia, se concluye que desde la admisión de la demanda de amparo debe determinarse si el particular es o no autoridad responsable, porque dada la excepcionalidad del tratamiento legal respectivo, no conviene someterlo innecesariamente a juicio -con las cargas procesales que se le imponen al hacerlo-, si desde la etapa del procedimiento se advierte que no le asiste el carácter señalado. Examen que evidentemente, es factible sólo si obran en el sumario elementos suficientes para arribar a la decisión correspondiente, lo cual deriva del art. 103 del propio ordenamiento.¹⁶

¹⁶ Tesis: I. 2. A. E.6K (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 23, tomo IV, octubre 2015, p. 4063. Registro digital: 2110256.

AUTORIDAD RESPONSABLE. NO TIENE ESE CARÁCTER, PARA LOS EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO, EL PARTICULAR SEÑALADO COMO TAL, SI LOS ACTOS QUE SE LE RECLAMAN NO REÚNEN LAS CARACTERÍSTICAS DE UNILATERALIDAD, IMPERIO Y SUS FUNCIONES NO ESTÁN DETERMINADAS POR UNA NORMA GENERAL. De la intelección del artículo 5o., fracción II, de la Ley de Amparo vigente, se desprende que, para los efectos del juicio de amparo, es autoridad responsable aquella que ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria. Asimismo, en su párrafo segundo establece que a los particulares les revestirá dicho carácter cuando realicen actos equivalentes a los de esa naturaleza que afecten derechos en los mismos términos y cuyas funciones estén determinadas por una norma general. Luego entonces, si los actos equivalentes que se le imputan a un particular, señalado como autoridad responsable, no reúnen las referidas características de unilateralidad e imperio y, además, sus funciones no están determinadas por una norma de carácter general, es dable concluir que no le reviste la mencionada calidad.¹⁷

VI. CONSIDERACIONES SOBRE LAS OBLIGACIONES DE LAS PERSONAS MORALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Partiendo de considerar que la actividad de las empresas genera consecuencias o externalidades que impactan en su entorno de manera directa o indirecta, debemos entender la responsabilidad que estas actuaciones acarrearán para aquella y, la obligación de responder a su reparación, debiendo, como apunta el maestro Pedro Francés contribuir a solucionar las problemáticas que han generado.

En materia de Responsabilidad Social Empresarial, las implicaciones morales en sus actuaciones son un factor que las empresas deben tomar en consideración en sus previsiones

¹⁷ Tesis: III. 40. C. 10 K (10ª.), *Semanario Judicial de la federación y su Gaceta*, libro 14, tomo III, enero 2015, p. 1828. Registro digital: 2008197.

y políticas comerciales tendientes a prevenir conflictos que impactan en el contexto, humano, social y ecológico.

“En un sentido más trascendente, las empresas comparten la responsabilidad de contribuir al desarrollo integral del hombre, de todo hombre, puesto que son el medio por el cual las sociedades permiten la subsistencia de los miembros de una sociedad ...”.¹⁸

Continuando con el desarrollo del tema, en cuanto a las obligaciones y derechos de la empresa en la realización de sus actividades y en lo relativo a sus implicaciones como garante en la protección de los derechos humanos, es ineludible el señalar como se apunta en la Carta Social Europea aprobada por el Consejo de Europa en 1961 en Turín, que los derechos que señala el texto implican también obligaciones para sus contrapartes, mismas que podemos catalogar en dos grandes grupos, por una parte, la sociedad y el Estado que debe garantizar unas condiciones mínimas para cumplimiento, como, por otra parte, las empresas que se encuentran obligadas a su respeto y promoción.

Dentro del contexto internacional nos encontramos con diversas disposiciones normativas que contienen principios rectores e instituciones que buscan que el desarrollo empresarial se logre conjuntamente con la tutela de los derechos de las personas que intervienen en el proceso, en este orden podemos destacar el denominado Protocolo de San Salvador de 1988, la Conferencia de Viena de 1993 y los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar de 2011, que busca la protección para evitar se vulneren los derechos humanos a partir de la actividad empresarial.

En el marco de las disposiciones anotadas, se plantea:

*Para lograr sus objetivos, los Principios Rectores se basan en tres pilares de acción: primero está la obligación estatal de ofrecer protección frente a la violación de los Derechos Humanos por parte de las empresas; el segundo es la obligación de las empresas de respetar los Derechos Humanos; y el tercero es ampliar el acceso de las víctimas de las violaciones de los Derechos Humanos a una efectiva reparación.*¹⁹

¹⁸ PLANAS FERNÁNDEZ, Emilio, *Valores en la empresa*, Primera reimpresión, Trillas, México, 2009, p. 48.

¹⁹ SÁNCHEZ CAÑAS, *Opus cit.*, p. XV.

Paralelamente cabe destacar la existencia del Grupo de Trabajo Internacional de la Organización de las Naciones Unidas y Empresas en su función de revisión y consultoría en esa materia con el objeto de lograr un marco armónico en la aplicación de las normas internacionales.

Aunado a lo anterior, debemos apuntar que, de manera adicional a las normas sobre derechos humanos contenidas en los acuerdos internacionales sobre la materia, también nos encontramos con acuerdos internacionales sobre otras temáticas que a su vez contienen disposiciones en materia de derechos del hombre, como es el caso del T-MEC que en su Capítulo 27 aborda la necesidad del combate a la corrupción con base en las Reglas de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003.

A la par de que como citamos existen múltiples acuerdos y tratados internacionales que al ser signados por el Estado mexicano pasan a ser parte de nuestro sistema jurídico nacional en los términos que dispone el art. 1 del CPEUM, igualmente se presentan otros instrumentos internacionales emitidos por grupos y organizaciones internacionales de las que México forma parte, que contienen obligaciones para los particulares y para el Estado mexicano en los términos estipulados por estas en materia de derechos humanos.

En este orden, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales de 2011 contienen normas en el entorno empresarial a modo de códigos de conducta, que promueven el respeto a los derechos fundamentales buscando contribuir al desarrollo económico y social de las comunidades, imponiendo obligaciones en materia ambiental, derechos humanos, derechos laborales y prácticas anticorrupción, recalcando la obligación del Estado, apelando al respeto de los instrumentos internacionales.

En el instrumento que tratamos se prevé la creación de los denominados Puntos Nacionales de Contacto o NCPs (por sus siglas en inglés) y se refieren a aquellas personas que en ejercicio de su profesión prestan asesoría e información a los sujetos interesados en proyectos de innovación europeos, sean de empresas, universidades, u organismos públicos de investigación, por parte de los gobiernos para solucionar las controversias que se pueden generar en la materia empresarial.

Por su parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE, preocupada ante la problemática generada por el incremento de las actividades de las empresas multinacionales en diversos países, se ha abocado desde hace décadas a crear un

marco de reglas que regulen dichas actuaciones, así, en 1974 emitió el Código de Conducta para empresas Transnacionales, para 2011 se elaboraron los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos que contiene diversas disposiciones que buscan garantizar el adecuado cumplimiento de las personas relacionadas o *stakeholders* con la actividad de las empresas.

En estos Principios Rectores se contempla la intervención del Estado y los particulares imponiendo obligaciones a ambos en sus respectivas esferas; así se imponen como deberes al Estado:

- a) El respeto y tutela de los derechos humanos.
- b) Proteger y evitar las violaciones realizadas por terceros a estos derechos.
- c) Adoptar acciones positivas realizadas por terceros a estos derechos.
- d) Vigilar el cumplimiento de las leyes y normas que regulen la creación de empresas que propicien el respeto a los derechos fundamentales, y exigir a las empresas que evalúen y califiquen de qué forma se cuantifica el impacto de sus actividades sobre los derechos fundamentales.

De igual manera y partiendo de considerar la corresponsabilidad que en materia de la tutela de los derechos fundamentales del individuo le competen al Estado, a las personas morales le impone de la misma forma obligaciones sobre:

- a) Tomar medidas para evitar que sus actuaciones provoquen violaciones de derechos humanos y, en el supuesto de que se generen, responder por sus consecuencias.
- b) Contribuir en la prevención y mitigación de los efectos negativos que sus actividades puedan generar, incluso cuando no hayan contribuido directamente en que aquellos se produzcan.
- c) Abstenerse de restringir o infringir los derechos básicos en sus actividades e implementar estándares y mecanismos que los protejan.

En el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA) en la actualidad se han formulado Planes Nacionales de Acción que buscan la implementación de los principios de la ONU en relación con las empresas y los derechos de los Estados, celebrándose el 25 de enero de 2015 una Sesión Especial para la Promoción de los Derechos Humanos en el Ámbito Empresarial en el marco del Consejo Permanente de la OEA que reconoce el valor de los

Principios Rectores de la ONU que tratamos anteriormente, imponiéndose una agenda para fomentar su aplicación para fomentar su aplicación generando compromisos entre gobiernos y sociedad civil.

Ante la denuncia de diversas Organizaciones no Gubernamentales por la violación de derechos humanos por parte de personas morales en México, en el 2016 se verificó una visita del Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos de la ONU del 29 de agosto al 7 de Septiembre; uno de los principales objetivos de dicha visita fue el de generar conciencia sobre las obligaciones de las personas morales para respetar y tutelar los derechos humanos, así como la revisión de la existencia de recursos con que cuentan las personas en contra de las probables violaciones.

Podemos considerar como principales obligaciones de las personas morales en materia de los derechos fundamentales las referidas en las siguientes áreas:

1. En cuanto al medio ambiente: ante la desmedida explotación de los recursos naturales y los efectos perniciosos de esta actividad, en el texto de los Principios Rectores sobre la Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 2011, que señala las obligaciones de las empresas privadas en la generación de estos daños.
2. En lo referente a los pueblos y comunidades indígenas: la Asamblea General de las Naciones Unidas en el 2007 aprobó la Declaración sobre los Pueblos Indígenas en el que se reconoce a dichos pueblos el derecho a la libre determinación así como al uso y aprovechamiento de sus territorios y recursos, imponiendo al Estado y a los particulares la obligación de valorar y atenuar el impacto de sus actividades en un grupo determinado, buscando la protección y la tutela de sus derechos con respeto a sus circunstancias particulares.
3. Trabajo infantil: en relación con este flagelo, la responsabilidad de las personas morales privadas es notoria, siendo que las empresas se encuentran obligadas a instrumentar aquellos mecanismos que impidan se incurran en estas violaciones los derechos humanos.
4. Por lo que respecta a la equidad de género: las empresas se encuentran igualmente obligadas a implementar todos aquellos mecanismos que logren eliminar a desigualdad de género que se presenta en las relaciones laborales evitando cualquier actuación discriminatoria que se genere por motivos de sexo, raza, religión,

discapacidades físicas o psíquicas y cualquier otra condición que se traduzca en un trato discriminatorio o vejatorio para el individuo.

5. Personas con discapacidades y grupos vulnerables: debiendo, en los mismos términos del párrafo precedente, evitar cualquier conducta que pueda resultar vejatoria para estos grupos vulnerables de la población.

Y en general todas aquellas medidas que permitan garantizar la igualdad de condiciones entre las personas evitando se vean marginadas o sufran vejaciones por razones relativas a motivos de raza, sexo, religión, edad, condición socio económica o cualquier otra característica que se pueda traducir en un elemento que propicie la desigualdad entre los seres humanos en el contexto social.

VII. DIVERSOS PLANTEAMIENTOS A MANERA DE CONCLUSIÓN

Durante el desarrollo del presente trabajo hemos podido comprobar la hipótesis de considerar la necesidad del derecho de evolucionar adaptándose a las realidades y exigencias que la realidad social le impone, la adaptabilidad del derecho es un presupuesto ineludible para la vigencia y aplicabilidad de un orden jurídico, siendo que tan sólo bajo este supuesto se podrá estructurar y regular un Estado eficiente.

Extendiéndonos en el anterior planteamiento, debemos señalar que en las condiciones que se imponen a la sociedad como resultado de la pandemia del COVID 19 ha traído aparejadas, podemos considerarlas como un parte aguas en el desarrollo de la economía y de la propia sociedad en todas los ámbitos de las relaciones humanas que se presentan en su seno, así, las relaciones laborales, interpersonales, familiares, el distanciamiento social, aunado a su prolongada duración y las graves consecuencias que en todos los ámbitos sociales, culturales, económicos y humanos se están generando cambios cuyos resultados no podemos aun ponderar.

Independientemente de que no podamos dimensionar los efectos de la presente crisis humanitaria, en definitiva, los sucesos que se están generando representan un enorme reto para los órdenes normativos en particular en materia de derechos humanos, las relaciones humanas en todos los ámbitos, pero principalmente en lo relativo a las relaciones laborales, interpersonales y las que se presentan con las autoridades en cuanto al acceso a los servicios

públicos y de salud, se presentan como un enorme reto que va a redimensionar la manera de entender los contenidos y los mecanismos que garanticen el respeto y tutela de dichos derechos en nuestra sociedad.

Las circunstancias actuales representan un enorme reto para la capacidad de adaptabilidad de los órdenes normativos para adaptarse a las imperiosas necesidades que se están generando en razón de los cambios que se producen en la sociedad de manera acelerada, el sistema jurídico en todas sus áreas, pero particularmente en materia de derechos humanos, debe de enfrentar estas exigencias adecuando sus mecanismos y desarrollando en su máxima expresión su capacidad de percibir dichos cambios, regularlos y ordenarlos en razón de los intereses sociales y humanos; de su capacidad de hacerlo dependerá en gran medida el desarrollo futuro de todos los sistemas normativos y de la propia sociedad humana.

Sin embargo, los retos, exigencias y adecuaciones a que nos referimos no se limitan a las responsabilidades y actuaciones del Estado, implica también la corresponsabilidad y la actividad de todos los actores sociales cuya actividad puede inferir en el ámbito de los derechos de las personas, las actuaciones de los diversos actores sociales traen aparejadas consecuencias que afectan a los otros miembros de la sociedad, imponiéndose la necesidad de participar activamente en la consecución de un orden social equilibrado en el pleno respeto a la dignidad humana.

Las personas morales de carácter privado, con sus actuaciones y en sus actividades, desempeñan un papel fundamental en la conformación de una estructura social y jurídica que garantice la tutela y ejercicio de los derechos fundamentales del hombre, su actuación se debe traducir en eficientar los mecanismos de garantía de su ejercicio, traduciéndose en su aplicación efectiva en los ámbitos más comunes de la vida del hombre en la sociedad.

En definitiva, el único camino transitable para las sociedades en la actualidad pasa necesariamente por el respeto irrestricto a la dignidad humana y los derechos que emanan de esta, con el concurso de los diversos actores involucrados, así como de la implementación de los mecanismos y figuras jurídicas que garanticen su respeto y tutela en todos los ámbitos de la vida social, siendo una condición ineludible en el futuro de las sociedades y la condición humanas.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- BERMÚDEZ TORRES, Lilia, BOUZAS, Roberto, *et al. II. Las Américas en el horizonte del cambio. Coloquio de Invierno. Los grandes cambios de nuestros tiempos*, Primera edición, Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1992.
- BURGOA ORIGUELA, Ignacio, *El juicio de amparo*, Cuadragésima edición, Porrúa, México, 2004.
- BURGOA ORIGUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, Vigésimo segunda edición, Porrúa, México, 1989.
- CAMACHO, Ildefonso, *et al., Ética y responsabilidad empresarial*, Colección ética de las profesiones, Primera edición, Unijes Universidad Jesuitas y Descleé de Brouwer, Bilbao, España, 2013.
- CASTELLANOS GOÛT, Milton Emilio, *Del Estado de Derecho al Estado de justicia*, Segunda edición, Universidad Autónoma de Baja California y Porrúa, México, 2009.
- CASTRO, Juventino B., *Garantías y amparo*, Séptima edición, Porrúa, México, 1991.
- CORCUERA CABEZUT, Santiago, *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*, Colección textos jurídicos universitarios, Quinta reimpresión, Oxford, México, 2012.
- DACASA LÓPEZ, Eduardo, *Análisis de la sociedad unipersonal*, Primera edición, Trillas, México, 2017.
- DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, *Historia Mínima del Derecho de Occidente*, Historia Mínima, Tercera Reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2016.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, Prólogo de Manuel Borja Martínez, Décimo segunda edición, Porrúa, México, 2010.
- FRANCÉS, Pedro, *Ética de los negocios. Innovación y responsabilidad*, Colección ética aplicada, Primera edición, Descleé de Brouwer, Bilbao, España, 2004.
- GARCÍA VELASCO, Gonzalo, *Persona jurídica. Doctrina y legislación mexicana*, Primera edición, Universidad Panamericana y Porrúa, México, 2009.

- GÓNGORA PIMENTEL, Genaro, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, Quinta edición, Porrúa, México, 1995.
- HERNÁNDEZ LEGORRETA, Cutberto y POMPA DÁVALOS, María Elena (Coords.), *Gobernanza Mundial: significado, crítica y aplicaciones en su dimensión regional*, Universidad La Salle. Facultad de Derecho, 50 aniversario, México, 2017.
- LEPAULLE, Pierre, *Tratado teórico práctico de los Trust*, Primera edición, Porrúa, México, 1975.
- LÓPEZ BENÍTEZ, Lilia Mónica, *Reflexiones sobre la justicia: retos y oportunidades desde la visión de una juzgadora*, Prólogo de Janine Otálora Malasis, Primera edición, Colofón, México, 2018.
- MIJANGOS y GONZÁLEZ, Pablo, *Historia Mínima de la Suprema Corte de Justicia de México*, Primera edición, Historia Mínima, Colegio de México, México, 2019.
- PLANAS FERNÁNDEZ, Emilio, *Valores en la empresa*, Primera reimpresión, Trillas, México, 2009.
- ROLDÁN XOPA, José, *La ordenación constitucional de la economía. Del Estado regulador al Estado garante*, Presentación de José Ramón Cossío Díaz, Política y Derecho, Serie Constitución de 1917, Primera edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2018.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *El Poder Ejecutivo en la Constitución mexicana*, Presentación de José Ramón Cossío Díaz, Política y Derecho, Serie Constitución de 1917, Primera edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2017.
- SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, *Derecho constitucional*, Décimo primera edición, Porrúa, México, 2007.
- SÁNCHEZ CAÑAS, Alejandro de Jesús, *El compliance legal de las empresas en materia de Derechos Humanos en México*, Doctrina, Primera edición, Thomas Reuters, México, 2020.
- SARTORI, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, Política y Derecho, Primera reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

SUÁREZ IÑIGUEZ, Enrique, *De los clásicos políticos*, Las ciencias sociales, Segunda década, Tercera edición. Facultad de Ciencias Políticas y sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México y Miguel Ángel Porrúa, México, 2001.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Derechos Humanos. Parte general*, Serie Derechos Humanos, Segunda edición, Tercera reimpresión, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014.

VILLAREAL, René, *Liberalismo social y reforma del Estado. México en la era del capitalismo posmoderno*, Nueva cultura económica, Nacional Financiera y Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

Hemerografía

ANZURES GURRÍA, José Juan, “La eficiencia horizontal de los derechos fundamentales”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, no. 22, enero-junio, 2010, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010.

CAMACHO, Zósimo, *741 reformas a 136 artículos: una Constitución rebasada*, febrero 3, 2020. www.contralinea.com.mx

GARCÍA CASTILLO, Tonatiuh, *La reforma constitucional mexicana de 2011 en materia de derechos humanos. Una lectura desde el derecho internacional*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, no. 143, vol. 48, México, mayo/agosto, 2015.

Jurisprudencia mexicana

Tesis: I. 2. A. E.6K (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 23, tomo IV, octubre 2015. Registro digital: 2110256.

Tesis: III. 40. C. 10 K (10ª.), *Semanario Judicial de la federación y su Gaceta*, libro 14, tomo III, enero 2015. Registro digital: 2008197.

Páginas de internet

El financiero. www.elfinanciero.com.mx

El juego de la Suprema Corte, *Nexos*. eljuegodelacorte.nexos.com.mx

Instituto de Investigaciones Jurídicas, *UNAM*. revistas.juridicas.unam.mx



LA DEBIDA APLICACIÓN DEL DERECHO CONVENCIONAL EN LA CONSERVACIÓN DE LAS LENGUAS INDÍGENAS EN MÉXICO¹

Blanca TORRES ESPINOSA *

Carlos Ernesto ARCUDIA HERNÁNDEZ**

Sara Berenice ORTA FLORES***

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en México.* III. *Marco jurídico e institucional en materia de lenguas indígenas en México.* IV. *Las lenguas indígenas y el control de convencionalidad en el ámbito internacional.* V. *Aplicación del derecho convencional en la Constitución Política del estado de San Luis Potosí y en las leyes estatales en defensa de las lenguas indígenas.* VI. *Las comunidades indígenas y el uso de sus lenguas en San Luis Potosí en el Siglo XXI.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

Resumen: Actualmente en México, se ha dado mayor importancia a los derechos humanos de los pueblos indígenas consagrados en el artículo segundo constitucional, uno de ellos, es la conservación de las lenguas indígenas como forma de identidad de un grupo y su uso ancestral como practica cultural. Por ello, a partir de 2018 el Instituto Nacional de los Pueblos

¹ Trabajo recibido el 09 de junio de 2022 y aprobado el 18 de septiembre de 2022.

* Doctora en derecho por la Universidad de Salamanca, España. Profesora de tiempo completo en la Universidad Autónoma de San Luis Potosí-FEPZH. Contacto: blancate2005@yahoo.es

** Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España. Profesor de tiempo completo en la Universidad Autónoma de San Luis Potosí-FEPZH. Contacto: carlosarcudia@gmail.com

*** Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Profesora de tiempo completo en la Universidad Autónoma de San Luis Potosí-FEPZH. Contacto: ortaflores@gmail.com

Indígenas es el encargado de verificar la debida aplicación de la ley en favor de estas personas, asimismo, en coordinación con el Instituto Nacional de las Lenguas Indígenas trabajan de forma conjunta para la conservación de las lenguas nativas mexicanas de los 68 grupos reconocidos oficialmente. La Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana, en jurisprudencia, señala que además de garantizar el respeto a la diversidad lingüística como derecho humano, se reconoce también la aplicación de los tratados internacionales de los que México forma parte, tema que se trata dentro del control de convencionalidad en el presente artículo. Por lo que el PROINALI en su punto III, se alinea a los tratados internacionales de los que México forma parte y de forma específica al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para destinar recursos y proyectos que lleven a la conservación y difusión de las lenguas.

Palabras clave: Control de convencionalidad, derecho indígena, derechos humanos, Instituto Nacional de las Lenguas Indígenas, lenguas indígenas.

