

REVISTA DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS

55

Año 17 / núm. 55
Octubre 2023 - Marzo 2024



BUAP.
revisitas



FLAMELADA

Tla-melaua, Revista de investigación en Ciencias Jurídicas
Facultad de Derecho / Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP)

DIRECTORIO

María Lilia Cedillo Ramírez
Rectora

José Manuel Alonso Orozco
Secretario General

Ygnacio Martínez Laguna
Vicerrector de Investigación y Estudios de Posgrado

Luis Antonio Lucio Venegas
Director General de Publicaciones

Georgina Tenorio Martínez
Directora de la Facultad de Derecho (FD)

Marcos Gutiérrez Ayala
Secretario de Investigación y Estudios de Posgrado (FD)

Roberto Carlos Gallardo Loya
Coordinador de Comunicación Científica (FD)
Editor Ejecutivo

Eric Cazalco Hernández
Asistente editorial

Víctor García Vázquez y Héctor Francisco González Fernández
Responsables de corrección y estilo

Carlos Martínez Osio
Responsable de traducción

Viridiana Rosas Martínez
Diseño de portada

Manuel Martín Ortiz
Soporte técnico

TLA-MELAUUA, año 17, número 55, octubre 2023 - marzo 2024, es una difusión periódica semestral editada por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP), a través de la Facultad de Derecho, con domicilio en 4 Sur No. 104, col. Centro, C.P. 72000, Puebla, Pue., México, Tel. + 52 222 229 55 00 ext. 7705. <https://tlamelaua.buap.mx/>, editor responsable: Dr. Roberto Carlos Gallardo Loya, roberto.gallardoloya@correo.buap.mx. Reserva de derechos al uso exclusivo 04-2017-111113564700-203, E-ISSN: 2594-0716, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor de la Secretaría de Cultura. Responsable de la última actualización de este número: Coordinación de Comunicación Científica y Edición Ejecutiva de la Facultad de Derecho, Dr. Roberto Carlos Gallardo Loya, domicilio en avenida San Claudio esquina boulevard 22 Sur, col. Jardines de San Manuel, C.P. 72570, Puebla, Pue., México. Fecha de la última modificación: 29 de septiembre de 2023.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación.

TABLA DE CONTENIDOS / Tla-melaua 55

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

Perspectivas de la oralidad en materia civil y familiar en el Estado de Puebla <i>Oral perspectives in civil and family matters in the State of Puebla</i> Mayra Felicitas César González Sofía González de la Calleja.....	4
Obligatoriedad de las sentencias de la corte interamericana de derechos humanos contra México. <i>Obligatoriness of the sentences of the inter-american court of Human Rights against Mexico</i> Roberto Carlos Gallardo Loya.....	23
El estatus jurídico de la dignidad humana en México <i>The legal status of human dignity in Mexico</i> Júpiter Quiñones Domínguez.....	43
Victimología y Derecho Victimal <i>Victimology and victim law</i> Erick Gómez Tagle López.....	63
Estándar del principio de dignidad desde un enfoque de los derechos humanos de los peritajes médicos para el aplicador del derecho. <i>The standardize principle of dignity under Human Rights from a medical expertise approach to apply the law</i> Emmanuel Andrés Garduño Ruíz.....	79
Relación especial de sujeción y legalidad en Brasil. Análisis de la aplicación de la teoría de sujeción especial en ejecución penal brasileña. <i>Special relationship of subjection and legality in Brazil. An application analysis of the special restrain theory in brazilian execution</i> Nilson Dias de Assis Neto.....	103

PERSPECTIVAS DE LA ORALIDAD EN MATERIA CIVIL Y FAMILIAR EN EL ESTADO DE PUEBLA*

**ORAL PERSPECTIVES IN CIVIL AND FAMILY
MATTERS IN THE STATE OF PUEBLA**

Mayra Felicitas César González**
Sofía González de la Calleja***

* Artículo de investigación postulado el 12/04/2023 y aceptado para publicación el 15/06/2023

** Profesora Investigadora en la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
mayra.cesarg@correo.buap.mx, <https://orcid.org/0000-0003-0423-9775>

*** Profesora Investigadora en la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
sofia.gonzalezdlc@correo.buap.mx, <https://orcid.org/0000-0001-6981-5089>

RESUMEN

El presente artículo versa sobre el estudio de los procedimientos orales, civil y familiar, con los cuales se busca que la impartición de justicia sea más ágil y expedita.

En el Estado de Puebla existen juicios orales sumarísimos en materia civil y familiar, que, si bien, uno de ellos se encuentra regulado en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Puebla, y el otro sólo implementado en un Acuerdo del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado. En ambos casos se analiza dichos procedimientos, ya que en uno de ellos se establece claramente el procedimiento a seguir, mientras que en el otro no. Al ser procedimientos sumarísimos implican que sean breves, por lo cual tendrían que agotarse en el menor tiempo posible, situación que en materia familiar no ocurre en la práctica.

Es así que para una mejor comprensión del tema de estudio fueron empleados los siguientes métodos: 1. el método histórico, es importante destacar que los juicios orales fueron implementados desde la antigüedad para la impartición de justicia y cómo han evolucionado; 2. método comparativo para establecer las semejanzas y diferencias entre los juicios orales en materia civil y familiar regulados en algunas legislaciones de los Estados Unidos Mexicanos; 3. el método analítico, a través del cual se explican las diferentes vías que existen para la tramitación de los procedimientos, así como los juicios orales que existen en materia civil y familiar en el Estado de Puebla y de algunas otras legislaciones.

PALABRAS CLAVES

Procedimiento, vía, oralidad, sumario, sumarísimo.

ABSTRACT

This article studies civil and family oral procedures. The purpose being that the administration in the State of Puebla can implement agile and expeditious justice. There are two types of summary oral trials; in civil and family matters. Although one of them is regulated in the Code of Civil Procedures of the State of Puebla, the second one it is only implemented in an Agreement of the Council of the Judiciary of the State Judiciary. In both cases, these procedures need to be analyzed and revise. In civil matters the procedure to be followed is clearly established. But in family matters it is not. Since both are considered summary procedures it implies that they are brief. The outcome should be exhausted, in the shortest possible time. However in practice of family matter situations, it is not so.

Thus, for a better understanding of the subject of study, the following methods were used: 1. Historical background method, it is important to note that oral trials were implemented since ancient times in order to provide justice. These have evolved with the passing of time; 2. The comparative method was used to establish the similarities and differences between oral trials in civil and family matters regulated in some Mexican Laws; 3. The analytical method was used to show the different ways on how to proceed. They are explained in detail. To have a clear perspective of the different oral trials used in civil and family matters in the State of Puebla and some other legislations.

KEYWORDS

Procedure, Route, Orality, Summary. Final Summary

SUMARIO

Introducción.
Antecedentes oralidad.
Vías procesales.
Marco normativo.
Conclusiones.
Fuentes de información y consulta.

Introducción.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en instrumentos internacionales, se reconocen los Derechos Humanos como el acceso a la justicia y aplicación de procedimientos ágiles. En el caso de México, con el Tratado de Libre Comercio se han establecido acuerdos para la implementación de juicios orales que permitan a corporaciones estadounidenses llevar a cabo y resolver sus controversias en el país.

Los objetivos del juicio oral en las diferentes áreas del derecho son dar celeridad y garantizar una impartición de justicia más ágil, oportuna y transparente que otorgue certeza de los procedimientos. Ahora bien, dentro del marco teórico, es importante señalar que la oralidad de los procedimientos civiles y familiares en el Estado de Puebla surge en el marco principalmente de las reformas del año 2008 para los juicios en materia penal. Esto se han venido implementando en otras áreas del derecho, procedimientos con tendencia a la oralidad. En materia civil y familiar estas implementaciones se han dado en forma mixta, es decir, conservando la forma escrita y aplicando la oralidad.