Abstract: Currently in Mexico, greater importance has been given to the human rights of indigenous peoples enshrined in the second constitutional article, one of them is the conservation of indigenous languages as a form of group identity and their ancestral use as a cultural practice. For this reason, as of 2018 the National Institute of Indigenous Peoples is in charge of verifying the proper application of the law in favor of these people, likewise, in coordination with the National Institute of Indigenous Languages, they work together for the conservation of the native Mexican languages of the 68 officially recognized groups. The Supreme Court of Justice of the Mexican Nation, in jurisprudence, points out that in addition to guaranteeing respect for linguistic diversity as a human right, it also recognizes the application of international treaties to which Mexico is a party, an issue that is dealt with within the conventionality control in this article. Therefore, PROINALI in its point III, aligns itself with the international treaties to which Mexico is a party and specifically with the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights to allocate resources and projects that lead to the conservation and dissemination of languages.

Keywords: Control of conventionality, indigenous law, human rights, National Institute of Indigenous Languages, indigenous languages.

I. INTRODUCCIÓN

Atendiendo a la diversidad de lenguas indígenas que existen en México, es necesario tomar conciencia de la importancia que tienen, ya que existen desde antes del descubrimiento de América, y gracias a que han sobrevivido a lo largo de los siglos, a través de ellas conocemos nuestros orígenes, creencias y cultura, que con la Conquista logran un mestizaje.

Por lo que acudiremos a la historia y evolución de las diversas lenguas en México, cuáles son las más comunes, y que acciones ha tomado el gobierno para su supervivencia, así como el respeto a la autodeterminación de los pueblos originarios para continuar usando su lengua como símbolo de identidad.

En este trabajo es posible hablar del derecho humano a tener una identidad personal, incluye la de fomentar la lengua de su comunidad, así como aprender el castellano o español.

Las personas tienen derecho a la educación bilingüe al interior de sus lugares de origen, así como a conservar sus usos y costumbres, esto lo regula el artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, asimismo, señala que las Constituciones locales tienen la obligación de regular dicho derecho y hacerlo efectivo.

Al entrar al poder el actual presidente Lic. Andrés Manuel López Obrador en 2018, entra en funciones el Instituto Nacional Indigenista, que junto con el gobierno federal y aplicando la ley de la materia, es el encargado de velar por la debida aplicación de los derechos de los pueblos originarios, entre ellos, el fomento a las lenguas indígenas.

Asimismo, existe el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas con apoyo del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas, que se une a la labor señalada anteriormente, y que con apoyo de su página web, muestra el trabajo que realiza de forma cotidiana en beneficio y fomento de las lenguas indígenas.

Durante la pandemia de COVID-19, en 2020, se realizó un evento llamado Feria de las Lenguas Indígenas, el cual fue realizado en plataforma alterna debido a la situación sanitaria del país, esto permitió mantener el espacio para presentar de forma remota los bienes, productos, servicios y cultura indígena a todos los participantes.

En el ámbito internacional, haremos alusión al Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales el cuál sugiere el cuidado de las lenguas indígenas, educando, extendiendo las noticias por medios digitales con su debida traducción, en las páginas web de las dependencias, cuenta con abogados traductores capacitados en el área jurídica que defienden los derechos de estas personas sean víctimas o acusados, si se cuida del medio ambiente y la biósfera de las comunidades y, finalmente, en el ámbito cultural, verificar si ha recopilado información gramática y lingüística de las lenguas existentes antes de que desaparezcan, ya sea por medio de libros o diccionarios, entre otros temas.

También se hará mención de algunos instrumentos internacionales que protegen las lenguas indígenas como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, las Recomendaciones de Oslo relativas a los Derechos Lingüísticos de las Minorías Nacionales y la Declaración de Los Pinos (Chapoltepek) Construyendo un Decenio de Acciones para las Lenguas Indígenas, entre otros.

De forma específica, el estado de San Luis Potosí en México, tiene diversas leyes que regulan los derechos indígenas además de la Constitución local, estudiaremos leyes como las de Asistencia Social en Lengua *Tenek, Nahuatl y Xui*, Ley de Justicia Indígena y Comunitaria para el estado de San Luis Potosí y la Ley Reglamentaria del artículo 9° de la Constitución Política del Estado, Sobre los Derechos y la Cultura Indígena, todas ellas relacionadas con el tema de estudio.

Finalmente, haremos reflexiones en torno a las comunidades indígenas y el uso de sus lenguas en el estado de San Luis Potosí, hablaremos de los aspectos positivos para la subsistencia de las lenguas indígenas, así como de los aspectos negativos por la falta de atención por parte del gobierno y la sociedad para su conservación.

II. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN MÉXICO

Los pueblos indígenas, así como su identidad, cultura, política interna tradicional y demás costumbres, son protegidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) en el artículo 2, de ahí que la libre determinación en la toma de decisiones al interior de dichos grupos, debe ser respetada por los órdenes de gobierno, asimismo, tienen

derecho a contar con representantes ante los Ayuntamientos atendiendo a la paridad de género conforme a las normas aplicables.

A nivel estatal, sus derechos se contemplan en la Constitución interna tomando en cuenta el mencionado artículo 2 de la CPEUM, por lo que el poder Legislativo Local también los tomará en cuenta para la creación de leyes que afecten sus intereses, así como en la elaboración del Plan Estatal de Desarrollo, aplicando el derecho a la Consulta Indígena².

El artículo 2 en la fracción IV del Apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce el derecho de los pueblos indígenas a “Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad”, de ahí que al ejercer su derecho a la libre determinación incluye el derecho a hacerlo en la lengua indígena del lugar.

Los derechos señalados anteriormente, han tenido que ser incorporados a la CPEUM debido a la lucha incansable de éstos grupos para ser tomados en cuenta por los tres niveles de gobierno, la lucha toma posición cuando en 1994 el llamado Ejército Zapatista de Liberación Nacional, se revela en contra del gobierno mexicano debido a la indiferencia que había hacia éste sector de la población y a la violación a sus derechos humanos, a pesar de la revuelta social que generó ésta situación en México, se llega a la firma los acuerdos que se denominaron de San Andrés Larráinzar³ con el fin de que se respetaran sus derechos, se salvaguardaran sus usos y costumbres al elegir a sus autoridades tradicionales y municipales y brindar validez normativa a sus prácticas e instituciones internas que habían existido ancestralmente.

A partir del acontecimiento descrito en el párrafo anterior, los pueblos indígenas siguen haciendo historia y, en el estado de San Luis Potosí, para reconocer y apoyar las costumbres de los pueblos indígenas, el 28 de septiembre de 2014 (basada en los artículos 2º

² Atendiendo al fortalecimiento de la autonomía de las comunidades indígenas, también en el Estado de San Luis Potosí, se encuentra vigente la Ley de Consulta Indígena para el Estado y Municipios de San Luis Potosí (del año 2010), la cual fue creada con el fin de tomar en cuenta la opinión de los pueblos indígenas.

³ SÁMANO R., Miguel Ángel, “Los acuerdos de San Andrés Larráinzar en el contexto de la declaración de los derechos de los pueblos Americanos”, *Ponencia presentada en las X Jornadas Lascasianas Internacionales*, celebradas en el Antiguo Colegio de Santo Tomás, Antigua, Guatemala, del 7 al 9 de marzo del 2000, realiza un estudio sobre los acuerdos mencionados. <https://tinyurl.com/bdewz36k>

Vid. TORRES ESPINOSA, Blanca, *et. al.*, “El derecho convencional a la consulta indígena. Especial referencia al Estado de San Luis Potosí, México”, en MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime y CUBIDES CÁRDENAS (Coords.), *Control de convencionalidad. Efecto expansivo de protección de derechos humanos*, Ed. Primera Instancia, México 2020, p. 129 y ss., en dicho artículo se hace un estudio relacionado con el derecho a la consulta que tienen los pueblos indígenas.

de la Constitución Federal y 9º de la Constitución del estado de San Luis Potosí), inicia su vigencia la Ley de Justicia Indígena y Comunitaria para el estado de San Luis Potosí (reformada el 11 de octubre de 2017); previa a la entrada en vigor de la ley, se realizaron foros para consultar a las comunidades, el tema desarrollado con mayor pertinencia fue el de la libre determinación que incluye en general, la toma de decisiones al interior de éstos grupos y el respeto de las autoridades constitucionales al respetar sus usos y costumbres.

III. MARCO JURÍDICO E INSTITUCIONAL EN MATERIA DE LENGUAS INDÍGENAS EN MÉXICO

De acuerdo al INEGI, en México se hablan 68 lenguas indígenas,⁴ las cuales, han formado parte de nuestra cultura antes y después de la colonización española.

Actualmente la Ley Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas (LINPI) de 2018, hace referencia en diversos artículos la importancia de los pueblos indígenas, así como sus lenguas, el artículo 4º, fracción XL señala que: “el Instituto tiene la atribución de emprender programas, proyectos y acciones para el rescate, conservación, fortalecimiento y revitalización de las lenguas indígenas del país...”.

De ahí que no solo se conserve la lengua, sino que además se fomente en los lugares donde se habla y la educación sea bilingüe, asimismo, en las controversias judiciales, las personas tienen derecho a un traductor para defender sus derechos.

También existe una institución específica encargada de fomentar y defender las lenguas indígenas que es el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas, encargada de salvaguardar, comunicar y fomentar el uso de las mismas en México; la ley aplicable es la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas del 13 de marzo del 2003 y última reforma el 17 de enero del 2022, que en su artículo 1º señala que su objeto es: “regular el reconocimiento y protección de los derechos lingüísticos, individuales y colectivos de los pueblos y comunidades indígenas, así como la promoción del uso cotidiano y desarrollo de las lenguas indígenas, bajo un contexto de respeto a sus derechos”.

⁴ Vid. INEGI, “Estadísticas a Propósito del día Internacional de Los Pueblos Indígenas (9 de agosto)”, *Comunicado de Prensa Núm. 392/2020*, 2020. <https://tinyurl.com/yndk2h3t>

Las 68 lenguas indígenas reconocidas en México⁵ son válidas al igual que el español, asimismo, la legislación e información que emitan las dependencias Federales, Estatales y Municipales, deberá ser traducida en la lengua correspondiente para que sea entendida por los habitantes de los pueblos originarios.

El Estado garantizará el acceso a la justicia por medio de traductores oficiales en defensa de los particulares y, habrá traductores para las personas que hablen lenguas indígenas.

En materia de educación será lo mismo, el Estado garantizará la educación bilingüe en todos los niveles educativos, así como la investigación y, tendrá que incluir políticas y estrategias en el plan estatal de desarrollo tendientes a garantizar los derechos que se mencionan.

El Instituto Nacional de Lenguas Indígenas, tiene por objeto “promover el fortalecimiento, preservación y desarrollo de las lenguas indígenas que se hablan en el territorio nacional, el conocimiento y disfrute de la riqueza cultural de la Nación, y asesorar a los tres órdenes de gobierno para articular las políticas públicas necesarias en la materia”.

Las atribuciones más relevantes del Instituto Nacional de Lenguas Indígenas son: diseñar estrategias tendientes al desarrollo de las lenguas que se hablan en México en conjunción con los tres órdenes de gobierno, ampliar su uso y promover su preservación, realizar investigación con el INEGI para saber el número de hablantes, informar sobre la aplicación de la Constitución y Tratados Internacionales en materia de lenguas indígenas y, realizar convenios con apego a la Constitución en todo lo que se refiere a temas de la materia.

Para su funcionamiento interno, el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas, se conforma por un Consejo Nacional, el cual está integrado por siete representantes de la Administración Pública Federal, y son: la Secretaría de Cultura, Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Secretaría de Desarrollo Social, Secretaría de Comunicaciones y Transportes, Secretaría de Educación Pública, por un representante del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas y otro de la Secretaría de la Relaciones Exteriores.

⁵ Vid. Gobierno de México, *¿Sabías que en México hay 68 lenguas indígenas, además del español?*. <https://tinyurl.com/35pyxxeu>

Para determinar el número de lenguas indígenas habladas en México,⁶ hay que tomar en cuenta lo señalado en el artículo 20 de la Ley General de Derechos Lingüísticos, que señala: “El Consejo Nacional del Instituto Nacional de Lenguas Indígenas, previa consulta a los estudios particulares de los Institutos Nacional de Antropología e Historia y Nacional de Estadística, Geografía e Informática, a propuesta conjunta de los representantes de los pueblos y comunidades indígenas, y de las instituciones académicas que formen parte del propio Consejo, hará el catálogo de las lenguas indígenas; el catálogo será publicado en el Diario Oficial de la Federación”.

Las 68 agrupaciones lingüísticas existentes en México dispuestas en orden alfabético,⁷ son: *Akateko, amuzgo, awakateko, ayapaneco, cora, cucapá, cuicateco, chatino, chichimeco, jonaz, chinanteco, chocholteco, chontal de Oaxaca, chontal de Tabasco, Chuj, ch'ol, guarijío, huasteco, huave, huichol, ixcateco, Ixil, Jakalteko, Kaqchikel, Kickapoo, kiliwa, kumiai, ku'ahl, K'iche', lacandón, Mam, matlatzinca, maya, mayo, mazahua, mazateco, mixe, mixteco, náhuatl, oluteco, otomí, paipai, pame, pápago, pima, popoloca, popoluca de la Sierra qato'k, Q'anjob'al, Q'eqchi' , sayulteco, seri, tarahumara, tarasco, Teko, tepehua, tepehuano del norte, tepehuano del sur, texistepequeño, tlahuica, tlapaneco, tojolabal, totonaco, triqui, tzeltal, tsotsil, yaqui, zapoteco y zoque.*⁸

De acuerdo al INALI (Instituto Nacional de Lenguas Indígenas), al 5 de febrero de 2019, en México hay “25 millones de personas que se reconocen como indígenas, y siete millones 382 mil son hablantes de una de las 68 lenguas indígenas presentes en México, afirmó la Directora General Adjunta del INALI, Alma Rosa Espíndola Galicia”,⁹ actualmente, la mayoría de los mexicanos son parte del mestizaje desde la época colonial.

⁶ El INEGI en 2020, elaboró un informe sobre el número de personas que hablan lenguas indígenas en México, así como el catálogo oficial de las mismas. Vid. INEGI, “Estadísticas a Propósito del día Internacional de Los Pueblos Indígenas (9 de agosto)”, *Comunicado de prensa número 392/2020*, 2020. <https://tinyurl.com/yndk2h3t>. También puede ser consultado el catálogo de lenguas indígenas del INALI en: Gobierno de México, *Catálogo de las lenguas indígenas Nacionales*. <https://tinyurl.com/2yytz89w>

⁷ Vid. Gobierno de México, *Catálogo de las lenguas indígenas Nacionales*. <https://tinyurl.com/2yytz89w>. SCHEFFLER, Lilian, “Los Indígenas Mexicanos”, Ed. Panorama, México 2015, pp. 223. El libro hace una recopilación de las lenguas indígenas habladas en México, así como del lugar donde se hablan.

⁸ CIFUENTES, Barbara, *Lenguas para un pasado, huellas de una Nación*, Ed. INAH y CONACULTA, México 2002, p. 37 y ss.

⁹ INALI. *En el país, 25 millones de personas se reconocen como indígenas: INALI*, 2019. <https://tinyurl.com/rk3cr2s4>

El Programa Institucional 2020-2024 del INALI, derivado del Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de marzo de 2021,¹⁰ el marco jurídico aplicable a esta materia es en el ámbito nacional:

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas.
- Ley General de Cultura y Derechos Culturales.
- Ley General de Educación.
- Ley General de Desarrollo Social.
- Ley General de Comunicación Social.
- Ley Federal de las Entidades Paraestatales.
- Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.
- Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.
- Ley General de Responsabilidades Administrativas.
- Ley Federal del Derecho de Autor.
- Ley de Planeación.
- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.
- Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República.
- Ley sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales.
- Ley del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas.
- Reglamento de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales.
- Reglamento de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.
- Plan Nacional de Desarrollo (2019-2024).
- Programa Sectorial de Cultura (2020-2024).
- Estatuto Orgánico del Instituto Nacional de Lenguas Indígenas.

Tomando en cuenta los lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024, PROINALI señala que el principio rector es :“No dejar a nadie atrás, no dejar a nadie fuera”, propone implementar acciones para garantizar los derechos de los pueblos indígenas y

¹⁰ Vid. Secretaría de Gobernación. *Diario Oficial de la Federación*, 24 de marzo del 2021. <https://tinyurl.com/fx7ppcvv>

afromexicanos, enfocado de forma específica al garantizar la atención y desarrollo de las mujeres previniendo la violencia de género, su inclusión en la vida comunitaria y en las instancias estatales y federales y el fortalecimiento de su cultura, lengua y costumbres, así como su inclusión en los diversos sectores de la sociedad evitando la discriminación y exclusión. Dicho documento fue diseñado con fundamento en el artículo 26, Apartado A de la Constitución Mexicana.

Al INALI le corresponde promover, preservar y desarrollar las lenguas que se hablan en México, así como asesorar a los tres órdenes de gobierno en lo que se refiere a la toma de decisiones para la creación de políticas públicas en el área.

Desde su publicación el 24 de marzo de 2021, el PROINALI, como instrumento y guía de trabajo en el área lingüística, señala que las lenguas abren una ventana a la diversidad y a una fuente de conocimientos y riqueza cultural que nos permite conocer el pasado de nuestro país, por ello hay que conservar como forma de identidad de las comunidades indígenas el lenguaje.

El fomento y conservación de las lenguas fue ignorado desde la época Colonial e incluso después de la entrada en vigor de la Constitución de 1917, por lo que dichos grupos se vieron en la necesidad de llevar a cabo un levantamiento en 1994 en Chiapas (hasta ese momento se había optado por una política gubernamental enfocada exclusivamente en uso del idioma español, señalando que el uso de las lenguas indígenas era un obstáculo para el desarrollo de México) para exigir fueran oídos y tomados en cuenta por el Gobierno, solicitando la inclusión en la toma de decisiones en los tres ámbitos de gobierno.

Los Acuerdos de San Andrés Larráinzar, Chiapas, que firmaron el gobierno federal y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) el 16 de febrero de 1996, son los primeros acuerdos sobre derechos indígenas en México. Estos Acuerdos habrían pasado a la historia si el gobierno federal mexicano hubiera cumplido con lo pactado con los pueblos indígenas representados en la mesa de negociación por el EZLN y sus asesores, entre ellos académicos e intelectuales de reconocido prestigio identificados con las demandas de los pueblos indios, sin embargo, hoy

*estos Acuerdos son más conocidos internacionalmente por su falta de cumplimiento, que en el propio país.*¹¹

En 1999, el EZLN, presionó al gobierno federal, convocando a la sociedad civil a unirse para participar en la consulta nacional sobre acuerdos de San Andrés para el reconocimiento de la cultura y derechos indígenas; logrando que más tres millones y medio de personas se manifestaran públicamente para apoyar al movimiento y exigir que se cumpliera el contenido de los acuerdos firmados en 1994. A consecuencia de este acontecimiento, el artículo 2º Constitucional tuvo una importante reforma relativa a los derechos indígenas en 2001 así como la creación de la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas (LGDLPI), promulgada en 2003.

Los problemas iniciados en San Andrés Larráinzar, han sido modelo inspirador para que los pueblos indios americanos, iniciaran su proceso de reconocimiento y respeto ante sus gobiernos, logrando la aprobación por la OEA llamado: “Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, en sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016. Donde se regula también el respeto a las lenguas de los pueblos indígenas.

El Plan Nacional de Desarrollo Mexicano 2019 -2024 y el Programa Sectorial de Cultura 2020-2024, asumen el reconocimiento y promoción de la diversidad cultural y lingüística, por lo que además de la conservación y fomento de las lenguas, se destinan recursos públicos para que el INALI continúe con sus trabajos en el área respectiva.

Siguiendo con el Programa Institucional 2020-2024 del Instituto Nacional de Lenguas Indígenas (PROINALI), señala diversos aspectos que deben ser tomados en cuenta y que tienen que ver con el desarrollo y prevalencia de las lenguas, como es el ámbito de la educación básica, en el que se requiere un mayor número de maestros que hablen lengua indígena para atender las necesidades de los estudiantes por lo que atender a esta necesidad:

Para el ciclo escolar 2015-2016 existían 9,804 escuelas indígenas y casi la mitad de éstas (49%) eran atendidas por un solo docente. Existe un gran número de escuelas que no cuentan con docentes que hablen alguna de las lenguas indígenas de la comunidad; esta condición no se cumplía para el

¹¹ SÁMANO R., Miguel Ángel, et. al., *Los Acuerdos de San Andrés Larráinzar en el Contexto de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Americanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM, México, 2011, p. 105. <https://tinyurl.com/52ub3ww4>

9.2% de los preescolares indígenas, ni para el 7.8% de las primarias indígenas (UNICEF e INEE, 2017); solo el 59.7% de los profesores hablan la misma lengua que sus estudiantes (UNICEF e INEE, 2015).¹²

En el ámbito de la salud, señala el documento que, es necesario pagar traductores al interior de los hospitales donde preponderantemente se atiende a las comunidades indígenas, asimismo, en la esfera judicial, es necesario capacitar a mas traductores para apoyar a las personas que necesiten un traductor en lengua indígena, el sustento jurídico lo encontramos en el derecho a contar con un intérprete-traductor, reconocido en múltiples ordenamientos tales como el artículo 2, apartado A, fracción VIII de la CPEUM, el 8.2, inciso a de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el artículo 12 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el 13.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y los arts. 45 (párrs. 2° y 6°), 46, 110 (párr. 2°) y 113 Frac. XII del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Fortalecimiento de los recursos lingüísticos escritos, como reconocer, estimular y apoyar a la investigación, producción editorial comunitaria y la creación literaria eliminando la brecha digital.

También habla el plan de la limitada participación de los hablantes de lenguas indígenas en el desarrollo y fortalecimiento de sus lenguas, debido a la discriminación que han sufrido estas personas, desafortunadamente muchas de las lenguas tienden a desaparecer, “se calcula que a principios del siglo XIX más del 60% de la población mexicana hablaba una lengua indígena. Un siglo más tarde ya sólo representa el 20%, y a principios del siglo XXI sólo un 6.5% según la Encuesta Intercensal 2015 del INEGI”,¹³ por ello, ante el riesgo de desaparición de las lenguas indígenas, el plan señala que es importante reconocer, respaldar y fortalecer los procesos de planificación lingüística para impulsa el desarrollo de las lenguas a través de academias de lenguas originarias, organizaciones indígenas, por parte de los Ayuntamientos, investigadores, escritores y traductores.

¹² Vid. Secretaría de Gobernación, *Diario Oficial de la Federación*, 24 de marzo del 2021. <https://tinyurl.com/fx7ppcvv>

¹³ *Idem.*

Por lo anterior, el PROINALI, tiene 4 objetivos y acciones fundamentales a saber para el desarrollo de las lenguas:

<p>Programa Institucional 2020-2024 del Instituto Nacional de Lenguas Indígenas (PROINALI)</p>	<p>Programa Sectorial de Cultura 2020-2024 Objetivo prioritario 4. Proteger y conservar la diversidad, la memoria y los patrimonios culturales de México mediante acciones de preservación, investigación, protección, promoción de su conocimiento y apropiación.</p>
<p>Objetivo prioritario 1. Acrecentar la vitalidad de las lenguas de la población indígena</p>	<p>Objetivo prioritario 4. Estrategia prioritaria 4.3. Desarrollar acciones de identificación, conocimiento y salvaguardia del patrimonio inmaterial.</p>
<p>Objetivo prioritario 2. Incrementar la inclusión de las lenguas de la población indígena en contextos escritos y especializados</p>	<p>Objetivo prioritario 4. Estrategia prioritaria 4.4. Promover los derechos lingüísticos para el fortalecimiento, preservación y desarrollo de las lenguas indígenas que se hablan en el territorio nacional.</p>
<p>Objetivo prioritario 3. Fortalecer el ejercicio de los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas en las instituciones públicas</p>	<p>Objetivo prioritario 4. Estrategia prioritaria 4.4. Promover los derechos lingüísticos para el fortalecimiento, preservación y desarrollo de las lenguas indígenas que se hablan en el territorio nacional.</p>
<p>Objetivo prioritario 4. Mejorar las condiciones para la igualdad sociolingüística de la población indígena</p>	<p>Objetivo prioritario 4. Estrategia prioritaria 4.4. Promover los derechos lingüísticos para el fortalecimiento, preservación y desarrollo de las lenguas indígenas que se hablan en el territorio nacional.</p>

Fuente: PROINALI 2020-2024

El PROINALI, señala que estos objetivos tendrán que ser logrados en los 4 años señalados, y que las autoridades federales inmersas en la consecución de los fines, tendrán que apoyar para lograr dichas metas. Esto coadyuvará en la visión futura trazada por el INALI

para 2040, que es consolidarse como una institución que impulse la construcción de un Estado moderno, en el que la equidad, democracia, inclusión y justicia se asocien con la diversidad lingüística y cultural de México.

Finalmente, el PROINALI se adhiere al Decenio Internacional de las Lenguas Indígenas 2022-2032, cuya promulgación por la UNESCO coadyuvaron con la Secretaría de Cultura y el INALI en México en reunión llevada a cabo en febrero 2020 en la que quedó asentada la Declaración de los Pinos (Chapoltepek).

IV. LAS LENGUAS INDÍGENAS Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

De acuerdo con el criterio de la Suprema Corte de Justicia de Nación,¹⁴ el Estado Mexicano tiene la obligación de ejercer el control de convencionalidad,¹⁵ es decir, debe aplicar, promover y garantizar los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, entre los que se encuentran la diversidad lingüística. Por lo que el PROINALI mencionado en el punto III, se alinee a los tratados internacionales de los que México forma parte y de forma específica al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,¹⁶ que en su artículo 2 señala:

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

¹⁴ MARTÍNEZ VERÁSTEGUI, Alejandra, *et. al.*, Control de convencionalidad, *Cuadernos de jurisprudencia*, no. 10, Suprema Corte de Justicia de la Nación, julio 2021, p. 1 y ss. <https://tinyurl.com/4mmv7xn4>

¹⁵ MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime y CARRASCO SOULÉ, Hugo, “Evolución del control difuso de convencionalidad en Latinoamérica. Avances y retrocesos en México”, en MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, *et. al.*, *Control de Convencionalidad. Efecto Expansivo de Protección de Derechos Humanos*, Ed. Primera Instancia, México, 2020, p. 28 y ss.

¹⁶ Vid. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. <https://tinyurl.com/mr38usux>

El PROINALI, también hace alusión que, para su redacción, se tomó en cuenta la Constitución Mexicana y se atendieron las disposiciones internacionales anteriormente señaladas, asimismo, el marco jurídico aplicable es el siguiente:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
- Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.
- Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas.
- Declaración Universal de Derechos Lingüísticos.
- Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Convención Interamericana de Derechos Humanos.
- Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales.
- Declaración Universal de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura sobre la Diversidad Cultural.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer.
- Recomendaciones de Oslo relativas a los Derechos Lingüísticos de las Minorías Nacionales.
- Declaración de Los Pinos (Chapoltepek) Construyendo un Decenio de Acciones para las Lenguas Indígenas.

En este sentido, haremos mención que regulan los instrumentos internacionales más importantes en materia de lenguas indígenas, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948,¹⁷ en su artículo 2 señala que todas las personas tienen derechos y libertades sin distinción alguna, incluido el idioma o cualquier condición.

También encontramos en el ámbito internacional la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 2007,¹⁸ en su artículo 13, hace referencia al reconocimiento al idioma de éstos pueblos señalando la importancia de revitalizarlos, utilizarlos y fomentarlos con el fin de transmitirlos a las futuras generaciones, sin olvidarse de su uso en la educación en las escuelas de cualquier nivel, siendo el Estado quien proporcione los medios para tal fin y asegurar las comunicaciones en sus respectivos idiomas.

Otro documento fundamental en el estudio de los pueblos indígenas, es el relativo al Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes de 1989,¹⁹ que también regula la defensa de la lengua en las comunidades indígenas en los artículos 2, 13, 14, 16 y 30.

En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas,²⁰ se hace alusión a términos como lenguaje e idioma, y defiende los derechos de los pueblos indígenas a conservar sus costumbres, señala en los artículos 13, 14 y 28 que se debe brindar educación a los niños en su lengua nativa y en la del idioma oficial del país donde vive, con el fin de fomentar y promoverlas para su conservación, asimismo, los docentes deben dominar ambas lenguas para su incorporación en las instituciones educativas, todo con el fin de transmitir a las futuras generaciones el acervo cultural.

¹⁷ “El trabajo sobre la DUDH comenzó en 1946, con un comité de redacción integrado por representantes de una gran diversidad de países, entre ellos Estados Unidos, Líbano y China. El comité de redacción se amplió posteriormente para incluir a representantes de Australia, Chile, Francia, Reino Unido y la Unión Soviética, lo que permitió que el documento se beneficiara de aportaciones de Estados de todas las regiones y de su diversidad de contextos religiosos, políticos y culturales”. Vid. Amnistía Internacional. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. <https://tinyurl.com/42satkbf>

¹⁸ Vid. Naciones Unidas. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, 2008. <https://tinyurl.com/5n7c373s>

¹⁹ Vid. OIT. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Perú, 2014. <https://tinyurl.com/3zwk3fuj>

²⁰ Vid. Naciones Unidas. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, 2008. <https://tinyurl.com/5n7c373s>

Otro documento, aprobado en Barcelona España, llamado Declaración Universal de Derechos Lingüísticos de 1996,²¹ es aplicado por diversos países europeos donde aún se hablan diversas lenguas diversas a la oficial, por lo que este documento las protege y se extiende de forma internacional su aplicación a los países que han deseado adoptarla como es el caso de México, el artículo 1º señala que: “Esta Declaración entiende como comunidad lingüística toda sociedad humana que, asentada históricamente en un espacio territorial determinado, reconocido o no, se autoidentifica como pueblo y ha desarrollado una lengua común como medio de comunicación natural y de cohesión cultural entre sus miembros...”

Regula los mismos derechos señalados en los documentos mencionados anteriormente, hace uso de los términos como: comunidades lingüísticas, toponimia autóctona (que significa que las personas puedan usar los nombres propios tradicionales derivados de su idioma), también habla del respeto del idioma en la educación, la salud, la justicia, la cultura, las comunicaciones y en el ámbito socioeconómico, es decir el uso de sus lenguas en todas las actividades socioeconómicas dentro de su territorio.

También es necesario citar la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1981,²² la cual reafirma para los países del continente, la defensa de sus derechos humanos entre las que destacan la justicia social, el respeto a los derechos esenciales del hombre que incluyen el respeto al idioma que originariamente usen las personas, sin que por ello sean discriminadas.

Otro instrumento de apoyo internacional para la defensa de las lenguas tradicionales, son las Recomendaciones de Oslo Relativas a los Derechos Lingüísticos de las Minorías Nacionales del año de 1998,²³ en su artículo primero, señala la importancia de las minorías nacionales, y habla de las recomendaciones básicas relativas en el uso de sus lenguas, así como el respeto y fomento de las mismas, también hace alusión del uso de la lengua originaria como forma de comunicación en diversos ámbitos, como lo son la religión, su vida comunitaria, la economía, en el uso de los servicios públicos, su uso ante las instituciones

²¹ Vid. Declaración Universal de los Derechos Lingüísticos. <https://tinyurl.com/yzhpt3wj>

²² Vid. CNDH. Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1981. <https://tinyurl.com/vp4n2a6w>. Vid. MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime y CARRASCO SOULÉ, Hugo, *et. al.*, *Derecho Procesal Convencional Interamericano*, Ed. Primera Instancia, México, 2021, p. 126 y ss.

²³ Vid. OSCE. *Recomendaciones de Oslo relativas a los Derechos Lingüísticos de las Minorías Nacionales*, 1998. <https://tinyurl.com/3jc54pbv>

públicas, en el ámbito judicial, a tener un traductor si se encuentra en un proceso judicial o privado de su libertad entre otras cosas.

Finalmente, de forma más reciente se firma en México en el año 2019 la Declaración de Los Pinos [Chapoltepek] —Construyendo un Decenio de Acciones para las Lenguas Indígenas,²⁴ documento final del Evento de Alto Nivel titulado “Construyendo un Decenio de Acciones para las Lenguas Indígenas” con motivo de la clausura del Año Internacional de las Lenguas Indígenas (2019) 27 y 28 de febrero de 2020 Ciudad de México, además de los derechos protegidos en los instrumentos anteriores, incorpora como novedad la defensa de las lenguas indígenas, cambio climático y biodiversidad enfocada a la protección de las costumbres y tierras de éstos pueblos.

V. APLICACIÓN DEL DERECHO CONVENCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ Y EN LAS LEYES ESTATALES EN DEFENSA DE LAS LENGUAS INDÍGENAS

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el artículo 2° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 9° de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de San Luis Potosí, así como de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; obligan a México por tanto al Estado de San Luis Potosí a consultar a los pueblos y comunidades indígenas en el diseño de políticas públicas, programas, planes y acciones y legislación dirigida y que le afecte a los pueblos indígenas, sin olvidarnos del uso de sus lenguas en todo momento y sin ser causa de discriminación.

El Estado de San Luis Potosí se caracteriza por contar con la Zona Huasteca que abarca 20 municipios²⁵ de los 58 en todo el Estado, dentro de los cuales los grupos indígenas hacen predominantemente uso de las lenguas *Tenek*, *Nahuatl* y *Xi'oi* o *Pame* así como la presencia regular de los *Wirrarika* o Huicholes, por lo que también a nivel local, la

²⁴ Vid. UNESCO. *Declaración de Los Pinos [Chapoltepek] — Construyendo un Decenio de Acciones para las Lenguas Indígenas: documento final del Evento de Alto Nivel titulado “Construyendo un Decenio de Acciones para las Lenguas Indígenas” con motivo de la clausura del Año Internacional de las Lenguas Indígenas (2019) 27 y 28 de febrero de 2020 Ciudad de México*, 2020. <https://tinyurl.com/yeu4ee95>

²⁵ Vid. Secretaría de Cultura. *Huasteca Potosina*, 2016. <https://tinyurl.com/yck8jx85>

Constitución reconoce a los pueblos y comunidades indígenas, así como la defensa, protección, difusión y fortalecimiento de las lenguas indígenas sin distinción alguna.

Los Municipios huastecos son: la componen: Aquismón, Axtla de Terrazas, Ciudad Valles, Coxcatlán, Ébano, El Naranjo, Huehuetlán, Matlapa, San Antonio, San Martín Chalchicuautla, San Vicente Tancuayalab, Tamasopo, Tamazunchale, Tampacán, Tampamolón Corona, Tamuín, Tancanhuitz de Santos, Tanlajás y Tanquián de Escobedo,²⁶ que además de hablar lenguas indígenas, cuentan con una riqueza orográfica e hidrográfica dotada de una flora, fauna y paisajes únicos.

El artículo 9º fracción segunda de la Constitución de San Luis Potosí, señala: “El Estado reconoce a sus pueblos indígenas su unidad, lenguas y derechos históricos, manifiestos éstos en sus comunidades indígenas a través de sus instituciones políticas, culturales, sociales y económicas, así como su actual jurisdicción territorial, formas autonómicas de gestión y capacidad de organización y desarrollo internos”.

De forma específica, el estado de San Luis Potosí en México, tiene diversas leyes que regulan los derechos indígenas además de la Constitución local, estudiaremos leyes como las de Asistencia Social en Lengua *Tenek, Nahuatl y Xui*, Ley de Justicia Indígena y Comunitaria para el Estado de San Luis Potosí y la Ley Reglamentaria del Artículo 9º de la Constitución Política del Estado, Sobre los Derechos y la Cultura Indígena entre las más importantes.

Derivada de la Constitución Estatal, se encuentra vigente la Ley de Asistencia Social que ha sido traducida en *Nahualt, Tenek y Pame*,²⁷ lo que refuerza el uso y difusión de las lenguas indígenas el Estado de San Luis Potosí, del 20 de diciembre del 2021; dicha ley regula la obligación del estado a proporcionar servicios de asistencia en la entidad con acompañamiento con el Desarrollo Integral de la Familia, entre los que se encuentran: ofrecer alimentos a las personas que lo necesitan a través de bancos concertados con el estado; ofrecer servicios médicos gratuitos a cualquier persona discapacitada o vulnerable con el fin de lograr su recuperación y bienestar y dotarlos de aparatos ortopédicos necesarios; fomentar programas dirigidos a los jóvenes para evitar las enfermedades de transmisión sexual, *bullying* o adicciones; protección de niñas, niños y adolescentes y defensa de las personas adultas mayores; personas afectadas por desastres naturales; ayuda a personas que viven en

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Vid. H. Congreso del Estado de San Luis Potosí. *Leyes*. <https://tinyurl.com/re35wa7j>

zonas rurales con necesidades socioeconómicas deficientes incluidas las zonas indígenas; mujeres desprotegidas, maltratadas y, personas indigentes.

Dentro del sistema Estatal de Asistencia Social, se encuentra el Instituto de Desarrollo Humano y Social de los Pueblos y Comunidades Indígenas, encargado de atender las necesidades de éstos grupos, siendo obligación comunicarse con ellos en su lengua de origen sino hablan el español, por medio de traductores oficiales, siendo un problema que aún no ha sido resuelto, a pesar de que existe una población de 14 mil 514 personas hablantes de lengua indígena en condición de discapacidad, y 31 mil 841 en condición de limitación, lo que representa el 6.3% y el 13.8% de la población hablante de lengua indígena,²⁸ ante esta situación hay que decir que aún faltan traductores oficiales en las dependencias del estado y los municipios que apoyen para atender a éstas personas garantizando realmente su derecho humano a comunicarse en la lengua materna, de hecho, uno de los objetivos del PROINALI es dar atención a ésta carencia.

También se encuentra vigente la Ley de Justicia Indígena y Comunitaria para el Estado de San Luis Potosí del 11 de octubre de 2017, que deriva del artículo 9 de la Constitución Estatal, destaca que derivado de las reformas constitucionales del 2008 en materia penal a la Constitución Federal, se hizo necesario adecuar la normativa en el estado, y de forma específica, ésta normativa hace alusión a los pueblos indígenas.

En este sentido, es obligación del Estado garantizar a los pueblos indígenas el acceso justo a la justicia en cualquier ámbito, el artículo 4° señala que “se entiende y reconoce como sistema normativo indígena, aquél que comprende reglas generales, mediante las cuales la autoridad indígena regula la convivencia, la prevención y solución de conflictos internos; la definición de derechos y obligaciones; el uso y aprovechamiento de espacios comunes; así como la aplicación y ejecución de sanciones”.

El artículo 6° señala: “En todo procedimiento administrativo o jurisdiccional en que un indígena sea parte, el estado garantizará que cuente con intérprete o traductor, así como defensor que conozca sus sistemas normativos, su lengua y su cultura”.

Finalmente, también es aplicable la Ley Reglamentaria del artículo 9° de la Constitución Política del Estado de San Luis Potosí, sobre los Derechos y la Cultura Indígena

²⁸ H. Congreso del Estado de San Luis Potosí. *Ley de Asistencia Social para el Estado y Municipios de San Luis Potosí*, Instituto de Investigaciones Legislativas, 2021, p. 7. <https://tinyurl.com/yzhzucx8>

del 3 de marzo del 2020,²⁹ al igual que la ley anterior, es reglamentaria del artículo 9° de la Constitución la cual defiende en lo general los derechos de los pueblos indígenas, el artículo 1° hace alusión al respeto, desarrollo de sus culturas, creencias, conocimientos, lenguas, usos, costumbres, medicina tradicional y recursos; así como el reconocimiento de sus derechos históricos.

Habla del acceso a la justicia y seguridad indígenas, específicamente el Capítulo IV, Sección Segunda, regula lo relativo a la educación y las lenguas indígenas, señalando que en cualquier nivel educativo es obligación de las instituciones fomentar la lengua indígena y enseñar el español; la ley también regula lo relativo al uso de las lenguas nativas por medio de la investigación y su fortalecimiento de forma oral y escrita, así como la publicación de resultados y su difusión al público; también habla del desarrollo de las comunicaciones en beneficio de éstas comunidades y difusión de su cultura.

El uso de una lengua indígena no es motivo de discriminación, y finalmente, señala la ley en el tema de estudio, que el Congreso del Estado publicará y traducirá esta ley en las lenguas propias del Estado para su difusión en las comunidades indígenas.

VI. LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y EL USO DE SUS LENGUAS EN EL SAN LUIS POTOSÍ EN EL SIGLO XXI

Como se menciona en párrafos anteriores, oficialmente existen 68 grupos indígenas y por lo tanto 68 lenguas usadas por los grupos indígenas en México. A pesar de la Conquista Española, es un bien cultural que ha sobrevivido a pesar de la forzosa evangelización y la imposición del idioma español.

Afortunadamente el artículo 2° Constitucional, actualmente defiende el uso de las lenguas indígenas en México reconociéndolas como parte de sus ancestros y cultura; en este sentido la UNESCO celebra cada 21 de febrero, desde el año 2000, como el día Internacional de la Lengua Materna.³⁰

Sin embargo, es una realidad que han atravesado por un sin fin de situaciones positivas y negativas; entre las positivas destacan el uso de las mismas y su supervivencia

²⁹ Vid. H. Congreso del Estado de San Luis Potosí. *Ley Reglamentaria del artículo 9° de la Constitución Política del Estado de San Luis Potosí, sobre los Derechos y la Cultura Indígena*. <https://tinyurl.com/28b6s3bs>

³⁰ Vid. UNESCO, *Día Internacional de la Lengua Materna*. <https://tinyurl.com/5n8t5jut>

hasta nuestros días, así como su reconocimiento como un derecho humano, en la Constitución Mexicana, para los pueblos que las hablan.

Como ya se analizó anteriormente, uno de los grandes logros en nuestra Constitución, es la regulación de todos los derechos de los pueblos indígenas, en lo que se refiere al uso de las lenguas indígenas, es importante conservarlas ya que a través de ellas se han transmitido de generación en generación conocimientos tradicionales como la medicina tradicional, la etnobotánica e incluso la gastronomía.

En esta época moderna, se hace en México un esfuerzo considerable para conservar las lenguas indígenas que aún existen, y por medio del PROINALI, se inyectan recursos públicos para que las lenguas no solo se hablen, sino que se conserve su ortografía y fonética en textos escritos y por medio de la escritura, así como el fomento de proyectos de investigación enfocados a los mismos fines.

La mujer es la célula fundamental en la conservación y transmisión de las lenguas indígenas, ya que son las que transmiten el conocimiento a los niños, así como las costumbres ancestrales, de ahí que no solo hay presupuesto destinado al tema de las lenguas, sino a la defensa de la mujer y su desarrollo e inclusión en la vida económica, social, cultural, laboral etc.

Hay que recordar que 2019 fue el año Internacional de las Lenguas Indígenas y que México forma parte del llamado “Decenio de las Lenguas indígenas”, el cual inicia en 2022 y concluye en 2032, y sus objetivos están plasmados en la denominada “Declaración de los Pinos” Chapoltepek, siendo los objetivos principales:

- 1) Integrar las lenguas indígenas, la diversidad lingüística y el multilingüismo en los marcos y mecanismos mundiales del desarrollo sostenible.
- 2) Brindar apoyo a los sistemas de justicia y servicios públicos a las personas que hablan lenguas indígenas, así como la creación de instituciones que mejoren la calidad de vida de estos grupos.
- 3) Crear políticas públicas relacionadas con la educación (incluidos los juegos tradicionales), la cultura, la información, la investigación, la tecnología, la salud, el medio ambiente, el empleo, erradicar la violencia de género, y su incorporación en el ámbito económico y social.

Es importante la conservación de las lenguas ya que aportan al mundo conocimientos únicos y formas de comprender nuestro mundo de forma diferente. Ayudan a fomentar la paz y el desarrollo sostenible y, potencian la libertad de los pueblos indígenas y la protección de sus derechos humanos.

Desde 2017 se lleva a cabo la Feria de las Lenguas Indígenas Nacionales (FLIN), desde entonces se ha ido realizando año con año, en 2020 debido a la pandemia COVID-19 el evento se hizo virtual.

En el marco del Año Internacional de las Lenguas Indígenas (AILI), la FLIN 19 “Ni una lengua menos”, tuvo como invitados nacionales a las lenguas en muy alto riesgo de desaparición de los estados de Baja California, Chihuahua, Durango, Sinaloa y Sonora; y por primera contó con un invitado internacional: Canadá. Se contó la colaboración de la Oficina de la UNESCO en México. En esta ocasión, se tuvo por primera vez cuatro sedes simultáneas: el Centro Nacional de las Artes (CENART) el Museo Nacional de Arte (MUNAL), el Complejo Cultural Los Pinos (CCLP) y la Cineteca Nacional³¹ en la Ciudad de México.

Las situaciones negativas por las que han atravesado los pueblos indígenas que hablan sus lenguas originarias, han sido a lo largo de los siglos causa de discriminación, al grado que desde la época de la colonia³² hasta el levantamiento de éstos grupos en Chiapas durante 1994, las políticas públicas habían estado enfocadas al uso de una sola lengua que es el español, haciendo a un lado a las lenguas originarias y fomentando su desuso y desaparición; a pesar de la hecatombe, lo maravilloso del tema, es que han sobrevivido y afortunadamente han sido reconocidas y respetadas en el artículo 2º de la Constitución mexicana, como producto de la lucha incansable de las personas que las hablan.

Otro factor negativo que hará que las lenguas desaparezcan con celeridad, es la falta de respeto a sus tierras, el cambio climático y la desaparición de la flora y la fauna por sobreexplotación territorial, teniendo que desplazarse de sus lugares de origen.