La oralidad no se refiere estrictamente a la ausencia de escritura, toda vez que los actos jurídicos requieren, necesariamente, ser documentados. La oralidad como principio responde a una forma de desarrollar las audiencias públicas donde prime el ejercicio oral del lenguaje técnico-jurídico propio de la abogacía.¹

En un sentido general, la oralidad si bien es un principio procesal básico, también es cierto que todos los procedimientos se documentan en las formas digitales modernas que la misma norma jurídica señala, a efecto de resguardar la información desahogada en los asuntos, que al mismo tiempo servirán a las partes como archivos de sus casos o, en su defecto, para tener la información pertinente y de utilidad.

En materia procesal familiar los asuntos privilegiados tienen tendencia a la oralidad, por otro lado, los tramitados en vía sumarísima, tanto civiles como familiares, ya aplican esta nueva tendencia para la agilidad en los procedimientos, descarga procesal y una administración de justicia mucho más expedita y eficaz.

Para el caso del Estado de Puebla, mediante acuerdo del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado actuando en Pleno de fecha siete de octubre del año dos mil veintiuno, se implementó el juicio oral sumarísimo en materia familiar, específicamente en asuntos de divorcio, guarda y custodia, visita, convivencia y alimentos, cuya implementación se ha dado de forma gradual con relativo éxito debido en gran medida a la falta de su regulación en la ley adjetiva de la materia. Es así, que el catorce de marzo de año dos mil veintitrés fue presentado ante el Senado el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, el cual ya se apro-

1 Páez Cuba, Lisett Daymaris, "La oralidad: su repercusión para la ciencia jurídica y la enseñanza del Derecho", *Enunciación*, Colombia, Vol. 25, No. 2, julio/diciembre 2020, p. 211, Disponible en: <https://doi.org/10.14483/22486798.16005>

bó. Resalta que el mismo regula los procedimientos orales en ambas materias y que se tendrá, en su momento procesal oportuno, sujetarse invariablemente a esa nueva normatividad, de ahí que se sostiene que las disciplinas procesales están en constante cambio y transformación con el principal objetivo de ajustarse a las necesidades sociales y crear procedimientos más precisos, adecuados y ágiles.

Respecto del núcleo conceptual se precisa en este artículo a modo de preguntas que refuerzan la investigación las siguientes: ¿qué es vía?, ¿qué es procedimiento?, ¿qué es proceso?, ¿qué es juicio?, ¿cuáles son las diferencias entre procedimiento, proceso y juicio?, ¿en qué consiste la oralidad?, ¿en qué consiste la vía privilegiada?, ¿en qué consiste la vía especial?, ¿en qué consiste la vía sumaria?, ¿en qué consiste la vía sumarísima?, ¿en qué consiste la vía ordinaria? y ¿en qué consiste la jurisdicción voluntaria?

Se establece como objetivo general el de valorar la importancia de una debida regulación y comprensión de los procedimientos orales en materia civil y familiar para que la impartición de justicia sea pronta y expedita. Además de determinar la importancia de la normatividad para litigantes y particulares que solicitan la intervención del órgano jurisdiccional por la vía oral en determinados asuntos del orden civil y familiar; identificar las diferencias entre el juicio oral sumarísimo regulado por el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Puebla y el juicio oral sumarísimo que por disposición del Acuerdo del Consejo de la Judicatura del Estado implementa dicho juicio para los asuntos en materia familiar especificados y comprender las etapas procesales de los procedimientos orales civiles y familiares establecidos en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.

El método histórico, el cual es de utilidad cuando se estudia el origen y la evolución de las instituciones jurídicas que en este trabajo se mencionan; el método comparativo el cual fue empleado para establecer las semejanzas y diferencias entre los juicios orales en materia civil y familiar regulados en algunas leyes adjetivas de la materia de algunos estados de la República Mexicana, así como con el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares; el método analítico permitió el desarrollo y desglose de las diferentes figuras jurídicas, como las vías que existen para la tramitación de los procedimientos, así como los juicios orales actuales en materia civil y familiar en el Estado de Puebla y de algunas otras legislaciones.

En el primer punto que se aborda del presente artículo se establecen los antecedentes generales de los juicios orales. Se parte del derecho clásico romano y después romano germánico, haciendo referencia a los procedimientos orales y escritos utilizados en Roma como: *legis actione*, procedimiento formulario y el procedimiento extraordinario.