VII. CONCLUSIONES

1. A partir del levantamiento en contra el gobierno en Chiapas en 1994, inicia la lucha moderna de los pueblos indígenas, es a partir de ese momento que las necesidades de esta

³¹ Vid. INALI. *Feria de las Lenguas Indígenas Nacionales*, 2020. <https://tinyurl.com/3r5zj2ea>

³² OLIVA DE COLL, Josefina, *La Resistencia Indígena ante la Conquista*, 8ª. Edic., Ed., Siglo Veintiuno, México, 1991, p. 77 y ss., Vid. Capítulo IV, referente a la Nueva España.

parte de la población (excluida desde la época colonial) empiezan a ser escuchadas por el gobierno, siendo uno de los grandes logros de esa lucha, la regulación actual del artículo 2º Constitucional y leyes que derivan de ella, enfocadas exclusivamente a defender la cultura, religión, acceso a la justicia, sus lenguas, sus tierras, costumbres y en general, cualquier otro derecho.

2.- En el ámbito internacional, en el derecho convencional también se ha hecho conciencia de la importancia que tiene defender los derechos humanos de los pueblos indígenas que viven en todo el mundo, por lo que se han creado documentos que regulan sus derechos básicos, e invitan a los países que así lo decidan, a ser partícipes de los contenidos y regulación en su normativa interna; México se ha adherido entre otros a: la Declaración Universal de los Derechos Humanos la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Recomendaciones de Oslo relativas a los derechos lingüísticos de las minorías nacionales y la Declaración de los Pinos (Chapoltepek) Construyendo un Decenio de Acciones para las Lenguas Indígenas.

3.- De forma específica, el Estado de San Luis Potosí en México, ha atendido las disposiciones federales y el artículo 9º de la Constitución Estatal también defiende, reconoce, difunde y regula los derechos de sus pueblos indígenas y sus lenguas, entre las que se encuentran principalmente grupos que hablan las lenguas *Nahuatl*, *Tenek* y *Pame*, por lo que, leyes como la de Asistencia Social, ha sido traducida a estos idiomas. También se reconocen los derechos de estas personas en leyes como la Ley de Justicia Indígena y Comunitaria para el Estado de San Luis Potosí y la Ley Reglamentaria del artículo 9º de la Constitución Política del Estado de San Luis Potosí, sobre los Derechos y la Cultura Indígena.

4.- La UNESCO celebra cada 21 de febrero desde el año 2000, el día Internacional de la Lengua Materna y en México anualmente desde 2017 se lleva a cabo la FLIN, en 2020 debido a la pandemia COVID-19 el evento se hizo virtual, , siendo el INALI e INPI patrocinadores y organizadores del evento

5.- El Programa Institucional 2020-2024 del Instituto Nacional de Lenguas Indígenas (PROINALI), señala diversos aspectos que deben ser tomados en cuenta y que tienen que ver con el desarrollo y prevalencia de las lenguas, como es el ámbito de la educación básica y de salud en el que se requiere un mayor número de maestros y personas que hablen lengua indígena para ser traductores oficiales. Los objetivos del PROINALI en defensa de los Pueblos Indígenas son: 1. Acrecentar la vitalidad de las lenguas de la población indígena. 2. Incrementar la inclusión de las lenguas de la población indígena en contextos escritos y especializados. 3. Fortalecer el ejercicio de los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas en las instituciones públicas y 4. Mejorar las condiciones para la igualdad sociolingüística de la población indígena.

6.- Se hace necesario en México, crear Carreras Universitarias y especialidades destinadas al aprendizaje y difusión de las lenguas indígenas, así como destinar recursos públicos enfocados a la investigación para la conservación de las lenguas indígenas.

7.- Un punto importante que se ha regulado en los documentos internacionales, como es el caso de “*Declaración de los Pinos*” Chapoltepek, siendo un tema innovador en la defensa de los pueblos indígenas, la protección del medio ambiente y la biodiversidad, y señala que se deben tomar medidas para evitar el cambio climático, ya que la tierra es parte fundamental de los pueblos originarios porque es la base de sus asentamientos y propagación de su cultura.

8.- Finalmente como sugerencia, con el fin de difundir y preservar las lenguas indígenas, sería conveniente que el INALI realizara con mayor frecuencia foros y conversatorios virtuales para discutir y conocer las necesidades de estos grupos, invitando a especialistas y estudiosos del tema, sin dejar atrás, a los representantes (hombre y mujeres) de las comunidades de diversas partes del país para intercambiar ideas y conocimientos tradicionales de norte a sur.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

CIFUENTES, Barbara, Lenguas para un pasado, huellas de una Nación, Ed. INAH y CONACULTA, México 2002.

- MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime y CARRASCO SOULÉ, Hugo, *et. al.*, *Derecho Procesal Convencional Interamericano*, Ed. Primera Instancia, México, 2021.
- MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime y CUBIDES CÁRDENAS (Coords.), *Control de convencionalidad. Efecto expansivo de protección de derechos humanos*, Ed. Primera Instancia, México, 2020.
- MARTÍNEZ VERÁSTEGUI, Alejandra, *et. al.*, Control de convencionalidad, *Cuadernos de jurisprudencia*, no. 10, Suprema Corte de Justicia de la Nación, julio 2021.
<https://tinyurl.com/4mmv7xn4>
- OIT. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Perú, 2014.
<https://tinyurl.com/3zwk3fuj>
- OLIVA DE COLL, Josefina, *La Resistencia Indígena ante la Conquista*, 8ª. Edic., Ed., Siglo Veintiuno, México, 1991.
- SÁMANO R., Miguel Ángel, *et. al.*, *Los Acuerdos de San Andrés Larrainzar en el Contexto de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Americanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM, México, 2011. <https://tinyurl.com/52ub3ww4>
- SCHEFFLER, Lilian, “Los Indígenas Mexicanos”, Ed. Panorama, México 2015,

Legisgrafía

- CNDH. Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1981.
<https://tinyurl.com/vp4n2a6w>
- Declaración Universal de los Derechos Lingüísticos. <https://tinyurl.com/yzhpt3wj>
- H. Congreso del Estado de San Luis Potosí. *Ley de Asistencia Social para el Estado y Municipios de San Luis Potosí*, Instituto de Investigaciones Legislativas, 2021.
<https://tinyurl.com/yzhzucx8>
- H. Congreso del Estado de San Luis Potosí. *Ley Reglamentaria del artículo 9º de la Constitución Política del Estado de San Luis Potosí, sobre los Derechos y la Cultura Indígena*. <https://tinyurl.com/28b6s3bs>
- H. Congreso del Estado de San Luis Potosí. *Leyes*. <https://tinyurl.com/re35wa7j>
- Ley de Consulta Indígena para el Estado y Municipios de San Luis

Naciones Unidas. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, 2008. <https://tinyurl.com/5n7c373s>

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. <https://tinyurl.com/mr38usux>

Páginas de internet

Amnistía Internacional. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. <https://tinyurl.com/42satkbf>

Gobierno de México, *¿Sabías que en México hay 68 lenguas indígenas, además del español?*. <https://tinyurl.com/35pyxxeu>

INALI. *Catálogo de las lenguas indígenas nacionales*. <https://tinyurl.com/2yytz89w>

INALI. *En el país, 25 millones de personas se reconocen como indígenas: INALI*, 2019. <https://tinyurl.com/rk3cr2s4>

INALI. *Feria de las Lenguas Indígenas Nacionales*, 2020. <https://tinyurl.com/3r5zj2ea>

INEGI, “Estadísticas a Propósito del día Internacional de Los Pueblos Indígenas (9 de agosto)”, *Comunicado de Prensa Núm. 392/2020*, 2020. <https://tinyurl.com/yndk2h3t>

OSCE. *Recomendaciones de Oslo relativas a los Derechos Lingüísticos de las Minorías Nacionales*, 1998. <https://tinyurl.com/3jc54pbv>

SÁMANO R., Miguel Ángel, “Los acuerdos de San Andrés Larráinzar en el contexto de la declaración de los derechos de los pueblos Americanos”, *Ponencia presentada en las X Jornadas Lascasianas Internacionales*, celebradas en el Antiguo Colegio de Santo Tomás, Antigua, Guatemala, del 7 al 9 de marzo del 2000. <https://tinyurl.com/bdewz36k>

Secretaría de Cultura. *Huasteca Potosina*, 2016. <https://tinyurl.com/yck8jx85>

Secretaría de Gobernación. *Diario Oficial de la Federación*, 24 de marzo del 2021. <https://tinyurl.com/fx7ppcvv>

UNESCO, *Día Internacional de la Lengua Materna*. <https://tinyurl.com/5n8t5jut>

UNESCO. *Declaración de Los Pinos [Chapoltepek] — Construyendo un Decenio de Acciones para las Lenguas Indígenas: documento final del Evento de Alto Nivel titulado “Construyendo un Decenio de Acciones para las Lenguas Indígenas” con*

motivo de la clausura del Año Internacional de las Lenguas Indígenas (2019) 27 y 28 de febrero de 2020 Ciudad de México, 2020. <https://tinyurl.com/yeu4ee95>



PRINCIPIO PRO HOMINE ¿CUESTIÓN DE HUMANISMO? O TEMA DE LEGALIDAD¹

Ricardo MARTÍNEZ QUINTERO*

A veces pareciera que hubiera orientado mi vida para defraudar a mis padres. Qué vergüenza. No obstante, mi consciencia está tranquila y limpia.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El nacimiento del reconocimiento de los derechos humanos. Una mirada revolucionaria a la persona con efectos legales.* III. *Evolución histórica generacional de los derechos humanos.* IV. *Del principio pro homine.* V. *El principio pro homine durante la pandemia.* VI. *Algunas conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

Resumen: Dinámica insustituible y permanente al interior de un estado social, garante del derecho y la democracia constitucional, es el respeto epistemológico de la base que lo sustenta. De tal manera que en toda época se vea el reflejo de aquella en el ejercicio de los derechos, en especial los fundamentales, pues de otra forma se desquiciaría el fundamento,

¹ Trabajo recibido el 2 de mayo de 2022 y aprobado el 27 de agosto de 2022.

* Abogado con especializaciones en ciencias penales y criminología por la Universidad Externado de Colombia. Especializado en casación penal y magister en derecho con énfasis en derecho penal por la Universidad la Gran Colombia, con tesis meritoria. Maestría en Filosofía Latinoamericana y doctorando en filosofía por la Universidad Santo Tomás. Ha sido magistrado Auxiliar y conjuer de la Corte Suprema de Justicia. Juez de todas las instancias en materia penal en Colombia. Decano de derecho en Universidad pública del orden nacional. Docente e investigador de posgrado en las universidades Libre, La Gran Colombia, Santo Tomás, Autónoma, las Escuelas de Posgrado y de Cadetes de la Policía Nacional Francisco de Paula Santander y Católica de Nuestra Señora de la Asunción, Encarnación Paraguay. Formador de la escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla. Actualmente Conjuer de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. D.C. Presidente del Colegio de Abogados Casacionistas de Colombia. Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, de la Asociación Mundial de Justicia constitucional, del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos, del Colegio de Abogados Grancolombianos y del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Contacto: rimarquín@hotmail.com

dándole alcance a otro régimen político y jurídico, con consecuencias inimaginadas. El principio *pro homine*, contiene esta descripción. Por ende, el humanismo y la legalidad se deben trenzar en un trabajo coherente y armónico, capaz de soportar los embates de la historia, como el caso de la pandemia en medio de la criminalidad creciente, tornando visible jueces verdaderamente garantes y equilibrados, frente al complejo ejercicio de administrar justicia material.

Palabras clave: Derechos humanos, equilibrio, garantías, pandemia, Principio *pro homine*.

Abstract: Irreplaceable and permanent dynamics within a social state, guarantor of constitutional law and democracy, is the epistemological respect of the base that sustains it. In such a way that at all times the reflection of that in the exercise of rights is seen, especially the fundamental ones, because otherwise the foundation would be unhinged, giving scope to another political and legal regime, with unimagined consequences. The *pro homine* principle contains this description. Therefore, humanism and legality must be braided into a coherent and harmonious work, capable of withstanding the ravages of history, such as the case of the pandemic in the midst of growing crime, making truly guarantor and balanced judges visible, in the face of complex exercise of administering material justice.

Keywords: Human rights, balance, guarantee, pandemic, Pro homine principle.

I. INTRODUCCIÓN

Vergonzoso por decir lo menos, a estas alturas del siglo XXI la humanidad no haya podido superar el flagelo de la guerra, un ejemplo a su irracional culto, las invasiones a los territorios de parte de unos en contra de otros, el aumento de las cifras de la corrupción, incluidas las tareas concernientes a la función pública de la administración de justicia, a sabiendas de los progresos teóricos que sobre la materia de los derechos humanos fue incorporando el derecho positivo en sus cauces a fin de que, por encima de cualquier criterio político, pese la información proveniente de los postulados de la naturaleza. Espacio dentro del cual, sin duda, han venido emergiendo a las vistas de la criatura humana, esos derechos demandantes de

inviolabilidad, con ello factible la construcción de la idea de paz y progreso colectivo de los pueblos.

Presupuesto desde el que promovemos este estudio para asegurar el marco de repensamiento, tendiente a poner en claro las grandes distancias entre los discursos y su real aplicación en detrimento de los esperados y significativos cambios del derecho, como instrumento racional de paz y armonía para en su lugar haberse convertido en el escenario propicio de la creación de los nuevos conceptos de la guerra y la violencia en todas sus formas. Es decir, una propuesta contranatura a la custodia de los derechos de la persona.

Con esto en mente, primero compartiré una visita histórica con el ánimo de destacar cómo ese hoy conocido principio *pro homine* es consecuencia del miramiento que desde lo humano provocó y seguirá provocando los movimientos revolucionarios en aras del reconocimiento de elementales derechos en cabeza del género humano. Qué es uno solo.

Con base en lo anterior, proseguiré con la tarea de demostrar la doble dimensión del principio en el sentido de que, si bien resultó indispensable positivizarlo, esto no garantiza su plena efectividad. Sobre todo en momentos en los que se vierten distintas ideologías que comprometen su naturaleza a cambio de favores políticos. Pedestal en el que pareciera estabilizarse de manera definitiva la nueva concepción del derecho. Sin advertir sus fatales consecuencias en perjuicio de la humanidad misma.

No sin antes recordar algunos pronunciamientos y posiciones jurisprudenciales sobre el crucial principio, concluiré con algunas aseveraciones netamente de carácter personal. Todo basado en la evidencia a granel.

Con ello, acompañar una vez más con inmenso agrado a uno de los mejores exponentes del derecho convencional en el continente, defensor acérrimo de los derechos humanos, el Gran Maestro y amigo tocayo Alfonso Jaime Martínez Lazcano, a quien celebro conocer y seguir aprendiendo con vocación de gladiador.

II. EL NACIMIENTO DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS. UNA MIRADA REVOLUCIONARIA A LA PERSONA CON EFECTOS LEGALES

Como bien lo anota Rodrigo Uprimny Yepes, condiscípulo externadista, su hermana Margarita y Oscar Parra Vera, dentro del plan de formación de la rama judicial en Colombia

del año 2017, plasmado en el texto de derechos humanos y derecho internacional humanitario; entre el artículo 1 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, existe una grande y notoria diferencia, puesta en evidencia por Norberto Bobbio. En efecto, la expresión “hombres” contenida en el primero de los catálogos de libertad, respecto de la de “todos los seres humanos” de la segunda, no aborda la profundidad y la complejidad del aserto en lo que realmente significa el reconocimiento de los derechos humanos en la criatura humana.²

Por el contrario “ los dos textos tienen diferencias profundas que derivan de la evolución del contenido de los derechos humanos. Es necesario distinguir entre igualdad del derecho frente a igualdad de hecho, o, en otras palabras, entre igualdad formal e igualdad sustancial”.³

De esta manera, ciertamente, una es la igualdad que se predica de la situación frente al texto normativo que aquella frente a una realidad que impone entre otras cosas al juez, interpretar e interpretarse en el mundo del derecho garantista.

Así como en materia sucesoral suele enseñarse que los órdenes hereditarios descendientes, ascendientes, se colateralizan y finalmente los contiene el Estado, tratándose de los derechos humanos, estos nacen, surgen, son paridos por la naturaleza luego se desarrollan en la forma de derechos positivos particulares para alcanzar su auténtica realización como derechos positivos universales. De ahí, el sentido que debe darse al carácter dialéctico con que emergieron y seguirán emergiendo esos derechos con base en su Declaración Universal.

La única consideración de los derechos humanos como naturales, es apenas una explicación histórica de un punto de partida de ellos frente al contexto y los sistemas jurídicos, pues bien se sabe que en esa primera faceta su reclamación obedeció a su desconocimiento por parte de los Estados, por consiguiente promotor de insurrecciones y revoluciones con base en el conocido derecho a la resistencia.⁴ En contraste a lo provocado después de ser plasmados en las constituciones con la pretensión de su protección, la que de

² UPRIMNY YEPES RODRIGO, *et. al.*, *Derechos humanos y derecho internacional humanitario*, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Imprenta Nacional, Bogotá, Colombia, 2017, p. 34.

³ *Ibidem*.

⁴ Utilizo la expresión “resistencia” desde un punto de vista de reacción netamente humana, no política como hoy por hoy se viene haciendo, paradójicamente en contra de su verdadera lucha por su efectividad.

no ser satisfecha, autoriza la promoción de las acciones judiciales de todo orden ante el Estado infractor. En consideración a esto, destaca Bobbio que los derechos humanos no son el producto de la naturaleza sino de la civilización humana. De lo que por supuesto, nos apartamos en principio, amén a que una cosa es el origen y otras las consecuencias, dentro de las que aparecen necesariamente los juicios, incluidos los de valor, para a partir de la declaración de verdad sobre los sucesos naturales, por ejemplo el escenario de lo jurídico pueda responder racionalmente a los clamores de la humanidad.

Potísima razón asiste a José Rodrigo López Ruiz, rector de la Universidad Autónoma Latinoamericana a propósito de la presentación que hace sobre la importancia en la formación integral del abogado de incluir la diada del estudio del derecho de la norma pero también de la investigación, como fundamento de su programa con tendencia de cambio social, al decir: “La naturaleza es el recinto donde la vida pudo generarse, su destrucción en busca del lucro sin restricciones crea las condiciones para graves desastres que pueden afectar hasta la vida misma en todas sus manifestaciones, incluida la del *Homo sapiens*”.⁵

Por lo anterior, los derechos humanos, derechos fundamentales, derechos sociales y derechos colectivos, más allá de haber sido brújula clasificatoria por generaciones para facilitar el entendimiento de grandes conquistas como el garantismo, pensemos en la equidad, constituyen un tópico de inevitable análisis para determinar la insustituible presencia del antropocentrismo en el mundo de la ciencia jurídica como fundamento del adecuado uso instrumental del derecho. Diferentes espacios de la historia en el que su totalidad siempre muestra al ser humano como el punto referencial. No solo para “crear” derecho sino para admitirlo como base disciplinar y científica de cara al cumplimiento de los fines que impone la razón. Veamos.

1.1. Los derechos humanos como categoría del derecho público internacional

La filosofía jurídica a nivel internacional señala el deber de los Estados de respetar y proteger los derechos humanos. De tal manera que cuando estos son transgredidos por

⁵ Rector de la Universidad Autónoma Latinoamericana (Claustro sede y promotor del Congreso). Abogado de esta Universidad y Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad de Antioquia. Fue Contralor General de Antioquia, Personero del Municipio de Itagüí, Conjuez de la Sala Laboral, Agraria y Civil del Tribunal Superior de Antioquia, candidato a la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y Diputado de 1992 a 1997 de la Asamblea de Antioquia.

particulares, operan los distintos mecanismos de orden interno para sancionar a sus autores. Como ocurre en los casos de homicidio que son investigados por los funcionarios al interior de los territorios por constituir delito. A tiempo que si esas vulneraciones son producto de la acción o de la omisión de los propios Estados, las víctimas no encuentran un camino diferente al de los derechos humanos.

En primer lugar, como se sostuvo atrás, porque hay un compromiso internacional de los suscriptores de los tratados y en segundo lugar porque los ciudadanos confían en los organismos dispuestos por el Estado para su protección, entregando el monopolio de la violencia.

Es en este punto donde encontramos el factor axial de los derechos humanos en el sentido de que operan complementariamente cuando se han finiquitado todos los instrumentos internos dispuestos al interior de los países, o estos son incapaces de satisfacerlos a plenitud.

2.1. Los derechos humanos dentro de un contexto axiológico y deontológico

En mi opinión, la génesis de los derechos humanos constituye el encuentro de una realidad ontológica con una realidad fenomenológica donde la naturaleza destaca su sentido a través de los postulados que la orientan, para darle alcance a la instrumentalización del derecho positivo.

La imagen de Diógenes, el can, respondiendo a la pregunta de Magno, el poderoso, sobre qué necesitaba de él, pone en evidencia el citado encuentro. Solo necesito que te corras para que pueda recibir el rayo del sol. No se olvide que el imperio carolingio no veía ocultar el sol. No obstante, a través de las palabras de uno de los expositores de las escuelas por las que para la época buscaba el reconocimiento de la ética y la axiología como fundamento del ser humano para alcanzar la felicidad, emerge la del cinismo,⁶ junto con el estoicismo y el epicureísmo.

Desde este histórico punto de vista, los derechos humanos deben ser considerados como una inevitable exigencia ética a todo lo inherente a la dignidad humana y que según la

⁶ La actual palabra cinismo proviene de la escuela fundada por Antístenes, para quien la vida sencilla permitía alcanzar la autosuficiencia y la impasibilidad frente a la adversidad. El cínico más famoso fue Diógenes.

época del proceso de la humanidad se ciernen principalmente en la libertad y la igualdad entre los seres humanos respecto a los poderes en general y al poder político en particular.⁷

Por eso es que afirmamos, ser los derechos humanos, corresponsales con las notas de caracterización de la naturaleza. Esto es, armonía, equilibrio y proporcionalidad. Eje dolosamente desconocido para los efectos de la redacción y la aplicación de algunas normas, por cuya razón se tornan sistemáticamente violados aquellos por parte de los Estados, llevando a sus víctimas a acudir ante los organismos internacionales.

Derechos en la medida en que se guarnecen dentro de las voces de la necesidad humana, ha venido propiciando su enfrentamiento con el derecho positivo a fin de que por medio de este, resulten efectivamente satisfechos. Sin sorpresas sobre la manera cómo penetran el entorno de la criatura humana, desde su concepción. De allí que expresiones, cultura, ambiente, recreación, arte etc. no resulten ajenas a ellos. Por el contrario, parte fundamental de su existencia. Véase pues.

III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA GENERACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En tres distintas facetas suelen mostrarse los derechos humanos en el transcurrir histórico: el primero relacionado con las revoluciones burguesas con base en una filosofía liberal, protectora de la autonomía privada, la segunda inherente al pensamiento socialista con pretensión de igualdad colectiva y, la tercera una filosofía de solidaridad en la que se desenvuelven todas las urgentes necesidades de la especie y género humano, para no sucumbir ante la extinción, como paradójicamente ocurrió con los dinosaurios, a pesar de haber sido estos custodios instintivos de la naturaleza.

1. Los derechos civiles y políticos

Precedida por los acaeceres de Inglaterra y la guerra de independencia norteamericana, por el influjo de la declaración de derechos de Estados de la Unión, en especial la Constitución de Virginia con la revolución francesa, cuna histórica de la casación,⁸

⁷ Ver a: PAPACHINI, Angelo, *Filosofía y derechos humanos*, 2da edición, Calí, 2017.

⁸ Pues la cuna académica de la misma en América, está en la Universidad La Gran Colombia en Bogotá D. C. Única institución con el posgrado en casación penal con la vocación de formar los mejores magistrados, litigantes, tratadistas y estudiosos de la materia con orientación humanista.

en 1789 se abrió la compuerta de la defensa de los derechos humanos como consecuencia de la acción burguesa en pro de la real custodia de la esfera privada de la actividad del individuo. El uno dividido de los demás al tenor del concepto de la antropología filosófica, derivado de los griegos, según el cual cada ser humano goza de una inalterable condición de individualidad cargada de autonomía e independencia, lo que le permite no ser confundido con los demás miembros de la comunidad.

Situación propiciadora de otros movimientos convergentes en el hecho de necesidad de imponer límites al poder del Estado. Es decir, darle vuelco a la conocida premisa política de la libertad- participación, que suponía la posibilidad del sujeto de intervenir en el ejercicio del poder y del gobierno, para en su lugar posicionarse la tesis de la libertad – autonomía, en la que el ciudadano demanda tranquilidad y seguridad frente al Estado.

En consecuencia, visible una política de control a los poderes del Estado, que fue permitiendo la visualización de otros aspectos sobre los cuales las distintas ideologías promocionaban sus contenidos a raíz de los planteamientos derivados de las relaciones entre los seres humanos y de estos con su entorno y contorno. Lo que explica la intervención de las tendencias socialistas, en punto de los derechos económicos, sociales y culturales.⁹

2. Los derechos económicos, políticos y sociales

Con base en la idea anterior, la verdad, resultó sencillo tanto a la corriente radical como a la moderada del socialismo intervenir los derechos humanos. En punto a que esa libertad pregonada por los burgueses, guarnecía un capitalismo, modelo de prisión a quien ofrecía su fuerza de trabajo a cambio de un salario, pero sin el ejercicio de la auténtica libertad que demanda el concepto de los derechos humanos.

En esta tónica, los hombres asalariados eran irremediamente reducidos sin opción por la fuerza de la propiedad privada, escenario delator del egoísmo con base angular del ejercicio de esos derechos de primera generación, reclamando una sustitución, según los radicales o siquiera un complemento en voces de los moderados.

⁹ Al efecto, pueden consultarse las conferencias y ponencias de este autor. En los congresos de derecho procesal constitucional en Colombia, foros sobre derechos humanos del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos y de la Universidad Autónoma de Chiapas, México. Contentivos de la trascendencia de la cultura, como derecho fundamental reconocido tardíamente.

“En esas circunstancias, se concluye que para asegurar una verdadera eficacia de los derechos humanos, para que estos no sean un simple enunciado formal sin concreción práctica que encubre la explotación capitalista, es necesario asegurar a todos los miembros de la sociedad unas condiciones materiales mínimas acordes con su dignidad humana, mediante el establecimiento de mecanismos crecientes de participación, que eviten los efectos discriminatorios de las simples libertades civiles y políticas. De allí surge la concepción de los derechos económicos, sociales y culturales que suponen una limitación del carácter absoluto de la autonomía individual y la propiedad privada”.¹⁰

3. Derechos de la solidaridad o derechos de tercera generación

El paso de la filosofía liberal en lo económico a una concepción política interventora, dio pie a una tendencia en virtud de la cual la relación de la especie humana como género frente a su propia racionalidad, entendimiento y comprensión de las cosas, exigía nuevos replanteamientos de corresponsabilidad. De ahí, que dentro del elenco de tal panorama encontramos desde esa mirada, la paz, el desarrollo, la libre autodeterminación, el medio ambiente, en últimas el patrimonio común de la humanidad. Un compromiso de respeto entre todos y para todos en referencia a derechos que son inmensamente compatibles con su naturaleza e indispensables para la conservación de la especie.

Por ello, por fuera de cualquier comentario inherente a patrones políticos, económicos, sociales, culturales etc., refulge esta clase de derechos como indispensables en el juego de la racionalidad para la permanencia *vivendi* de la criatura humana en este concepto de experiencia existencial.

Unos derechos aparentemente nuevos pero en realidad provenientes de un ámbito sobre el que por intereses mezquinos, su protagonista despistado deambuló gran parte de la historia, creando el infortunio provocador de los nuevos pensamientos para a partir de la dignidad, consignarse en la adquisición de compromisos orientados al restablecimiento o siquiera al freno, no a los límites como antes se planteaba, a los flagelos por cuya acción se desintegraba el concepto de la razón, propiedad del ser humano desde el génesis de la historia.

¹⁰ UPRIMNY YEPES RODRIGO, *et. al.*, *Derechos humanos y derecho internacional humanitario*, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Imprenta Nacional, Bogotá, Colombia, 2017, p. 57.

Pensamiento personal con el que siempre hago las propuestas en todo orden con el fin de aunar la procedencia de los derechos humanos con el germen de la naturaleza, de la que por las propias acciones humanas se fue diluyendo a extremo que a estas alturas se procure a como dé lugar restaurarla para no fenecer.

Reclamo de una acción solidaria como un todo compilador de la historia: estados, individuos, entidades públicas, privadas. De donde surge la expresión del Estado social de derecho. Estado liberal que impone control a su poder para limitarlo, con mecanismos como el de la división de los poderes y la fuerza constitucional garantista.

IV. DEL PRINCIPIO *PRO HOMINE*

Bueno recordar a Alexy cuando en su texto sobre la teoría de los derechos fundamentales apunta la diferencia entre principios y valores, asignando a los primeros la cuestión central de lo debido, esto es el deber ser con base en la deontología con que se signa racionalmente el derecho positivo, al tiempo que respecto de los valores aduce su espectro “de lo mejor” señalando con contundencia su soporte axiológico.

Así, dice el autor, en el derecho, de lo que se trata es de qué es lo debido. Esto habla en favor del modelo de los principios. Por otra parte, no existe dificultad alguna en pasar de la constatación de que una determinada solución es la mejor desde el punto de vista del derecho constitucional a la constatación de que es debida iusconstitucionalmente. Si se presupone la posibilidad de un paso tal, es perfectamente posible partir en la argumentación jurídica del modelo de los valores en lugar del modelo de los principios. Pero, en todo caso, el modelo de los principios tiene la ventaja de que en él se expresa claramente el carácter del deber ser. A ello se agrega el hecho de que el concepto de principio, en menor medida que en el de los valores, da lugar a menos falsas interpretaciones. Ambos aspectos son lo suficientemente importantes como preferir el modelo de los principios.¹¹

Perspectiva que permite, a nuestro modo de ver las cosas, destacar dos aspectos fundamentales derivados de la historia y sus contenidos en relación con los derechos humanos. El primero, la incuestionable incidencia de los postulados gobernantes de la naturaleza, dentro de la que se encuentra la criatura humana, en los derechos humanos. Los

¹¹ ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Colección el derecho y la justicia, Madrid, 2002, p. 147.

que siendo patrimonio heredado de una realidad constante, suponen para su efectiva realización una base lo suficientemente sólida para acreditarlos y dotarlos de los aditamentos escogidos por la libertad humana en procura de tal pretensión. Lo segundo, por esa permanente tensión, la incursión de las diferentes ideologías en todas las épocas de la historia, han mostrado a un ser humano orientado por los esquemas de la axiología o por los de la deontología.

Sin embargo, tratándose de la persona en sí misma considerada, como un fin, no como un medio, implica en ella una sustancialidad irrefutable en la que subyace la dignidad. El patrocinio eviterno de las consideraciones acerca de lo inherente al ser humano en los ámbitos de su existencia material.

En consecuencia, si sobre esa dignidad se tiempla, se ha templado y lo seguirá haciendo cualquier movimiento, incluidos los aparentes, la defensa de los derechos humanos, ello pone en evidencia el porqué del desarrollo generacional con que pedagógicamente se ilustra el progreso de los derechos humanos. Elemento de juicio, indispensable por su hermetismo, para concluir que al derecho positivo no queda más remedio que aceptar su carácter instrumental reglamentario de cara al respeto del fuero con que viene precedido el papel existencial del ser humano. De esta manera, sin zozobras asegurar cómo el carácter científico del derecho positivo ha resultado lento en la promulgación de sus teoremas, producto de la invasión de temas que si bien no ajenos a lo jurídico, dejaron de ocupar su merecido lugar en el orden natural de las cosas. Por ejemplo, la libertad viene con el sujeto, pero se le ha aprisionado políticamente, más ahora cuando se confunde la procreación con la reproducción, de allí las medidas extremas como la autorización desmedida de la disposición sobre la vida del que está por nacer.

En fin, hago énfasis en que la dignidad del ser humano siempre ha existido y existirá, va untada de la razón, otra cosa es que de esta no haya hecho uso adecuado la raza humana, al preferir experimentos de auto halagos, conductores hacia el despotismo, la soberbia, la petulancia, la avidez del poder por el poder, con las expresiones de mayor bajeza, en detrimento de esa dignidad humana en cabeza de unos y otros. No es que cada uno tenga una dignidad, es la única dignidad la que está gravitando en todos y demanda respeto debido desde lo jurídico por ser fundamento axiológico de todas las formas de un mejor actuar.

Es lo que explica entre otras fenomenologías la de la jurisprudencia dialógica, presente en las decisiones de la Corte Constitucional en Colombia, al buscarse con ella poner en contacto comunicacional a las demás Cortes, a las autoridades de diferentes niveles en procura del restablecimiento o mejoría de las condiciones por medio de las cuales se descubrió la transgresión masiva a una población determinada de sus derechos fundamentales sin que resulte suficiente resolver los casos en particular. Ello aconteció en casos como el de la mora en los trámites de pensiones, el hacinamiento carcelario, la falta de concurso de notarios, la hambruna en la Guajira y últimamente con el pronunciamiento acerca de la falta de protección a la vida de los excombatientes de las Farc,¹² hecho delator del incumplimiento al Acuerdo de Paz suscrito con ese movimiento guerrillero que tanta desolación y efectos deletéreos dejó en el pueblo colombiano.

Entonces, ha sido la dignidad afectada la bandera de los movimientos de rescate y lucha por el reconocimiento de los derechos. La individualidad y la autonomía en tónica de aseguramiento de los civiles y los políticos, la libertad de los sociales, económicos y culturales. Últimamente los de solidaridad de los bienes de racionalidad, la paz, el progreso, el ambiente. La naturaleza que va y viene informando. El hombre que va y viene sin escuchar y cuando busca hacerlo ha sido demasiado tarde.

Con esto en mente, efectivamente la dignidad humana da vida al principio *pro homine*, como un deber ser en las actividades humanas sin excepción. Solo que, si las detenemos en lo relacionado con el derecho, con mayores veras, en el sentido que debe materializarse en beneficio de la criatura humana. Piénsese en los casos de ponderación de derechos, elaboración de las normas, construcción de los fallos, resolución de conflictos etc. Ejercicios de poder, teóricamente encaminados a la protección de los derechos de la persona, en clara prioridad frente a los demás.

Por eso mismo a través del bloque de constitucionalidad, bien lo anota Caldera Infante,¹³ en su artículo “El bloque de constitucionalidad como herramienta de protección de los derechos fundamentales” es tautológico en el sentido de ser una necesaria construcción

¹² Véase: SU 020 del 27 de enero de 2022, Corte Constitucional de Colombia.

¹³ CALDERA INFANTE, Jesús Enrique, *El bloque de constitucionalidad como herramienta de protección de los derechos fundamentales. Una aproximación al estudio de sus aportes desde el derecho procesal constitucional. Derecho procesal constitucional*, tomo III, volumen I, VC Editores, Bogotá, Colombia, 2012, p. 226.

jurisprudencial como mecanismo de protección del orden constitucional y de los derechos humanos en sede de justicia constitucional. De esta forma, es evidente la consideración del principio *pro homine* como fundamento unívoco de las ideologías, históricamente anunciadoras de la protección de los derechos humanos con cimiento en la dignidad humana. Referente incontrovertible del derecho positivo frente a su compromiso de velar por la apertura de las vías habilitadoras del ejercicio de la totalidad de los derechos inherentes a la criatura por su naturaleza humana.

Situación mostrario del impacto de la tendencia universal filosófica, internacional política e interior geográfica para el mantenimiento de un diálogo normativo entre las naciones suscriptoras de los pactos o tratados, expresión de la libertad de los pueblos para regirse natural y racionalmente en uso del reconocimiento de sus características en la vida relacional. De lo que desprenden conceptos teóricos como la paz, el progreso, el desarrollo, la libertad individual y colectiva, el respeto por los recursos naturales, solo para señalar algunos ejemplos en ese mundo de diversidad, que no por ello distancia, sino más bien constituye el perenne e inacabable llamado de atención a la humanidad por parte de su referente oculto, para regirse dentro de los marcos de su condición estable aunque pasajera.

En efecto el bloque de constitucionalidad en nuestra opinión y en nuestro medio es el ducto mediante el cual los sistemas jurídicos se fortalecen en unidad, al permitir ingresar al seno de los países las disposiciones acordadas internacionalmente. En unas ocasiones, refrendadoras de los contenidos ya legislados, en otras para complementarlos, inclusive en determinados casos para superar las lagunas o los vacíos existentes al interior de las legislaciones. Explicación que nunca sobraría pues justamente a partir de ella es que más allá del simbolismo, la protección de la dignidad humana se vierte como categórico imperativo de permanente vigilancia por parte del mismo derecho convenido a fin de su efectiva materialización.

Garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado. Operación jurisprudencial que se lleva a cabo por las normas de remisión constitucionales, para la recepción de las normas de derecho internacional sobre derechos humanos en que hacen parte los tratados, convenios o acuerdos de organismos

internacionales para la protección de aquellos ratificados por Colombia, que adquieren el rango de jerarquía idéntico de eficacia a la norma constitucional interna.¹⁴

1. Del principio *pro homine* en Colombia

Para destacar el grado de incidencia en el desarrollo de la figura y la vital importancia por su presencia de guía al juzgador en la elaboración de sus fallos, traigo a cuenta algunas referencias el interior del Estado colombiano. Relacionadas con la labor de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia en Colombia, respectivamente.

Sentencia T-085/12

Se refiere la Sala al principio de favorabilidad o principio pro homine, tantas veces mencionado en la jurisprudencia constitucional y cuyo contenido obliga a que siempre, sin excepción, entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera aquella que resulte más garantista o que permita la aplicación de forma más amplia del derecho fundamental. Lo cual se predica, no sólo de la aplicación del derecho interno de los Estados, sino, así mismo, de la aplicación de derechos humanos a situaciones concretas en que la solución tiene como fundamento normas consignadas en tratados internacionales; o situaciones en que las mismas son utilizadas como criterio de interpretación de normas internas del Estado colombiano. Desde este punto de vista, la opción que rechaza el resultado más garantista se encuentra en contra del orden constitucional que en un Estado social de derecho ha sido instituido para la salvaguarda de los derechos fundamentales. En esta medida la posición sostenida para negar la pensión a la accionante no resulta legítima, pues no tiene en cuenta los principios mencionados anteriormente –favorabilidad y pro homine- y, en esa medida, no atienden a una interpretación sistemática de la Constitución, que la aprecie como un cuerpo normativo unitario de significado coherente cuando se leen sus disposiciones en conjunto y, en

¹⁴ CALDERA INFANTE, Jesús Enrique, *El bloque de constitucionalidad como herramienta de protección de los derechos fundamentales. Una aproximación al estudio de sus aportes desde el derecho procesal constitucional*. Derecho procesal constitucional, tomo III, volumen I, VC Editores, Bogotá, Colombia, 2012, p. 226.

*esta medida, es un análisis de los hechos que no le es dable hacer a un órgano de la administración. Humberto Antonio Sierra Porto.*¹⁵

Sentencia C-438/13

El Estado colombiano, a través de los jueces y demás asociados, por estar fundado en el respeto de la dignidad humana (artículo 1º de la Constitución) y tener como fines garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes (artículo 2º), tiene la obligación de preferir, cuando existan dos interpretaciones posibles de una disposición, la que más favorezca la dignidad humana. Esta obligación se ha denominado por la doctrina y la jurisprudencia “principio de interpretación pro homine” o “pro persona”. A este principio se ha referido esta Corporación en los siguientes términos: “El principio de interpretación <pro homine>, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional”. Éste es entonces un criterio de interpretación que se fundamenta en las obligaciones contenidas en los artículos 1º y 2º de la Constitución antes citados y en el artículo 93, según el cual los derechos y deberes contenidos en la Constitución se deben interpretar de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia. En lo que tiene que ver con los derechos, los mencionados criterios hermenéuticos se estipulan en el artículo 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adicionalmente, se debe afirmar que estos criterios configuran parámetro de constitucionalidad, pues impiden que de una norma se desprendan interpretaciones restrictivas de los derechos fundamentales. El principio pro persona, impone que “sin excepción, entre

¹⁵ Sentencia T-085/12, Corte Constitucional, República de Colombia.

*dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera [aquella] que resulte más garantista o que permita la aplicación de forma más amplia del derecho fundamental”.*¹⁶

*De manera que la Corte no puede construir excepciones para “salvar” el proceso y para corregir deficiencias de la Fiscalía, ni siquiera acudiendo al principio “pro infans”, con el cual se suelen solucionar tensiones entre los derechos de los menores y los adultos, sencillamente porque esa colisión no se presenta puesto que la prevalencia de los derechos de los menores, un principio ciertamente importante, no significa la supresión absoluta de los derechos de los demás sujetos, entre ellos el de la presunción de inocencia.*¹⁷

V. EL PRINCIPIO PRO HOMINE DURANTE LA PANDEMIA

De entrada, lamentable por decir lo menos, la actitud asumida por algunos “servidores públicos” encargados de la noble tarea de administrar justicia dándole carácter premonitorio a las notas de Fernando Savater ¹⁸en el sentido de que esto de la pandemia a nadie cambiará, solo que seremos algo peores de lo que veníamos siendo. Luto en la consciencia de unos seres humanos en detrimento de otros en una de las más claras y contemporáneas formas de ver la sistemática violación de los derechos de persona en su aspecto primordial. El de dejar de ser considerada la dignidad en medio de una experiencia universal, lo que no se compadece ni con los avances teóricos de respeto por los derechos humanos, pero tampoco con los compromisos mínimos de solidaridad social a partir de la revisión de los hechos que por su ocurrencia, reclaman de los verdaderos jueces posiciones coherentes con el Estado social, en el caso de Colombia.

Dentro de este concepto resulta inapropiado y zahiriente sucesos como los reportados por instituciones de alto nivel, como el de la sección segunda del Consejo de Estado en mi país, la que incurriendo en una abismal preterición, rindiéndole culto a aparentes consignas

¹⁶ Sentencia C-438/13, *Corte Constitucional, República de Colombia*.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, MP. Luis Antonio Hernández Barbosa. Rad: 47140. Acta 65, 13 de marzo de 2019.

¹⁸ “Vamos a seguir siendo lo mismo, pero un poco peor” frase con la que refirió Savater la experiencia de la pandemia en el diario el Tiempo de Colombia del 4 de julio de 2020.

inamovibles del derecho, dejó al desgaire el estudio que debió realizar para otorgarle alcance a la gestión esperada en calidad de visores de realidad y por qué no decirlo, creadores de derecho. Expresión de alta filosofía, mediante la cual se deposita en ellos la obligación de ser constructores del derecho con base en la realidad. No simples repetidores de la norma o de la misma jurisprudencia, afectando la finalidad crucial de los esquemas del derecho contemporáneo.

Refiero a todos aquellos casos en lo que prefiriendo asegurarse la confirmación de una decisión anterior, echó a sucumbir la prioridad y protuberancia de los derechos de las personas que habían sido motivo de la pandemia y por tal potísima e inocultable circunstancia no pudieron acudir ante la justicia a reclamar sus derechos, no surgiendo una justificación sino manifestación óptica constitutiva de hecho evidente, ante lo que no podía apartarse ningún funcionario, a menos que como aconteció, se favoreciera la transgresión del principio *pro homine*.

Es que aupear la inmediatez en época de pandemia para negar una protección, destaca jueces desactualizados e inhumanos, es decir transgresores por conveniencia del sagrado principio *pro homine*. Al efecto en el esperpento de fallo se pronunció la ponente, así:

*La Sala resalta que revisado el Software de Gestión de Consulta de Procesos de la Rama Judicial,¹⁹ se advierte que la providencia de **8 de octubre de 2020**, proferida por la **SECCIÓN SEGUNDA**, aquí cuestionada, fue notificada al actor y a su apoderado vía correo electrónico el **17 de noviembre de ese año**, mientras que **la presente acción de tutela se presentó el 15 de julio de 2021**, esto es, transcurridos 7 meses y 27 días, es decir, superados los 6 meses que han sido estimados por la jurisprudencia como término razonable para impugnar por vía de tutela el contenido de una decisión judicial, sin que se hubiesen presentado razones válidas para la inactividad del accionante o que justifiquen la tardanza en la presentación de la solicitud de amparo.²⁰*

²⁰ Consejera ponente: Nubia Margoth Peña Garzón. Número único de radicación: 110010315000 2021 04529 00. Referencia: acción de tutela. Actor: Ricardo Martínez Quintero. Sección primera Consejo de Estado de Colombia.

VI. ALGUNAS CONCLUSIONES

Siempre que refiero a “algunas”, como su nombre lo indica, obedece a un sentir realista, nunca pesimista, acerca de lo mucho que falta en aras de la sapiencia de determinado tema. Superlativamente cuando este refiere al cruce controversial entre los postulados de la naturaleza y el derecho en su fórmula positivista. Tónica eviterna del derecho reglado, pasado por el termómetro de la historia con base en las ideologías de todo orden, que han intentado sacar provechosas consecuencias a sus contenidos de inspiración. En lo filosófico, político, económico, cultural y hoy por hoy, a través de movimientos estabilizados en el género y los gustos peregrinos.

En consecuencia, hablar en el aquí y el ahora de los derechos humanos, en su principal fórmula de arreglo, la protección y respeto de la dignidad humana a trasluz del principio generador de derechos “*pro homine*”, no es nada distinto a admitir su génesis o cuna en los principios catapultadores de los postulados o reglas inamovibles de la naturaleza: armonía, equilibrio y proporcionalidad. Los mismos, en su conjunto, generadores de la materialización o resultado del ser por cuya asignación de juicio racional y consciencia, debían y deberían ser conservarlos como patrones de su propia posibilidad de existencia y coexistencia.