Por otra parte, en el segundo punto se explican las vías actuales en que pueden tramitarse los procedimientos civiles y familiares, reafirmando lo que implica una vía y los asuntos que en ellas se tramitan.

En el tercer apartado se establecen algunas legislaciones que abordan los procedimientos orales civiles y familiares a fin de tener un panorama de cómo se desarrollan los mismos para su mejor comprensión y comparación.

Cierra la investigación con las respectivas conclusiones y algunas propuestas que se consideran pertinentes, las cuales tienen el objetivo de que lleven a una reflexión jurídica y procesal para los justiciables.

Antecedentes

Los antecedentes de la oralidad nos remontan al derecho romano clásico y al romano germánico. El derecho procesal civil romano se desarrolló en tres fases; *legis actione*, procedimiento formulario y el procedimiento extraordinario. Respecto de la primera fase, *legis actione*, estuvo en vigor posiblemente desde la fundación de la ciudad hasta la mitad del siglo II A.C. Era un procedimiento realizado frente al magistrado, compuesto de palabras y hechos que tenían la finalidad de llegar a una solución en donde las acciones se reducían a cinco tipos: *actio sacramenti*, *judicis postulatio*, *condictio*, *manus injectio* y *la pignoris capio*. Las tres primeras solo servían para abrir el juicio y las otras dos fueron vías de ejecución, lo que caracterizó a este procedimiento fue la oralidad y la solemnidad.

El ocaso de la *legis actio* se debió, en gran parte, a las exigencias de un pueblo primitivo que instauró un sistema procesal formalista y riguroso, a tal grado que el mínimo error hacia perder el juicio y la excesiva sutileza con la que los antiguos legisladores redactaron estas acciones trajo como consecuencia la pérdida de los pleitos, por tanto, estas acciones fueron abolidas por otras leyes como la *aebutia* y las dos leyes Julias.²

El ocaso del primer sistema dio lugar a un nuevo sistema procesal que paulatinamente se impuso, el procedimiento formulario, el cual administraba justicia en litigios entre romanos y extranjeros y de extranjeros entre sí. Es importante destacar que en este sistema ya no se encuentran presentes los ritos ni solemnidades del anterior procedimiento, caracterizándose por lo siguiente:

1. Las partes exponían sus pretensiones *per verba concepta*, en palabras de su propia elección, por este motivo, disminuye la dependencia de la administración de Justicia respecto del *ius civile*.
2. El praetor deja de ser un espectador del proceso, o bien una autoridad cuyo papel se limita a vigilar si las partes recitan correctamente sus papeles. Se convierte en un organizador que determina discrecionalmente cuál será el programa procesal de cada litigio individual, señalando a cada parte sus derechos y deberes procesales.
3. El proceso conservaba su división en una instancia *in iure* y otra *in iudicio*, pero como eslabón entre ambas fases, se encuentra ahora la fórmula que contenía las instrucciones y autorizaciones que enviaba el magistrado al juez. El magistrado hacía fijar en la fórmula cuál era la pretensión exacta del actor, y con frecuencia en qué consistía el contraargumento del demandado, el argumento de réplica del actor, etc.³

En la primera etapa de este procedimiento se inicia el juicio con la notificación que el propio actor realizaba a su contraparte invitándolo a comparecer el día indicado ante el *Praetor*. Una vez que las partes estaban ante el *Praetor*, el actor revelaba sus pretensiones al demandado, situación denominada *editio actionis* y una vez enterado de dichas circunstancias el procesado podía adoptar ciertas actitudes:

1. Cumplir con el deber que se le estaba reclamando.
2. Reconocer que efectivamente debía lo que se le estaba reclamando, lo que corresponde a la misma circunstancia que si se hubiese dictado una sentencia declarándolo responsable.
3. Podía oponer excepciones.
4. Negar los hechos que son alegados por el demandante.⁴

2 Ventura Silva, Sabino, "Derecho romano", Editorial Porrúa, México, 1988, pp. 406-407.

3 Margadant F., Guillermo, "Derecho Romano", 26ª ed. Editorial Esfinge, México, 2004, pp. 152-155.

4 Huber Olea, Francisco José, "Diccionario de Derecho Romano", Editorial Porrúa, México, 2000, p. 615

En la segunda etapa, las partes exponían sus pretensiones y excepciones llevando esto a un debate frente a la autoridad. Una vez que el *Prætor* los escuchaba y de admitir la acción redactaba la fórmula en la que se establecía cada uno de los argumentos de las partes, hecho esto la parte actora daba lectura al contrato procesal con el objeto de verificar que todo lo manifestado estuviese plasmado en él, dando paso a la *litis contestatio*.