Es así como, sin sorpresas, la llamada evolución de esos derechos, deja la impronta del ser humano frente a sus propios recursos para lograr existencia instrumentalizando el derecho esculpido en las normas. Suceso indescartable en el análisis de las llamadas conquistas de los derechos, en especial las relacionadas con el conjunto de piezas fundamentalistas que autorizan el accionar humano en pro de los demás en la forma de respeto por la dignidad humana. Resultando los límites impuestos a tal clase de consigna, los intereses propios de la inspiración por medio de la cual se han venido proponiendo en el proceso histórico de la humanidad.

En ese orden de ideas, el principio *pro homine* es tema de antropología filosófica que busca confines por medio de los elementos artificiales como el derecho positivo, para configurarlos en favor de una idea potencialmente válida y legitimada a través de la vos libre de los pueblos que suscriben los pactos, cuyo incumplimiento genera consecuencias de sanción a los infractores.

Por ende, la legalidad, tanto sustancial como material sirven para apoyar las tesis de su fundamentación, pero jamás para desconocer el origen en el seno del humanismo, de los derechos que buscan proteger.

De ahí, cuando apenas denotamos la urgencia por las políticas de cuidado a los recursos, de participación multicultural, para señalar dos ejemplos, ello destaca la lentitud con que el derecho positivo ha actuado en el discurrir y que en la medida en que tal semblanza se conserve, los destrozos a la condición humana son incontrovertibles.

Bajo estas consideraciones, la criatura humana debe ser respetada en su dignidad en los quehaceres del por doquier, resaltándose siempre su condición prioritaria en cualquiera de las fórmulas interpretativas que ofrece el derecho en los tópicos de investigación, juzgamiento, toma de decisiones, elaboración de normas y proyectos políticos de talante constitucional. Explícitamente en el ámbito del derecho penal, las normas rectoras por eso arrancan del reconocimiento de la dignidad humana. Para concluir su acápite con el infranqueable enunciado de ser “obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación”.²¹

Demostración de la cuestión de humanismo, complementada por la legalidad, como tema de ejercicio material del poder. Adscrita a cualquiera de las posibilidades metodológicas y epistemológicas plasmadas en las codificaciones procesales y procedimentales de las épocas.

Colofón de lo anterior, nunca habrá justicia, menos en pandemia, si quienes la administran no descifran su rostro, despojándose de la maleza con que se ha envenenado históricamente el derecho. Viva el control de convencionalidad, con el valor que se requiere para empelotar las desgracias.

Bien escribió Agustín: “Debemos pues, sentirnos insatisfechos de lo que somos, para alcanzar lo que queremos, porque cuando dijimos basta, nos llegó la ruina”.²²

VII. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Colección el derecho y la justicia, Madrid, 2002.

²¹ Artículo 25 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal en Colombia.

²² Cfr. CARDONA, Carlos E., *Itinerario Agustiniiano. 10.000 pensamientos de San Agustín*, Editorial Kimpres, Bogotá, 1998.

- CALDERA INFANTE, Jesús Enrique, *El bloque de constitucionalidad como herramienta de protección de los derechos fundamentales. Una aproximación al estudio de sus aportes desde el derecho procesal constitucional. Derecho procesal constitucional*, tomo III, vol. I, VC Editores, Bogotá, Colombia, 2012.
- CARDONA, Carlos E., *Itinerario Agustiniiano. 10.000 pensamientos de San Agustín*, Editorial Kimpres, Bogotá, 1998.
- DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL, tomo III, volumen III, Agencia Especial, Colombia, 2012.
- ESCOBAR PÉREZ, Jacobo, NAVAS TALERO, Fernando, *Diálogos constitucionales. Derecho constitucional colombiano*, Editorial Temis, Novena edición, Colombia, 2019.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Diego Alejandro, *Control de convencionalidad en Colombia*, Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2020.
- La Grecia antigua. La cuna de la civilización, Time maps, Bonallettera Alcompas, 2021.
- MARTINEZ ALDANA, Pablo Josué, *Ensayo presentado en la cátedra de problemas sociales*, Facultad de Comunicación Social, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C., Colombia, 2017.
- MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime y CARRASCO SOULÉ, Hugo, *Derecho procesal convencional interamericano*, Editorial Primera Instancia, México, 2020.
- MARTÍNEZ QUINTERO, Ricardo, *El silencio penal en la codificación procesal constitucional. Un ejercicio hermenéutico de la comprensión jurídica*, Memorias Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional, 2017.
- MARTÍNEZ QUINTERO, Ricardo, *La cultura ¿El rastro histórico de un principio tardíamente reconocido como derecho?*, Editorial Nueva Jurídica, en prensa, ACDJMC.
- MARTÍNEZ QUINTERO, Ricardo, *Las penumbras del pasado en el sistema penal acusatorio en Colombia. ¿Una hermenéutica retrasada o retardada?*, Tesis Maestría en derecho Universidad La Gran Colombia, 2020, en prensa Editorial Legis.
- MARTÍNEZ QUINTERO, Ricardo, *Los fines de la casación son el fundamento filosófico del recurso*, Tesis de grado para optar al título de especialista en casación penal, Universidad La Gran Colombia, 2014.

MARTÍNEZ QUINTERO, RIRDO, *Justicia transicional. La reinterpretación de un sueño a partir de un nuevo pensamiento*, Ediciones Nueva Jurídica, 2019.

OLANO GARCÍA, Alejandro, *Hermenéutica constitucional*, Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2009.

PAPACHINI, Angelo, *Filosofía y derechos humanos*, 2da edición, Calí, 2017.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, *El control de constitucionalidad*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, 2013.

SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés, *Las víctimas y el sistema penal*, Editorial Ibáñez, Bogotá, .D. C., 2010.

UPRIMNY YEPES RODRIGO, *et. al.*, *Derechos humanos y derecho internacional humanitario*, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Imprenta Nacional, Bogotá, Colombia, 2017.

Hemerografía

Código de Procedimiento Penal en Colombia

Corte

Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, MP. Luis Antonio Hernández Barbosa.
Rad: 47140. Acta 65, 13 de marzo de 2019.

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal. MP. Luis Antonio Hernández Barbosa.
Rad: 47140. Acta 65. 13 de marzo de 2019.

Sentencia C-438/13, *Corte Constitucional, República de Colombia*.

Sentencia T-085/12, *Corte Constitucional, República de Colombia*.

SU 020 del 27 de enero de 2022, Corte Constitucional de Colombia.



EL PLAZO RAZONABLE EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL¹

Patricio MARANIELLO*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Debido proceso.* III. *Plazo razonable.* IV. *Análisis global.* V. *A modo de reflexión.* VI. *Bibliografía.*

Resumen: Las dilataciones indebidas en el proceso judicial repercuten desfavorablemente en los justiciables generándoles, la mayoría de las veces, daños irreparables. No solo porque el retardo en la justicia genera un empobrecimiento en la calidad de vida de las partes comprometidas, sino porque un estado prolongado de incertidumbre imposibilita el normal desarrollo de sus actividades.

Palabras clave: Debido proceso, derechos humanos, justicia constitucional, justicia convencional y plazo razonable.

Abstract: Undue delays in the judicial process have an unfavorable impact on the defendants, generating, most of the time, irreparable damage. Not only because the delay in justice generates an impoverishment in the quality of life of the parties involved, but also because a

¹ Trabajo recibido el 2 de junio de 2022 y aprobado el 30 de agosto de 2022.

* Juez Federal del Juzgado 5 Civil y Comercial de la Capital Federal. Presidente de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Vice-presidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional y Miembro Fundador Titular. Miembro titular de la Asociación de Derecho Constitucional Argentina, de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional y de la Sección de Derecho Constitucional del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados. Contacto: patriciomaraniello@hotmail.com

prolonged state of uncertainty makes it impossible for them to carry out their activities normally.

Keywords: Due process, human rights, constitutional justice, conventional justice, reasonable term.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo busca resaltar la importancia en el ámbito nacional e internacional del debido proceso, especialmente del plazo razonable, motivo por el cual es necesario que se tomen nuevas y mejores medidas para evitar postergaciones innecesarias en la resolución de las causas.

De este modo, se lograría garantizar un proceso rápido, sencillo y eficaz. Los esfuerzos de las autoridades competentes deben abocarse a que la justicia logre acortar los plazos, para lograr ser expeditiva y, en definitiva, ser realmente justicia, porque a riesgo de sonar repetitiva: “La justicia que es lenta, no es justicia”.

II. DEBIDO PROCESO

Es necesario iniciar la investigación realizando un breve recorrido por el debido proceso analizado en los contenidos actuales, que surge de la doctrina Jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Podemos diferenciar distintas etapas que van evolucionando y adecuándose a la nueva forma de entender y conformar el mismo.

1. Debido proceso formal

Éste se toma de la Constitución de los Estados Unidos de América, que establece el Principio del Juez Natural, independiente e imparcial, instaurando también la presunción de inocencia. A través de ese principio se busca lograr la protección de la persona de los autoritarismos propios del proceso penal que se venía de un modelo inquisitivo, de un autoritarismo muy extremo.

2. Debido proceso legal

Se evoluciona hacia el Debido proceso Legal, que observó que esa potestad de interpretación que ostentaban los Jueces era demasiado flexible. En total contradicción con lo que ocurría en el continente europeo que despojó al Juez del poder de interpretación.

Es necesario remontarnos al principio del Siglo XX, con dos fenómenos más que relevantes.

-- Primero, “La Primera Guerra Mundial”:

En ese momento Kelsen sostenía que para proteger la Constitución hay que sacarla de las manos del Parlamento. Mientras que por la otra vereda se sostenía lo contrario, que lo mejor era dejarla dentro del órgano que la creó. Pero en algo se coincidía, y era en que los Jueces no debían inmiscuirse, ya que es la boca de la ley. Sobre esta base de pensamiento es que se elaboran los Códigos. El juez no es protagonista, solo aplica la ley, y los problemas constitucionales los resuelve un tribunal constitucional.

En América, era otra realidad la que acontecía, se confiaba en los jueces. El control de Constitucionalidad del sistema difuso que se origina en Estados Unidos, es conocido como “El de la Confianza de los Jueces”. Y este modelo es importado a la Argentina, que copia el sistema Americano. Y esto lo podemos observar claramente en las “Bases” de Alberdi, que lo reconoce expresamente. Se conformó un Constitución Liberal, y se le dio al Juez ese poder de interpretación. Se puso en cabeza de todos los jueces el control de Constitucionalidad. Luego del año 1994 con la última reforma Constitucional de la República Argentina, se les dio también el control convencional.

En Estados Unidos el Juez tenía mucho poder de interpretación, pudiendo llegar al exceso discrecional. Y como paliativo surge el “Principio de Razonabilidad”, la Constitución debe tener un efecto útil y eso implicó imponer a los jueces el deber de razonabilidad. Éstos deben tener límites, para no caer en la arbitrariedad, en el despotismo, en un absurdo.

- Segundo, llega la “La Segunda Guerra Mundial”:

Una vez finalizada, surge la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, con una gran preocupación, el debido proceso, que se constitucionaliza. A lo que se apuntaba era a dar pautas para que se incorpore a la Constitución, y que fuera un modelo para seguir. El problema fue que las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra mundial son europeas.

Las americanas debieron atravesar un periodo muy largo de autoritarismo y de gobiernos poco democráticos.

Las grandes reformas constitucionales en el territorio Latinoamericano se sucedieron durante la década del ochenta, en el caso argentino en el año 1994. En ellas se resalta el debido proceso, que miraba al acceso a la justicia, a la eficacia del proceso y a los derechos humanos como derechos sustanciales. Esto empieza a tener una verdadera dimensión en la Argentina cuando se incorporan los Tratados y Convenciones Internacionales al derecho interno. La Constitución en el artículo 75 inciso 22, trae los Tratados, y genera lo que se conoce como “Bloque de Constitucionalidad”. Se incorporan Trece tratados, dejando abierta la posibilidad de la inclusión de nuevos derechos y garantías con la sola suscripción de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que los reconozcan.

También reconocemos la jurisdicción y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Y ésta desde los primeros casos como el de “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, comienza a dar pautas nuevas para el debido proceso que se van incorporando a través de la jurisprudencia. En el caso “Ekmekdjian Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo” donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) reconoce que todo este panorama normativo es de aplicación obligatoria por que hace a la esencia del principio de igualdad. Trayendo una pauta en el debido proceso, sostiene que debe haber igualdad de tratamiento, todas las partes deben tener el mismo derecho y la posibilidad de ser oídos.

El artículo 18 de la Constitución Argentina,² representa una de las máximas y más importantes garantías de la libertad personal, frente al autoritarismo del poder. Este artículo busca la protección de la dignidad humana frente a prácticas prohibidas, y así evitar que inocentes terminen siendo condenados mediante una confesión obtenida por tortura, apremios o por un gobierno que los persiga. Iniciamos el análisis, con el derecho a la jurisdicción, a poder peticionar ante los tribunales. Generando en el Estado la obligación de

² “Artículo 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

crear tribunales judiciales independientes del poder político. Estos deben ser competentes y deben de respetar los principios del debido proceso adjetivo. El límite de las reglas procesales está dado por la misma Constitución Nacional, y por el principio de razonabilidad, que genera un alto albedrío a la libre interpretación de los magistrados. Este artículo pretende que la decisión de los jueces sea motivada en los hechos y circunstancias del caso, y también debidamente fundada en el derecho vigente. Es la misma CSJN de Argentina la que tiene dicho en el fallo Santillán:³ “El art. 18 exige la observancia de las formas sustanciales del juicio, relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia pronunciada por los jueces naturales, dotados de contenido constitucional al principio de bilateralidad sobre cuya base el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal”.

3. Derecho a la verdad

El derecho a la verdad comienza a ser utilizado por la Corte Interamericana y lo hace con relación a casos relacionados con desaparición forzada de personas. Toda persona tiene derecho a saber que pasó, pero lo que ocurre es que después de los casos “Gelman”, “Rosendo Radilla” -en otros-, la Corte Interamericana dejó sentado a que en todo proceso sancionador se tiene derecho a la verdad. La jurisdicción americana dice que el derecho a la verdad está reconocido en la Constitución nacional y por ende hay un derecho constitucional consagrado. Si en un caso se deniega una medida probatoria o se le valora erróneamente es evidente que se presenta una cuestión de inconstitucionalidad, permitiendo acceder a la concesión del recurso extraordinario. Cuando existe el derecho a la verdad la cosa juzgada pasa a ser relativa, tiene límites temporales. Con el transcurso del tiempo lo que antes se tenía como verdadero puede ser que no lo sea, debiendo analizar esta circunstancia y, en consecuencia, revisarse nuevamente.

4. Sentencia debidamente motivada

La Corte Interamericana en el caso “Yatama”,⁴ ha establecido que en las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos, tal como el derecho

³ Fallo 321: 2°12 - 1998

⁴ Cfr. Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005.

a la participación política, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias.

La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión.⁵ El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática.⁶ Por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso.⁷

Las decisiones deben exponer, a través de una argumentación racional, los motivos en los cuales se fundan, teniendo en cuenta los alegatos y el acervo probatorio aportado en los autos.⁸ El deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha.⁹

En la Constitución Argentina, si bien no establece que las sentencias deben estar motivadas, si expresa que las sentencias deben estar fundadas en ley, así lo establece el artículo 18, cuando señala que “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...”.

Por otro lado, la doctrina sostiene que la ley por sí misma no justifica, sino que argumenta. También debemos agregar a este último, que la jurisprudencia en forma pretoria ha creado como requisito argumentativo para habilitación la vía recursiva, la revisión y rechazo de toda sentencia arbitraria, que carezca de toda fundamentación objetiva.

Es por ello, que hoy tenemos ambas exigencias para todo tipo de resoluciones judiciales, donde además de que toda sentencia debe ser fundada en ley, también deben estar debidamente motivadas.

Mientras la sentencia fundada en ley es una exigencia constitucional y la debidamente motivada surge de la doctrina y de la jurisprudencia.

⁵ Cfr. Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez Vs. Ecuador*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007.

⁶ Corte IDH. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Sentencia de 27 de enero de 2009, párrafo 152.

⁷ Cfr. Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*. Sentencia de 1 de julio de 2011.

⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso Escher y otros Vs. Brasil*. Sentencia de 6 de julio de 2009.

⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de agosto de 2008.

Además, de señalar las diferentes bases jurídicas y fuentes que existe entre ambas, debemos mencionar que la debida fundamentación, resulta más exigente que la exigencia de ley, pues debidamente motivada debe contener argumentación, reservas morales, ponderación, y su justificación frente a la sociedad y frente, asimismo.

III. PLAZO RAZONABLE

Sin duda el tiempo de duración de los procesos judiciales ocupa un lugar central en la idea de lo que debe ser un juicio. Una acción que continúa sin ser resuelta por tiempos desmedidos no es un juicio justo, a pesar de que se cumplan todas las condiciones procesales. Es por dicho motivo que los justiciables tienen el derecho a que los conflictos iniciados en la justicia sean resueltos en un plazo adecuado.

Pero ¿cuándo un plazo resulta excesivo o por el contrario resulta un plazo adecuado?

Como no podemos fijar un plazo determinado para que sea el adecuado para todas las cuestiones jurídicas, decimos que debe cumplirse en un “plazo razonable”.

Aquí surge el siguiente interrogante ¿Cuándo estamos frente a un plazo razonable?

En primer término, decimos que el cumplimiento del plazo razonable es una requisitoria tanto constitucional como convencional. Sin embargo, la palabra “plazo” nunca fue mencionada en la Constitución histórica de nuestro país (1853-60). Luego en la reforma constitucional de 1994, aparece mencionada en cinco oportunidades: en los artículos 76 (dos veces), en el 99 inc. 3, y en las Cláusulas Transitorias octava y decimoquinta.

Atento, a que en ningún lugar de la Constitución Nacional se menciona en los Tratados Internacionales -mencionados en el artículo 75 inc. 22 de la Constitucional- y más precisamente a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

1. El plazo razonable y su regulación en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)

La CADH menciona el término “plazo razonable” en 3 oportunidades:

- Artículo 7 inc. 5 sobre el derecho a la libertad personal,
- Artículo 8 inc. 1 sobre Garantías Judiciales,
- Artículo 48 inc. 1.a sobre el Procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Si bien se determina para algunos casos, lo cierto es que la jurisprudencia nacional e interamericana lo considera aplicable para todos los casos, y más aún determina cuáles son los elementos para decidir si estamos frente a un plazo razonable o no.

2. Los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para medir el plazo razonable

La Corte IDH en el caso “Valle Jaramillo”¹⁰ recuerda los cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo:

i) La complejidad del asunto: Evaluar en cada caso en particular como fueron los hechos, la dimensión de estos, las pruebas que se debieron y efectivamente se aportaron en el proceso, como la complejidad de estas.

En este punto se deberá tener en consideración diversos criterios como la complejidad de la prueba, la pluralidad de los sujetos procesales o la cantidad de víctimas, el tiempo transcurrido desde la violación, las características del recurso consagradas en la legislación interna y el contexto. Es decir, la complejidad puede darse tanto en la producción probatoria como en las normas involucradas, o en ambas cuestiones. Lo cierto es que sea cual fuere la problemática ésta debe surgir de la causa, sin apelar a otros elementos fuera de ella. La complejidad debe ser un elemento esencial para la resolución de la causa, sin tomar caminos inútiles, innecesarios o inconducentes.

En el caso “Furlan”,¹¹ la Corte IDH, ha tenido en cuenta diversos criterios para determinar la complejidad de un proceso. Entre ellos, se encuentra la complejidad de la prueba, la pluralidad de sujetos procesales o la cantidad de víctimas, el tiempo transcurrido desde la violación, las características del recurso consagradas en la legislación interna y el contexto en el que ocurrió la violación. En ese orden de ideas y teniendo en cuenta los anteriores puntos reseñados, el Tribunal considera que el caso no involucraba aspectos o debates jurídicos o probatorios que permitan inferir una complejidad cuya respuesta requiriera el transcurso de un lapso de casi 12 años.

¹⁰ Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párrafo 155, y *Cfr.* Corte IDH. *Caso Alvarado Espinoza Vs. México*. Sentencia de 28 de noviembre de 2018, supra, párrafo 250.

¹¹ *Cfr.* Corte IDH. *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina*. Sentencia de 31 de agosto de 2012, párrafo 156.

Por lo tanto, la dilación en el desarrollo y ejecución del proceso civil por daños y perjuicios en el presente caso no puede justificarse debido a la complejidad del asunto. Por otro lado, el Tribunal Europeo ha indicado que la complejidad debe determinarse por la naturaleza de las acusaciones, el número de acusados y la situación política y social reinante en el lugar y tiempo de la ocurrencia de los hechos. En este sentido, respecto a los criterios tomados en cuenta por este Tribunal en aras de determinar la complejidad del caso se observa la presencia de: 1) un amplio número de acusados; 2) una situación política y social compleja, y 3) dificultades en la obtención de prueba.¹²

ii) La actividad procesal del interesado:

Apunta principalmente al proceso penal, si es la parte la que provocó la demora en el juicio, se cae la responsabilidad del Estado. Se evalúa si el comportamiento de la parte fue de activar el trámite en el proceso interno.

Se considera que el seguimiento e impulso en los procesos, debe desarrollarse bajo reglas de una adecuada actividad procesal, sin haber realizado situaciones procesales implícitas o explícitas que lleven de alguna manera a obstruir o dilatar indebidamente la actuación judicial.

La Corte IDH en el caso Cantos,¹³ observa que, en principio, los diez años transcurridos entre la presentación de la demanda del señor Cantos ante la Corte Suprema de Justicia y la expedición de la sentencia de ésta última que puso fin al proceso interno, implican una violación de la norma sobre plazo razonable por parte del Estado. No obstante, un examen detenido del desarrollo del aludido proceso, muestra que tanto el Estado como el demandante, es decir, el señor Cantos, incurrieron en comportamientos que por acción u omisión incidieron en la prolongación de la actuación judicial interna. Si la conducta procesal del propio interesado en obtener justicia ha contribuido en algún grado a prolongar indebidamente la duración del proceso, difícilmente se configura en cabeza del Estado una violación de la norma sobre plazo razonable. En todo caso, teniendo en cuenta la complejidad del asunto y el desinterés del actor, entre otros factores, la duración

¹² En el mismo sentido: Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*. Sentencia de 22 de junio de 2015, párrafo 260.

¹³ Corte IDH. *Caso Cantos Vs. Argentina*. Sentencia de 28 de noviembre de 2002, párrafo 57.

global del proceso litigioso no revestiría la importancia necesaria para declarar la violación de los artículos que protegen el derecho al acceso a la justicia y a las garantías judiciales. A la luz de ello este Tribunal encuentra que carece de elementos para declarar que el Estado de Argentina ha violado, en la especie, los artículos 8 y 25 de la Convención Americana en cuanto consagran el derecho de obtener respuesta, dentro de un plazo razonable, a las demandas y solicitudes planteadas a las autoridades judiciales.

iii) La conducta de las autoridades judiciales:

En cuanto al comportamiento de las autoridades, en primer término, baste destacar que las acciones u omisiones que vulneren derechos fundamentales pueden ser cometidas por cualquier autoridad pública, sea ésta del Poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial, tal como ha quedado establecido en la jurisprudencia de este Tribunal.¹⁴ Lo que se conoce como tiempo muerto del proceso. Se ponen en consideración los aportes dilatorios tanto de las autoridades judiciales como de las autoridades administrativas intervinientes.

Sin embargo, la Corte IDH en el caso “Memoli”,¹⁵ recuerda que es el Estado, a través de sus autoridades judiciales, quien debe conducir el proceso. Al respecto, conforme la legislación procesal civil aplicable al presente caso, el juez tiene el deber de dirigir el procedimiento, manteniendo la igualdad de las partes en el proceso, vigilando que la tramitación de la causa procure la mayor economía procesal y evitando la paralización del proceso.

En muchas ocasiones la dilación u obstrucción no es desarrollada por las partes involucradas, sino por el propio tribunal de justicia. Aunque aquí también se debe tener en cuenta la conducta asumida por las autoridades administrativas, y esto se da cuando se produce un prolongado período transcurrido desde la presentación inicial de las reclamaciones administrativas hasta su decisión definitiva en sede judicial, sin que del expediente surja información para justificarlo, más allá de la ausencia de precedentes en la materia.

¹⁴ Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Sentencia de 7 de junio de 2003, párrafo 131.

¹⁵ Corte IDH. *Caso Mémoli Vs. Argentina*. Sentencia de 22 de agosto de 2013, párrafo 176.

iv) La afectación generada por la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso:¹⁶

La Corte IDH en el caso “Valle Jaramillo”,¹⁷ además, de tomar en cuenta los tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales, el Tribunal considera pertinente que en dicho análisis de razonabilidad se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve.

El impacto que haya tenido la prisión preventiva o el proceso en la persona sometida: Siendo este un parámetro sumamente subjetivo, emocional y psicológico de cada persona.

Debemos tener en cuenta previamente todos los elementos suficientes para realizar el debido análisis de este punto, con pruebas fehacientes que demuestren una verdadera y real afectación a las personas involucradas. Aquí debe primar lo particular sobre lo general, no debemos realizar el análisis sobre reglas generales, sino partir de un análisis personal, pues encontramos involucrados elementos emocionales y psicológicos, donde el grado de afectación varía en cada persona en particular.

Ello así, debemos señalar que cuando un Estado incumple con el “plazo razonable”, según lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana, incurre en un incumplimiento internacional. La Corte IDH ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado.¹⁸ Y la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que

¹⁶ Corte IDH. *Caso Vereda la Esperanza Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de agosto de 2017, párrafo 203.

¹⁷ Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párrafo 155.

¹⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de julio de 1989, párrafo 26 y nota para edición: agregar último caso.

sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior.¹⁹

La Corte IDH en el caso “Forneron”²⁰ considero, que tanto el Juez de Primera Instancia como el Superior Tribunal de Entre Ríos otorgaron la guarda judicial de la niña al matrimonio B-Z con base, principalmente, en los vínculos que había desarrollado M con el matrimonio de guarda con el transcurrir del tiempo. Esto implicó que, pese a que el señor Fornerón es el padre biológico de la niña, -y así lo reconoció ante las autoridades desde poco después de su nacimiento-, no ha podido ejercer sus derechos ni cumplir con sus deberes de padre, ni M ha podido disfrutar de los derechos que le corresponden como niña respecto de su familia biológica. Adicionalmente, la ausencia de una decisión y establecimiento de un régimen de visitas ha impedido que padre e hija se conozcan y que se establezca un vínculo entre ambos, ello en los primeros 12 años de vida de la niña, etapa fundamental en su desarrollo. Consecuentemente, teniendo en cuenta los derechos e intereses en juego, el retraso en las decisiones judiciales generó afectaciones significativas, irreversibles e irremediables a los derechos del señor Fornerón y de su hija.

Finalmente, esclarecidas que fueron las dudas en relación a cuando estamos frente a un “plazo razonable”, debemos decir que en muchas ocasiones es incumplido por la justicia interna de los Estados, pero también es incumplido por la propia Corte IDH,²¹ con lo cual dicho Tribunal, como todos los tribunales de justicia, deberá replantear su procedimiento, utilizando herramientas, sean éstas tecnológicas o procesales, para hacer más ágil y rápido el servicio de justicia para todos los ciudadanos de América.

IV. ANÁLISIS GLOBAL DEL PROCEDIMIENTO

La Corte IDH en el caso “Genie Lacayo”,²² considero, que, adicionalmente al estudio de las eventuales demoras en las diversas etapas del proceso, la Corte Europea ha empleado para

¹⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989, párrafo 26 y nota para edición: agregar último caso

²⁰ Corte IDH. *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*. Sentencia de 27 de abril de 2012, párrafo 76.

²¹ Citando tan solo como ejemplo de los muchos existente podemos mencionar el caso *Fontevicchia* que tardo 10 años la Corte IDH en finalmente pronunciarse al respecto.

²² Corte IDH. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*. Sentencia de 29 de enero de 1997, párrafo 81.

determinar la razonabilidad del plazo en el conjunto de su trámite lo que llama “análisis global del procedimiento”.²³

La razonabilidad del plazo se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento penal. En materia penal este plazo comienza cuando se presenta el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito y termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme.²⁴

Aún cuando se excluyan la investigación policial y el plazo que empleó la Procuraduría General de la República de Nicaragua para formular acusación ante el Juez de Primera Instancia, es decir, realizando el cómputo a partir del 23 de julio de 1991, fecha en que ese juez dictó el auto de apertura del proceso, hasta la actualidad en que todavía no se ha pronunciado sentencia firme, han transcurrido más de cinco años en este proceso, lapso que esta Corte considera que rebasa los límites de la razonabilidad prevista por el artículo 8.1 de la Convención.²⁵

Respecto a la etapa de ejecución de las providencias judiciales, este Tribunal ha reconocido que la falta de ejecución de las sentencias tiene “vinculación directa con la tutela judicial efectiva para la ejecución de los fallos internos”, por lo que ha realizado su análisis a la luz del artículo 25 de la Convención Americana. Sin embargo, la Corte considera que el análisis de la etapa de ejecución de las sentencias también puede abordarse para contabilizar el término de duración de un proceso, con el fin de determinar su incidencia en la prolongación del plazo razonable de un proceso.²⁶

En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado en reiteradas oportunidades que “los procedimientos de ejecución deben ser considerados como una segunda etapa de los procedimientos”. En ese orden de ideas, en el caso *Silva e Pontes Vs. Portugal*, dicho Tribunal estableció que las garantías establecidas en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos aplican tanto a la primera etapa de los procedimientos como a la segunda. Asimismo, en el caso *Robins Vs. Reino Unido*, ese Tribunal concluyó que todas las etapas de los procedimientos para determinar derechos y

²³ Motta, *supra* 77, párr. 24; Eur. Court H.R., *Vernillo* judgment of 20 February 1991, Series A no. 198 y Eur. Court H.R., *Unión Alimentaria Sanders S.A.* judgment of 7 July 1989, Series A, no. 157.

²⁴ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006, párrafo 195.

²⁵ Corte IDH. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*. Sentencia de 29 de enero de 1997, párrafo 81.

²⁶ Corte IDH. *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina*. Sentencia de 31 de agosto de 2012, párrafo 149.

obligaciones civiles, “sin excluir etapas subsiguientes a la sentencia de fondo”, deben resolverse en un plazo razonable.

Tomando en cuenta las anteriores consideraciones, la Corte IDH, en el caso “Furlan”,²⁷ considera que el objetivo primordial para el cual la presunta víctima interpuso la demanda en el fuero civil, era obtener la indemnización por daños y perjuicios y, por lo tanto, para efectos de un análisis del plazo razonable, no puede considerarse culminado dicho proceso hasta tanto dicho fin no se materializara. En ese orden de ideas, esta Corte considera que el lapso correspondiente a la etapa de ejecución de la sentencia judicial con el fin de realizar efectivamente el cobro de la indemnización, en el presente caso, hace parte del proceso y debe tomarse en cuenta para analizar el plazo razonable.

V. A MODO DE REFLEXION FINAL

Sin duda, las dilataciones indebidas en el proceso judicial repercuten desfavorablemente en los justiciables generándoles, la mayoría de las veces, daños irreparables. No solo porque el retardo en la justicia genera un empobrecimiento en la calidad de vida de las partes comprometidas, sino porque un estado prolongado de incertidumbre imposibilita el normal desarrollo de sus actividades.

El fiel cumplimiento a la Ley Suprema de la Nación es una de las premisas indiscutibles para la adecuación al Estado de derecho, todos los espacios del debido proceso desarrollados en el presente trabajo deben ser respetados en todo momento y en todo el territorio nacional, y el plazo razonable representa un espacio más, que lamentablemente observando y analizando la realidad en los Tribunales argentinos, abarrotado de expedientes que se prolongan en el tiempo, cabe concluir que lamentablemente, la deuda sigue latente.

Empero rescato como favorable la incorporación del artículo 43 de la Constitución Nacional, luego de la reforma Constitucional del año 1994 que reconoce la acción rápida y expedita del Amparo, siempre que no exista una vía judicial más idónea, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un Tratado o una ley.

²⁷ Corte IDH. *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina*. Sentencia de 31 de agosto de 2012, párrafo 151.

Si bien es cierto que los Juzgados con el personal que cuentan para dar cumplimiento a los plazos procesales realizan sus mejores esfuerzos, éstos no son suficientes. Y queda en cabeza de las autoridades competentes la toma de medidas necesarias para cambiar esta preocupante realidad. Ya que en la mayoría de los casos los abogados pueden comunicarles a sus clientes la fecha de inicio del litigio, más no la finalización de este.

Es por eso que propongo la creación de una nueva forma de evaluación de la labor de los Tribunales, estableciendo parámetros claros respecto a los estándares del plazo desarrollados anteriormente, establecidos por la Corte IDH, que en la actualidad rigen en el derecho interno por haber sido incorporados mediante el acatamiento obligatorio de la jurisdicción y jurisprudencia de la misma.

En muchas ocasiones son las mismas partes, especialmente la demandada, las que desean dilatar el juicio para no llegar a una decisión desfavorable, y ante ello deberá caer la responsabilidad que les compete por la inactividad procesal, porque está evidenciada su mala fe, el comportamiento contrario al deber de moralidad.

El proceso justo en definitiva es el que cumple durante todo su desarrollo con las garantías del debido proceso, ese quizás sea el gran desafío de la justicia constitucional, crear herramientas, quizás tecnológicas, para acelerar los procesos con un sano equilibrio de las garantías constitucionales y convencionales.

Finalmente, en el año 2006 en el caso “López Álvarez vs. Honduras”, el juez García Ramírez se expresó sobre el tema del plazo razonable (art 7.5 y 8.1 del pacto), sosteniendo que “Es posible que el análisis jurídico sea relativamente sencillo, una vez establecidos hechos acerca de los cuales se ha producido el litigio, pero estos pueden ser extraordinariamente complejos y hallarse sujetos a pruebas difíciles, necesariamente prolongadas o de complicada, costosa, azarosa o de tardía recaudación. También puede suceder lo contrario, relativa claridad y sencillez de los hechos, en contraste con problemas severos en la apreciación jurídica o en la calificación de aquellos”.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Jurisprudencia interamericana

Caso Alvarado Espinoza Vs. México, supra,

Caso Alvarado Espinoza Vs. México. Sentencia de 28 de noviembre de 2018.

Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008.

Caso Cantos Vs. Argentina. Sentencia de 28 de noviembre de 2002.

Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007.

Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Sentencia de 1 de julio de 2011.

Caso Escher y otros Vs. Brasil. Sentencia de 6 de julio de 2009.

Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Sentencia de 27 de abril de 2012.

Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Sentencia de 31 de agosto de 2012.

Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Sentencia de 31 de agosto de 2012.

Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Sentencia de 31 de agosto de 2012.

Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997.

Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997.

Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Sentencia de 22 de junio de 2015.

Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Sentencia de 7 de junio de 2003.

Caso Mémoli Vs. Argentina. Sentencia de 22 de agosto de 2013.

Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Sentencia de 27 de enero de 2009.

Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008.

Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008.

Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989.

Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 21 de julio de 1989.

Caso Vereda la Esperanza Vs. Colombia. Sentencia de 31 de agosto de 2017.

Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006.

Caso Yatama Vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005.

Eur. Court H.R., Vernillo judgment of 20 February 1991, Series A no. 198 y Eur. Court H.R., Unión Alimentaria Sanders S.A. judgment of 7 July 1989, Series A, no. 157.

Legisgrafía

Constitución de la Nación de Argentina

Constitución de los Estados Unidos de América

Convención Americana de Derechos Humanos

Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre



LA PRUEBA Y EL CURADOR PROCESAL EN EL PERU¹

Hilmer ZEGARRA ESCALANTE*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Desarrollo.* III. *Conclusiones.* IV. *Bibliografía.*

Resumen: Si tenemos en cuenta que un proceso judicial es un conjunto de actos jurídicos procesales concatenados, que se inicia con una demanda y concluye regularmente con una sentencia, se presentan dos partes procesales: el demandante y el demandado; sin embargo en la legislación procesal peruana, se reconoce a la Curadoría Procesal; los Curadores que son defensores designados por el Juez, que sustituyen a los representantes y a los apoderados, que deben ser abogados; quienes intervienen en el proceso por causales previstas en el artículo 66 del Código Procesal Civil. Los curadores procesales son auxiliares de justicia gozando de todos los poderes procesales. Sin embargo, en la práctica el Curador Procesal, es ajeno al conflicto de intereses de las partes del proceso, muchas veces no conocen los medios probatorios a ofrecer o actuar; motivando este estudio en cuanto a sus consecuencias.

Palabras clave: Conflicto de intereses, el curador procesal, facultades y limitaciones, los medios probatorios, proceso judicial.

¹ Trabajo recibido el 2 de octubre de 2022 y aprobado el 30 de noviembre de 2022.

* Abogado, Magister y Doctor en Derecho Civil y Procesal Civil. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada del Norte. Ex presidente de la Comisión de Justicia de Instituto de Defensa al Consumidor. Actual presidente del Instituto de Arbitraje del Colegio de Abogados de La Libertad. Autor de libros, diferentes artículos y comentarios en revistas especializadas. Docente universitario, así como magistrado del Poder Judicial por más de 30 años. Correo electrónico: hz1510@gmail.com.

Abstract: If we take into account that a judicial process is a set of concatenated procedural legal acts that starts with a lawsuit and concludes with a sentence, there are two procedural parties: the plaintiff and the defendant; however, in the Processual Peruvian Legislation the Procedural Guardianship is recognized; Curators who are defenders appointed by the Judge, that replaces the representatives and attorneys-in-fact, that must be lawyers. those who intervene in the process for the reasons provided for in article 66 of the Civil Procedure Code. The procedural Curators are judicial assistants of justice, enjoying all the procedural powers. However, in the practice, the Procedural Curator is oblivious to the conflict of interests from the parties of the process, often, they don't know the evidence to offer or act, motivating this study in terms of its consequences.

Keywords: Conflict of interests, procedural curator, faculties and limitations, means of evidences, judicial process.

I. INTRODUCCIÓN

Como hemos establecido el Curador Procesal es un auxiliar de justicia nombrado por el juez de la causa, sólo para efectos de representación en el proceso, mas no para representarla fuera de él, en la celebración de actos jurídicos sustantivos; cuya designación se da por las causales previstas en el art. 66 del Código Procesal Civil; por decir, representa a aquellos incapaces que carecen de representante, o deban litigar contra sus representantes. Comparecen en un proceso en lugar de la parte o de su representante legal, por no tener éstos, capacidad procesal o no poder hacerla efectiva; por ello el nombramiento necesariamente debe recaer en un abogado.

Si sabemos que cualquiera de las partes del proceso, para acreditar los fundamentos que exponen como medio de defensa ofrecen sus medios probatorios así dar cumplimiento al art. 188 del mismo Código; que prescribe que los medios probatorios, tienen por finalidad, acreditar los hechos expuestos por las mismas, producir certeza en el juez, respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

El Curador Procesal si bien es cierto debe ser un abogado; muchas veces no conoce el origen del conflicto, menos los hechos ocurridos que deben ser objeto de probanza; su actividad está muy limitada y en algunos casos, dolosa o culposamente perjudica a la parte

que representa; este hecho es lo que ha motivado elaborar este artículo que se está dando a conocer en forma clara, precisa y concreta.

II. DESARROLLO

1. La prueba en la Legislación Procesal Civil peruana

Siempre apoyándonos en el conocimiento y la información acertada de los estudiosos del derecho procesal peruano, entre otros el profesor² Percy Chocano Núñez nos menciona:

La administración de justicia se rige por el principio de incertidumbre; muchas veces se inicia un proceso mediante la postulación de una demanda, por parte del quien se siente agraviado en sus derechos materiales; ejercita la Tutela Jurisdiccional Efectiva, mediante la acción civil; en cuyo escrito expone sus fundamentos de hecho y de derecho y especialmente da a conocer al órgano jurisdiccional sus medios probatorios, que de acuerdo al Código Procesal Civil en el artículo 188, tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

Los medios probatorios son típicos: La declaración de parte, la declaración de testigos, Los documentos, La pericia, y la Inspección judicial. Los medios probatorios Atípicos, son aquellos no previstos como medios típicos y están constituidos por auxilios técnicos o científicos que permitan lograr la finalidad de los medios probatorios.

Si tenemos en cuenta qué se entiende por proceso judicial: al conjunto de actos jurídicos procesales concatenados, que se inicia con una demanda y culmina generalmente con una sentencia. - El proceso; tiene las siguientes etapas: Postulatoria, Conciliatoria, Probatoria, Sentencia y Ejecución.

En estas etapas, a su vez, se desarrollan las Etapas de la Prueba: de Ofrecimiento, de Admisión, de Actuación y de Valoración. En cuyas etapas se tramitan los medios probatorios; con los requisitos de fondo y de forma

² Cfr. CHOCANO, Percy, *Derecho aprobatorio y Derechos Humanos*, IDEMSA, Lima – Editorial Moreno, 2008.

que prescribe el Código; para los efectos de ser admitidas, o rechazadas; que generalmente ocurre en el saneamiento procesal, admisión de las pruebas y de fijación de puntos controvertidos.

1.1. El principio de oralidad

El proceso judicial, tiene principios reguladores, pero existe un principio que es muy importante conocerlo, me refiero al principio de oralidad, que tiene vinculación estricta con los medios probatorios; para mejor explicación me apoyo en el profesor³ Omar Sumaria Benavente; quién nos da a conocer que el concepto de oralidad se trabaja alejándose de la mera verbalización de los actos procesales en la audiencia; su real dimensión se realiza como una herramienta de comunicación eficaz, que las partes deben ejercitarla, lográndose el propósito de lo que las partes quieren transmitir y recibir con intervención del órgano jurisdiccional; oralización que se realiza dentro del esquema denominado proceso cooperativo o de colaboración; buscando el equilibrio entre dos valores que son la optimización de la eficiencia del proceso y la maximización de utilidades para las partes. Esto es llegar a la verdad y como finalidad abstracta de lograr la paz social en justicia.

El mismo autor nos dice: La actuación y reconocimiento del principio de oralidad propone una nueva forma de proceso, dando cara a una justicia más célere y oportuna, sobre todo para que el justiciable repense el proceso civil mismo, renueve sus categorías y reemplace muchas instituciones que dejaron su razón de ser.

1.2. Desarrollo del tema

Entre los justiciables a mi saber y entender tenemos al Curador Procesal; como lo vamos a sustentar en la forma siguiente:

Actuación y evaluación de la prueba y su empleo dentro del proceso civil oral con intervención del Curador Procesal.

De esta forma, procedemos a desarrollar el tema de este artículo, para ello nos formulamos una pregunta: **¿Cómo actúan los medios de prueba en un proceso con intervención del Curador Procesal?**

³ Cfr. SUMARIA, Omar, *El Nuevo Principio de Oralidad en el Proceso Civil*, Pacífico Editores, Perú, 2021.

Para los efectos de la respuesta debemos tener en cuenta el concepto de medio probatorio, su finalidad, qué se entiende por Curador Procesal el ofrecimiento, así como actuación de los medios probatorios.

Sin perder de vista el mensaje del profesor Jeremías Bentham cuando nos da a conocer las reglas del procedimiento, que deben dirigirse a cuatro finalidades la rectitud en las decisiones, la celeridad, la economía, la eliminación de los obstáculos superfluos.

En el derecho procesal civil peruano el Curador Procesal, se encuentra limitado para el conocimiento de los hechos que dieron al conflicto en el proceso judicial; al no conocer los hechos que dieron origen al conflicto de intereses y por consiguiente no tiene la certeza de conocer qué medios probatorios puede ejercitar para defender a su representado; por consiguiente, puede fracasar en su gestión procesal; más aún si los honorarios los paga la otra parte. -Adolece de legitimidad para obrar, que le corresponde estrictamente a la parte que representa. Sostengo que el curador procesal al no conocer en detalle el o los conflictos materia del proceso para ofrecer y actuar los medios probatorios idóneos que crea conveniente, para defender los intereses del verdadero titular del derecho a quien representa; por otro lado, desconoce la gestión que debe realizar el Curador Procesal; porque no conoce ni tiene oportunidad de comunicarse con su representado, para superar dicho desconocimiento.

Es decir; el Curador Procesal si bien tiene una gestión en el proceso, su gestión es inoficiosa; como se va a demostrar con esta lluvia de ideas y conceptos que paso a exponer.

De esta forma pasamos a conocer los presupuestos de tema materia de análisis.

2. El Curador Procesal

Para tratar esta institución jurídica; no debemos perder de vista sus antecedentes concebidos en la doctrina tanto de los códigos civiles y procesales civiles (adjetivos), de los siglos XIX y XX y nos damos cuenta de que su origen está en el derecho positivo con la denominación de Curatela; de acuerdo a lo prescrito en el artículo 564° del Código Civil vigente.

Esta institución que en su origen pertenece al derecho positivo para su aplicación; nuestro Código Procesal Civil lo concibe en su artículo 61°, con la denominación de Curador Procesal.

2.1. Concepto

La Curatela es una institución supletoria de amparo familiar; que proviene del latín *curro* que significa “cuidar o cuidador”; así como tiene otros significados; cuidar, administrar, dirigir, entre otros.

El objeto de la Curatela lo considera el artículo 565° del Código Civil; administración de bienes y asuntos determinados.

El profesor⁴ Guillermo Borda tratadista argentino da a conocer “se llama curatela a la representación legal de los incapaces mayores de edad, tratase de dementes, sordomudos que no saben darse entender por escrito; su voluntad en forma clara, precisa y concreta; así como tampoco no saben administrar sus bienes o se trata de bienes abandonados o vacantes”.