La tercera etapa se caracteriza por su oralidad en los alegatos, defensas e interrogatorios, por su publicidad y por su inmediatez. Se dividía en las siguientes etapas: ofrecimiento, admisión o rechazo y desahogo de las pruebas, alegatos y sentencia.

Después del desahogo de las pruebas, las partes presentaban oralmente sus alegatos, exponían su opinión sobre el resultado del procedimiento probatorio y criticaban las pruebas aportadas por la parte contraria. Luego se dictaba de viva voz la sentencia que debía tomar una de las siguientes dos opciones: conceder al actor exactamente lo que había pedido o absolver al demandado.⁵

La tercera fase del derecho procesal en Roma lo constituía el procedimiento extraordinario. Hacia el final de la época clásica, siglo II de nuestra era, Diocleciano suprimió las últimas aplicaciones del procedimiento Formulario e inició así con el procedimiento extraordinario que comenzaba con la notificación al demandado que, de un acto privado se convirtió en un acto público. Es decir, la notificación se daba por el funcionario público, una vez notificado el demandado podía allanarse o defenderse presentando su *libellus contradictionis* (escrito presentado por el demandado donde opone sus excepciones), tal proceso se desarrolla ante un funcionario público ante el cual expone su causa (*narratio*) y el demandado le opone sus objeciones, una vez que terminaba las actuaciones respectivas el juez dictaba la sentencia por escrito y era leída.

La tradición de la oralidad que aún conservan los procedimientos actuales se retoma de este sistema. El Estado lo impartía a través de los jueces, funcionarios públicos, y quienes intervenían en la administración de la justicia. Por otra parte, el demandante ya no notifica personalmente al demandado, esta tarea la efectúa el executor o actuario, llevándose todo por escrito y levantándose actas de las sesiones, lo anterior influyó desde luego en el derecho procesal canónico así como en el Código de Procedimientos Civiles del antes Distrito Federal de 1884, antecedente del actual Código de 1932.⁶

En siglo XXI, diversas entidades dieron paso a los procedimientos orales. Se iniciaron principalmente en el derecho procesal penal, y posteriormente en el derecho procesal civil y familiar. Esto trajo como consecuencia modificaciones en sus legislaciones. Ambas disciplinas coinciden en que los procedimientos orales permiten mayor publicidad, celeridad, eficacia y economía procesal entre otros aspectos.

Chihuahua fue la entidad pionera de la puesta en práctica de los juicios orales en materia penal, se ha iniciado la discusión en el Congreso local en torno a la promulgación de nuevos códigos para materia familiar como una rama autónoma del derecho civil tanto sustantivo como adjetivo. Así, en esta última se sigue la tendencia a migrar hacia el sistema oral que se caracteriza por las siguientes ventajas: menor formalidad, mayor rapidez, propicia la sencillez y aumenta la publicidad del proceso.⁷

⁵ Íbidem, p. 621.

⁶ Ob. Cit. Sabino, pp. 415-417

⁷ López Betancourt, Eduardo, Fonseca Luján, Roberto Carlos, *Juicios orales en materia familiar*, IURE editores, México, 2017, p. 149.

Por otra parte, en un proceso oral se debe entender que el propósito básico no es eliminar las actuaciones escritas mediante la supresión de la escritura, sino dar predominio a la expresión oral buscando favorecer con esto la inmediatez en el procedimiento al permitir una interacción más directa y personal entre las partes, así como favorecer la celeridad al agilizar el desarrollo del proceso en una o menos audiencias, después de las cuáles el juzgador resuelve la controversia planteada.