El jurista⁵ Arturo Yungano indica que “la Curatela es inherente a la incapacidad de mayores de edad; se da la presencia del curador ante aquel mayor de edad incapaz de administrar sus bienes; como el demente, aunque tenga intervalo lucidos y aquel sordomudo que no sabe leer ni escribir”.

Sostiene el mismo autor que se trata de una representación legal; que tiende a proteger no solamente a los mayores incapaces que no gozan de facultad de discernimiento; también para aquellos menores de edad que aun estando bajo la patria potestad, deben ser protegidos en sus bienes.

Las clases de Curatela la doctrina considera legal, judicial y voluntaria.

2.2. El curador procesal en el Código Procesal Civil Peruano

2.2.1 Artículo 66: Presupuestos

Esta norma procesal concibe “el curador procesal” siendo un abogado nombrado por el juez a pedido del interesado que interviene en el proceso que casi siempre es el demandante; en los siguientes casos:

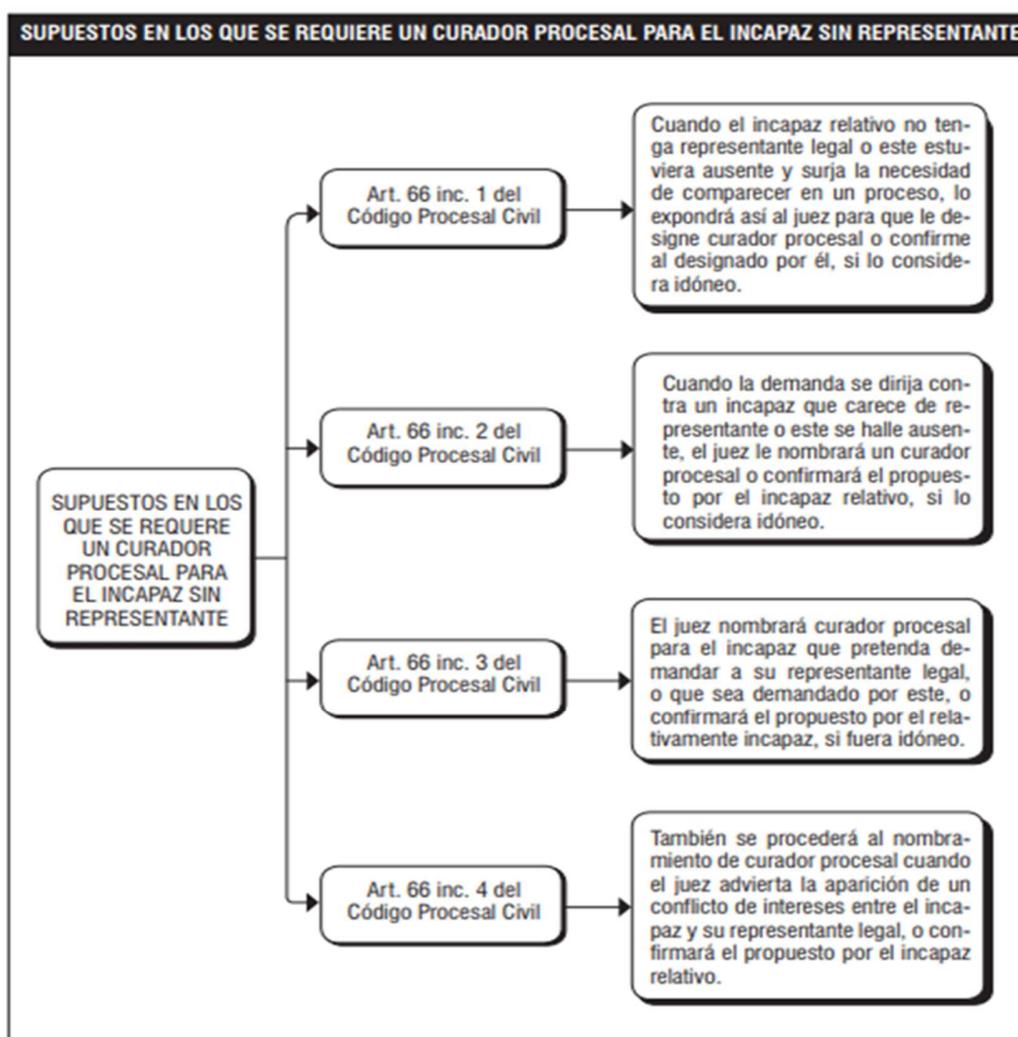
- a) Cuando no sea posible emplazar válidamente al demandado por ser indeterminado, incierto o con domicilio o residencia ignorados, según lo prescrito por el Artículo 435° del mismo código.

⁴ Cfr. BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho General*, Ed. 11, Perrot, Buenos Aires, 1996.

⁵ Cfr. YUNGANO, Arturo, *Derecho de familia*, Buenos Aires, Argentina, 2015.

- b) Cuando no se pueda establecer o se suspenda la relación procesal por restricción de la capacidad de ejercicio de la parte o de su representante legal.
- c) Cuando exista falta, ausencia o impedimento del representante de la persona con capacidad de ejercicio restringida, según lo dispuesto por el artículo 66°.
- d) Cuando no comparece el sucesor procesal, en los casos que así corresponda, según lo dispuesto por el artículo 108°.

Tabla 1: Supuestos en los que se requiere un curador procesal para el incapaz sin representante



Fuente: Código Procesal Civil (1992)

2.2.2 Obligaciones y derechos del Curador Procesal (Art. 61 del Código Procesal Civil)

Si tenemos en cuenta que la curadoría procesal en atención al origen de la designación es de naturaleza legal; que otorga facultades al juez para la designación del representante de una persona en el proceso.

El rol del curador procesal es importante frente a la naturaleza de confrontación del proceso; siendo la dualidad de las partes un elemento imprescindible para equilibrar la tutela judicial y la aplicación de las leyes; esa dualidad se establece a partir del emplazamiento; permitiendo que el demandado ejercite su derecho de defensa; por los casos previstos en el artículo 61° del Código Procesal Civil.

El curador procesal tiene el deber de intervenir en todos los actos que ocurran durante el desarrollo del proceso; como el de contestar la demanda, así como de otros actos procesales propios de dicha defensa; incluso impugnar una resolución.

Carece de facultades el curador procesal para realizar actos de disposición como el de allanarse, transar y conciliar y no puede ser citado para ejecutar aquellos actos cuya eficacia depende del cumplimiento personal por parte del demandado; por decir reconocer firmas.

Por ello de acuerdo a lo prescrito en el artículo 408° del Código Procesal Civil, la decisión final recaída en el proceso donde la parte perdedora estuvo representada por un curador procesal; está sujeta a consulta para que la resolución sea objeto de revisión vía aprobación o no de la resolución consultada.

2.3. Limitaciones del Curador Procesal

Como hemos establecido, el Curador Procesal pertenece al cuerpo de auxiliares de la justicia y gozan de todos los poderes procesales; mas no de los poderes sustantivos; especialmente de aquellos que implican disposición del objeto litigioso: transigir, desistir, allanarse, declarar o confesar.

En consecuencia, el Curador Procesal goza de ciertas facultades en cuanto a la práctica como derecho constitucional en la defensa que le asiste a todo justiciable.

Siendo así, el Curador Procesal es nombrado por el juez sólo para efectos de representación en el proceso, mas no para representarla fuera o dentro del, en la celebración de actos jurídicos sustantivos.

Por ficción jurídica, el Curador Procesal no tiene la calidad de “parte en el proceso”, pues esa calidad solamente le corresponde al demandado del proceso; por decir cuando éste se encuentre como indeterminado “no se conoce quién es” o se ignore su domicilio, conforme lo prescribe el art. 435 *in fine* del Código Procesal Civil; al igual cuando el demandado indeterminado se desconoce o ignora su domicilio. Ante estas circunstancias a los emplazados demandados, se les apercibe de contestar la demanda; de lo contrario se nombrará al Curador Procesal.

2.4. Limitaciones del Curador Procesal en cuanto a sus funciones

La limitación en este caso, por parte del Curador Procesal, es de no conocer el conflicto de intereses, menos a la parte que va a representar; más aún si ha fallecido y no se conocen sus herederos. Por ello, a mi criterio no existe razón para que se siga el juicio de partición de la masa hereditaria, con un curador que lo represente, especialmente “al causante de la herencia”; criterio que lo ha establecido la jurisprudencia práctica en el proceso.⁶

Continuando con la investigación, se ha encontrado en la jurisprudencia práctica donde el Curador Procesal se extralimitó en sus funciones concedidas por la ley, al allanarse a la pretensión del demandante, por cuanto no existe norma alguna que le faculte para ello; por tanto, dicho allanamiento, la Corte Suprema de la República, la declaró improcedente.⁷

En los mismos términos de investigación para el caso que nos ocupa, tenemos la ejecutoria cuando un Curador Procesal llega a reconocer un documento privado en donde ha intervenido su representado, contraviniendo el art. 292 del Código Procesal Civil, que prescribe: “el reconocimiento de un documento privado solo puede ser efectuado por su otorgante o sus herederos”. Ante la imposibilidad jurídica del reconocimiento practicado por el Curador Procesal; la Corte Suprema la declaró Nula.⁸

⁶ Casación N°1084-99-HUANCAVELICA, publicada en el Diario Oficial el Peruano, el 7 de enero del 2000, p. 4506.

⁷ Casación N°2324-2006-AREQUIPA, publicada en el Diario Oficial el Peruano, de fecha 2 de octubre del 2007, pp. 20762 y 20764.

⁸ Casación N°2640-2001-LIMA, publicada en el Diario Oficial el Peruano, el 1 de abril del 2002, p. 8521.

3. La Institución de la Consulta y el Curador Procesal

Ante estas circunstancias, consecuente de las limitaciones que tiene el Curador Procesal en el ejercicio de las facultades. La decisión final (sentencia) en el proceso donde la parte perdedora estuvo representada por un Curador Procesal, está sujeta a consulta de acuerdo a lo prescrito en el art. 408 del Código Procesal Civil.

La Consulta y su estructura legal, lo establece el Código Procesal Civil peruano, entre otras es forzada, esto es que la resolución en cuestión sea necesaria y oficiosamente revisada por la instancia superior sin la cual no causaría ejecutoria. Aquella sentencia no impugnada por las partes, si la parte perdedora estuvo representada por un Curador Procesal necesariamente vía consulta por el Superior, más aún aquellos procesos vinculados o involucrados a la familia o al Estado (interés público).

Este criterio nos la da a conocer la jurista Marianella Ledesma Narváez, que sostiene:⁹ “Los recursos y la consulta buscan un mismo resultado, cual es la revisión de la decisión judicial por el superior para saber si el derecho ha sido debidamente interpretado y la ley justamente aplicada”. La consulta es un imperativo del legislador con carácter obligatorio que ordena al juez, sin petición alguna a fin de que determinadas resoluciones deban ser revisadas por el superior; su trámite es idéntico o se asemeja a la apelación; incluso el sistema procesal conocido como *reformatio in peius* que obra a favor de la parte que la ley ha establecido ese grado de competencia.

Por consiguiente, en la medida que dichas normas jurídicas estuvieron vigentes dieron lugar a la consulta cuando la sentencia de primera instancia sea adversa a cualquiera de las partes. El superior se orientará a aprobar o desaprobar la resolución materia de consulta.

Sin embargo, por disposición del decreto legislativo N°1384 se ha modificado el artículo 408 del Código Procesal Civil; prescribiendo que solamente procede la consulta de las resoluciones de primera instancia que declaran la interdicción y el nombramiento de tutor, curador o designación de apoyo.

De tal forma que todas las resoluciones que no está dentro de este contexto legal, ya no irán en consulta en virtud de la modificación prevista por el citado decreto legislativo.

⁹ LEDESMA, Marianella, Comentarios al Código Procesal Civil, Gaceta Jurídica, tomo 2, Perú, 2015, p. 273.

4. Planteamiento del problema

A modo de investigación social, nos permitimos plantear el siguiente problema ¿En un proceso judicial con intervención del Curador Procesal, los medios probatorios que ofrece y actúa serán eficaces para la defensa de los intereses de su representado?

El profesor universitario¹⁰ Augusto Medina Otazú, nos da a conocer que el Curador Procesal como institución jurídica mediante la representación y la sucesión procesal, al ejercer los derechos procesales de la parte que representa también requiere de la relación material para participar de manera activa en la defensa de los intereses del emplazado que defiende, sin embargo, el titular del derecho material puede pedir la nulidad de situaciones que considera vulnerable a su derecho material y también procesal, y una vez que este ingresa al proceso, excluye al curador procesal.

En su artículo el citado profesor, hace un estudio muy interesante sobre las diferencias saltantes del Curador Procesal con otras instituciones jurídicas; con el interrogante si es o no parte del proceso; partiendo que no es demandante ni demandado, sino meramente su representante, precisando que el curador del proceso será un representante del titular del derecho que ha recibido habilitación judicial para ese encargo de atender una posible indefensión en el juicio. El curador procesal no tiene un interés directo ni en la relación material ni procesal, es un encargado dentro del sistema de justicia por lo que se denomina auxiliar judicial.

Luego el mismo autor nos da a conocer cómo se nombra el curador procesal mediante una resolución judicial, recayendo en la persona de un abogado porque el Juez a pedido al interesado que interviene en el proceso; esto es la otra parte, que generalmente es el demandante y quien a propósito le cancela sus honorarios. Entonces nos preguntamos ¿esto es moral? ¿Qué la parte interesada solicita la designa del curador procesal que represente a su contraparte y le cancele sus honorarios?

Dejamos esta inquietud para análisis de los oyentes; adelantando mi opinión el curador procesal como ocurre en la legislación peruana; es inoficioso.

Si tenemos en cuenta que los presupuestos de toda acción judicial son la legitimidad para obrar y el interés para obrar; nos permitimos un interrogante; realmente el Curador

¹⁰ Cfr. MEDINA, Augusto, *El curador Procesal: Regulación y Problemática, Actualidad jurídica*, Gaceta Jurídica, tomo 326, Perú, enero de 2021.

Procesal en la legislación peruana, reúne estos requisitos o presupuestos; ¿es un auxilio judicial (art. 55 del Código Procesal Civil) puede representar al demandante o demandado a quien representa? Por consiguiente, a mi criterio no reúne los requisitos o presupuestos mencionados.

El profesor Medina sostiene que El curador procesal es designado por el Juez, adquiere aparentemente en forma automática interés para obrar para actuar dentro del proceso, pero no podríamos decir lo mismo sobre la legitimidad para obrar por cuanto no suplanta íntegramente el derecho material al que representa; únicamente el curador procesal intervendrá como auxiliar de justicia como lo indica la ley y el mismo proceso judicial ; con el fundamento “para que no sea afectado su representado en cuanto a su derecho a la defensa y tutela jurisdiccional”. A mi criterio este fundamento no es suficiente para que el curador procesal, intervenga realmente en un proceso judicial y así defender a su representado.

Es decir, esta posición no es tan convincente por parte de la ley; como lo veremos más adelante, el Curador Procesal al no “conocer los hechos materia del conflicto” al que pretende defender vía representación de la parte; se encuentra totalmente limitado en el ejercicio del derecho a la defensa; por decir en un proceso sobre pago de obligaciones; mal podría sostener con medios probatorios que se ha extinguido la obligación en forma total o parcial. Postura procesal con gran beneficio de la otra parte; quien le está pagando los honorarios.

De otro lado; tenemos que ante la presencia de cualquiera de la causales para que se nombre el Curador Procesal, de conformidad con lo prescrito con el art. 108 del Código Procesal Civil, los treinta días que el Juez da a conocer por edictos para que se presenten los que legalmente van a representar a la parte que no intervendrá en el proceso, deben ir seguidos de un interés manifiesto por la contraparte, para realizar la búsqueda de las personas que asumirán la causa por sucesión procesal y únicamente cuando no se ha podido realizar esta determinación dará lugar para la designación del curador procesal. Al respecto dejamos constancia que dicha búsqueda carece de interés para la parte opositora que generalmente es el demandante y existe una realidad que los edictos se publican en el periódico oficial, El Peruano y del distrito judicial designado; pero dichos periódicos casi no son materia de lectura es así que las personas que realmente tienen interés en determinar la sucesión de la persona que ha intervenido en el proceso, no se informan y ocurre lo explicado, designándose

a un abogado como Curador Procesal en el modo y forma ¿esto es correcto? Igualmente, dicha publicación en lugares del país como es el sur, sus habitantes no conocen menos hablan el idioma castellano, sino el aimara o el quechua.

En conclusión, los actos del curador procesal, no son actos propios del titular del derecho a quien representa circunstancialmente; los actos procesales que ejercita no pueden tener esta calificación, dado que el nombramiento del curador no ha obedecido a la voluntad de dicha persona sino a un mandato del juzgador; tan es así que nuestro ordenamiento procesal civil no considera la falta de impugnación por parte del curador procesal de resolución final adversa consentimiento de la misma, puesto que de acuerdo a lo prescrito en el inciso segundo del art. 408 del Código Procesal Civil, la resolución debe ser elevada en consulta.

A modo de conclusión se demuestra la debilidad institucional de la curaduría procesal para atender cabalmente la ausencia vía representación legal de una persona en el proceso judicial y en los casos que se ha expresado en líneas arriba.

Por consiguiente de acuerdo a este análisis, el Curador Procesal no puede ejercitar el derecho de defensa de su representado; es así que el juez se encuentra muy limitado para cumplir con sus obligaciones de juzgador; consecuente de tal proceder casuístico por parte del Curador Procesal; por ello es que la legislación peruana, ha establecido que en los procesos judiciales cuando intervenga dicho auxiliar judicial, la resolución que da termino al proceso debe ir en consulta; pretendiendo el legislador superar los problemas presentados; práctica que tampoco es conveniente porque el órgano jurisdiccional que va a resolver la consulta también se encuentra limitado en conocimientos para arribar a la conclusión conveniente

De esta forma damos a conocer la institución del Curador Procesal respecto de la valoración de las pruebas en un proceso civil; demostrándose fehacientemente que el actuar del curador procesal es inoficioso en un proceso judicial.

Es muy importante conocer que los abogados de las partes deben estar debidamente capacitados; y en este caso también el Curador procesal para el buen uso de los medios probatorios en el Proceso Judicial.

De esta forma queda demostrado que el curador procesal, por su naturaleza jurídica y la concepción legal que lo establece nuestra legislación procesal, especialmente en el Código

Procesal Civil, no es el idóneo para defender los intereses subjetivos y procesales de su representado; de allí que hemos estudiado la posibilidad que sea el gestor de negocios o el procurador, así como el defensor de oficio.

En cuanto al gestor de negocios y el procurador; por su naturaleza jurídica, tampoco son idóneos, el primero porque solamente tiene por función en casos de actos jurídicos comerciales o patrimoniales; el segundo es para defender los intereses del Estado; esto ocurre en el Perú todos los Ministerios tienen sus procuradores, así como los Gobernadores y alcaldes Municipales Provinciales y distritales.

Por ello; mi criterio es que sea el Defensor de Oficio, tanto por su naturaleza jurídica, como por sus funciones que se ejercitan en los procesos penales, al defender a procesados que no tienen abogados.

A modo de conclusión, sostengo enfáticamente que debe abrogarse en el Código Procesal Civil, la institución del Curador Procesal; en todo caso para defender aquella persona en un proceso que se encuentra inmerso en las causales indicadas, quien debe defenderlo es un abogado o defensor de oficio, cuyos honorarios en todo caso los cancelará el Estado.

III. CONCLUSIONES

Los medios probatorios, tanto en su ofrecimiento, admisión y valoración; tienen sustentos epistemológicos, propios de un proceso deseado por la justicia, a fin de llegar a la verdad de los hechos. Cada prueba contiene un mensaje para el juzgador y para las partes del proceso. Los medios probatorios, en el Código Procesal Civil peruano, su doctrina y jurisprudencia; tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

En un proceso judicial, con la intervención del Curador Procesal; por sus limitaciones y los hechos que originan su designación y actuación; los medios probatorios en un proceso civil peruano, no cumplen su finalidad y muchas veces no llegan a apoyar para conseguir la verdad jurídica; menos defender los intereses de su representado.

Se propone modificar la institución del Curador Procesal en la legislación peruana; de tal forma que reúna como parte del proceso, todos los requisitos para ser imparcial en su gestión al defender los intereses de su representado y no ser meramente un auxiliar de justicia.

Se propone que las funciones del curador procesal se hagan mediante un defensor de oficio, nombrado y pagado por el Estado, quienes deben ser capacitados con cursos especializados para tener la capacidad suficiente para la defensa de las personas que van a representar.

Consecuente de las conclusiones que se proponen; la institución del curador procesal debe abrogarse conforme lo he constatado con Códigos Procesales Civiles del derecho comparado.

Siguiendo lo prescrito por el decreto legislativo 1384 y ante la modificación del artículo 408 del Código Procesal Civil, todos los casos previstos anteriormente que fueron materia de consulta; se ha limitado solamente a los asuntos que declara la interdicción y el nombramiento de tutor, curador o designación de apoyo; por consiguiente, una vez más se verifica que la presencia de un curador procesal no tiene razón de ser.

IV. BIBLIOGRAFIA

Doctrina

BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las Pruebas Judiciales I y II*, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1959.

BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho General*, Ed. 11, Perrot, Buenos Aires, 1996.

BUNGE, Mario, *Epistemología*, Ariel, Montreal, 1996.

CHOCANO, Percy, *Derecho aprobatorio y Derechos Humanos*, IDEMSA, Editorial Moreno, Lima, 2008.

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 114, México, 2021.

LEDESMA, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil*, Gaceta Jurídica, tomo 2, Perú, 2015.

MARTÍNEZ, Ángel, *Filosofía Jurídica de la Prueba*, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2012.

MEDINA, Augusto, *El curador Procesal: Regulación y Problemática*, *Actualidad jurídica*, Gaceta Jurídica, tomo 326, Perú, enero de 2021.

Resolución Ministerial 010-93-JUS , *Código Procesal Civil*, en D. L. 768, Código Civil, Jurista Editores, Lima, 2021.

SUMARIA, Omar, *El Nuevo Principio de Oralidad en el Proceso Civil*, Pacífico Editores, Perú, 2021.

TARUFFO, Michelle, *La Prueba de los Hechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2015.

YUNGANO, Arturo, *Derecho de Familia*, Editorial Jurídica, Buenos Aires, 2015.

Legisgrafía

Casación N°1084-99-HUANCAVELICA, publicada en el Diario Oficial el Peruano, el 7 de enero del 2000.

Casación N°2324-2006-AREQUIPA, publicada en el Diario Oficial el Peruano, de fecha 2 de octubre del 2007.

Casación N°2640-2001-LIMA, publicada en el Diario Oficial el Peruano, el 1 de abril del 2002.

ÚLTIMO LIBRO DE LA EDITORIAL PRIMERA INSTANCIA