La importancia que en la actualidad tienen coherencia y la claridad en la expresión del lenguaje en los procedimientos orales puede ser determinante en el éxito de los juicios tramitados ante los tribunales, de tal forma que los litigantes deben estar preparados en el manejo de las diversas habilidades vinculadas principalmente con la expresión, la interpretación y la debida argumentación.

Es así como el lenguaje constituye una actividad social fundamental ineludible cuando se estudia el funcionamiento de los grupos humanos,⁸ y más aún cuando ese lenguaje en su expresión es importante en los procedimientos orales, porque denota conocimiento, preparación y seguridad en el litigante.

Vías procesales.

Dentro del área procesal es pertinente delimitar los conceptos de vía, procedimiento, juicio y proceso. Se comprende por vía la forma o camino por el cual se sigue y desarrolla un proceso, es la manera de proceder siguiendo determinados trámites. En este orden de ideas, la vía y el procedimiento son similares, es decir, el segundo se compone de etapas que desarrollan y dan seguimiento del asunto ante el órgano jurisdiccional correspondiente. Es el modo en que se desarrolla el proceso, la manera de substanciarlo o tramitarlo, que puede ser ordinaria, sumaria, sumarísima, escrita o verbal, entre otras.

El término proceso se conforma por un conjunto de actos procesales que se realizan con el propósito de resolver un litigio. Respecto del juicio se puede entender como un proceso o razonamiento mediante el cual se llega a la afirmación de una verdad, corresponde al juez llevar a cabo ese razonamiento lógico ya que la autoridad toma como base una premisa mayor y una menor para llegar a su conclusión o sentencia.

Por lo anterior, corresponde determinar cada una de ellas:

a) La vía ordinaria es una forma procesal normal que mediante una serie de actos concatenados siguen la tramitación del juicio, es decir, la forma tradicional que no requiere tramitación especial para dar seguimiento a un litigio, así tenemos vía o procedimiento ordinario civil, mercantil etc.

b) La vía ejecutiva requiere que la acción del demandante se funde en documento que contenga una obligación cierta, líquida y exigible que le dará el carácter de prueba preconstituida. La ley considera que trae aparejada ejecución. Estos procedimientos se encuentran regulados en materia civil y mercantil principalmente y se puede decir que son trámites que se caracterizan en que la interpelación de pago, el embargo de bienes en garantía de las prestaciones reclamadas y emplazamiento se realizan al inicio del procedimiento en la misma diligencia y posteriormente la continuación de las subsecuentes etapas procesales.

c) La jurisdicción voluntaria a decir de Chiovenda es diversa de la contenciosa, no porque en una exista controversia y en otra no (en los juicios en rebeldía los interesados no controvierten), sino porque en la jurisdicción voluntaria, falta el elemento esencial del juicio, la cues-

8 Abascal Vicente, María Dolores, "La teoría de la oralidad", Universidad de Málaga, Andalucía, España, 2004.p. 92.

tión entre partes. Más aún, no hay partes, aunque sean varias personas, las que promuevan.⁹

También se puede comprender como la intervención del Juez sin que esté promovida, ni se promueva, controversia alguna entre partes determinadas, para que se reconozca un derecho o se justifique algún hecho como por ejemplo información *ad perpetuam*, interpelación, entre otros.

d) La vía especial se concibe como un procedimiento particular más breve y simplificado, en el cual sólo se tramitan ciertos asuntos señalados expresamente por las leyes. Los diferentes ordenamientos a la letra dicen que si un juicio no tiene señalada tramitación especial se seguirá en la vía ordinaria. En los procedimientos especiales se gestionan algunos asuntos como alimentos, interdicción, rectificación de actas, entre otros.

e) El procedimiento oral es aquel en el que predomina como su nombre lo dice el elemento oral sobre el escrito, Chiovenda desarrolló en Italia una intensa campaña que duró varios años para hacer triunfar esta clase de procedimiento.

Las características del proceso oral, según Chiovenda, son las siguientes:

1. Predominio de la palabra hablada como medio de expresión, atenuado por el uso de escritos de preparación y documentación.

2. Inmediación de la relación entre el juez y las personas, cuyas declaraciones tiene aquel que recibir y valorar.

3. Identidad de las personas físicas que constituyen el tribunal durante el juicio, o lo que es igual, que el juez o los magistrados que tramitaron el juicio sean los mismos que los magistrados o jueces que lo fallan.

4. Concentración de la substanciación de la causa en un periodo único, que se desenvuelve en una audiencia única o en el menor número posible de audiencias próximas.

5. Que no sea lícito impugnar separadamente las sentencias interlocutorias. Según Chiovenda las principales ventajas del proceso oral son: economía, celeridad y sencillez.¹⁰

Dentro de estos procedimientos es importante que los litigantes tengan una adecuada expresión en el momento en que manifiesten sus argumentos y defensas, situación en la cual deben de hacerlo con todos sus sentidos. Hay expresiones no verbales extremadamente ricas, como la gesticulación, es por ello que, en estos procedimientos, es muy importante la mirada, la voz, la respiración, incluso la postura corporal frente a la contra parte y autoridad.

Haciendo hincapié que la oralidad es definida como una capacidad comunicativa que configura modos de percibir, de pensar y, por supuesto, de expresar el mundo.¹¹

f) La vía sumaria se entiende como aquel procedimiento en el que se procede brevemente y se prescinde de algunas formalidades o trámites del juicio ordinario.

Es un juicio breve y concentrado que regulan los diversos códigos de procedimientos en el país Señalaremos algunas diferencias entre dicho procedimiento y el ordinario, tales como:

1. El juicio sumario siempre es oral, mientras que el ordinario puede ser oral o escrito, según acuerden el juzgador o las partes.

2. En el juicio sumario no hay término extraordinario de prueba, mientras que en el ordinario sí puede otorgarse.

⁹ Pallares Eduardo, "Diccionario de Derecho Procesal Civil", Editorial Porrúa, 28ª ed. México, 2005, p. 516.

¹⁰ *Ibidem*, p. 640.

¹¹ Núñez Delgado, María Pilar, "Didáctica de la comunicación oral: Bases teóricas y orientaciones metodológicas para el desarrollo de la competencia discursiva oral en la educación obligatoria", Grupo Editorial Universitario, España, 2003, p.218.

3. En el juicio ordinario hay un término especial para el ofrecimiento de pruebas, en el sumario las pruebas deben ofrecerse en los escritos en que las partes fijan la controversia ya sean de réplica o de dúplica.¹²

En el procedimiento sumario prevalece la oralidad dejando a un lado las formalidades que tiene el procedimiento ordinario, ya que el hecho de que sea sumario se pretende que haya celeridad en los juicios.

Para la procedencia del juicio sumario no se requieren más solemnidades que oír a las partes, primero al denunciante o al actor, enseguida, a los demandados, recibir en ese orden sus pruebas en el acto mismo y dictar allí la resolución concisa, si no estuviera el secretario, procederá el juez con testigos de asistencia. Todo el juicio se hará constar en una sola acta cuando termine en un solo día.¹³

g) En la vía sumarísima se considera que el procedimiento se reduce a las formas más elementales, aplicándose a cierta clase de juicios tanto civiles como familiares, para los que por la urgencia o sencillez del caso, la ley señala una tramitación brevísima, es decir, lo abreviado de lo breve, en estos asuntos se observan particularmente los principios de oralidad, igualdad, intermediación, contradicción, continuidad, concentración, equidad, ética y buena fe.

h) La vía privilegiada consiste en procesos de tramitación especial frente a los juicios ordinarios establecidos para conocer de pretensiones que tienen objetos específicos y determinados, quedando su uso limitado a los asuntos que marca la ley¹⁴; se refieren regularmente a procedimientos más rápidos y simplificados que el juicio ordinario y en los cuales la ley señala una tramitación particular para ciertos casos, como los que indica el Código de Procedimientos del Estado de Puebla que los dirige a temas de índole familiar, siendo estos los siguientes: licencias para contraer matrimonio, la calificación de impedimentos para contraer matrimonio, autorización especial para la separación del domicilio de los cónyuges o concubinos en los casos especiales que autorice la ley, entre otros.

Marco normativo

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Puebla.

En el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Puebla se encuentra regulado el juicio oral sumarísimo del artículo 574 al artículo 586, el cual para ser tramitado se requiere que las partes manifiestan su voluntad de adherirse a dicho procedimiento, ya sea habiéndolo hecho constar en un acto jurídico anterior a la controversia o bien dentro de un procedimiento ya iniciado, siendo necesario que las partes sean asistidas por un abogado patrono. Los principios que rigen dicho procedimiento son la oralidad, igualdad, intermediación, contradicción, continuidad, concentración, equidad, ética y buena fe.

Ahora bien, el procedimiento antes mencionado se desarrolla de la siguiente manera:

a. El actor, al comparecer ante el Tribunal competente, expresará en forma sucinta el objeto que persigue, los hechos en que se funda y las pruebas que justifican los mismos.

b. El Tribunal dentro de los cinco días siguientes señalará día y hora para llevar a cabo la audiencia de conciliación, si se llega a un acuerdo se establecerán las bases del mismo y la forma de su cumplimiento, que se elevará a la categoría de cosa juzgada.

¹² Íbidem, p. 505.

¹³ Íbidem, p. 506.

¹⁴ Compilación de legislación y jurisprudencia, Chiapas, [consulta: 16 febrero 2023] Disponible en: <https://poderjudicialchiapas.gob.mx/archivos/manager/be1etesis-aislada-civil-3.pdf>

c. En caso de que el demandado acuda personalmente o por medio de su representante legal a la audiencia de conciliación y no haya acuerdo de las partes, el secretario realizará el emplazamiento en el recinto judicial.

d. Si el demandado no acude a la audiencia de conciliación, se le emplaza fuera del recinto judicial y en caso de que el actor sea quien no comparezca a la dicha audiencia sin justa causa, se decretará el sobreseimiento del juicio.

e. En el supuesto de que el demandado acepte los hechos en que funda su pretensión, el Juez dictará sentencia definitiva dentro de los cinco días siguientes.

f. Si el demandado niega o acepta sólo en forma parcial los hechos, se escucharán sus alegaciones y el Juez convocará a las partes a conciliar sus intereses.

g. En caso de que no se haya logrado conciliar, el Juez señalará día y hora para la audiencia, en un plazo no menor a cinco días contados a partir del emplazamiento, en la que el demandado dará respuesta a los hechos expuestos por la parte contraria y ofrecerá sus pruebas.

h. El Juez admitirá a las partes las pruebas que estime pertinentes.

i. Si el demandado no acude a la audiencia, pierde el derecho para contestar los hechos expuestos por la parte actora y ofrecer pruebas. Si es el actor quien no comparece se sobresee el juicio.

j. Con lo que respecta a la audiencia de prueba, estas se reciben de forma verbal, una vez que se desahogan se procede a la formulación de los alegatos de manera breve de cada una de las partes y dentro de los cinco días siguientes el Juez dictará el fallo.

Es importante mencionar que en este procedimiento no se admite la reconvencción, todo lo actuado en el mismo se instrumentará en la memoria correspondiente, por lo que contra el fallo documentado procede el recurso de apelación en ambos efectos.

Acuerdo del Consejo del Poder Judicial del Estado de Puebla funcionando en Pleno de fecha 7 de octubre de 2021.

En el Estado de Puebla, el Consejo de la Judicatura del Poder Judicial, actuando en Pleno de fecha siete de octubre del año dos mil veintiuno, implementó el juicio oral sumarísimo en materia familiar para los siguientes asuntos: divorcio incausado, alimentos, guarda y custodia, visita y convivencia. Ordenó su implementación en forma gradual y señaló que todos aquellos asuntos de esta naturaleza ya iniciados se terminarían de resolver en el procedimiento en el que hayan comenzado.

En atención a los acuerdos emitidos respecto de dicho juicio, estos no enuncian las etapas procesales por las cuales se regirá el mismo y al no estar regulado en la ley adjetiva de la materia propia del Estado conlleva que no haya certeza jurídica para elegir esta vía, si bien es cierto, el acuerdo sí se pronuncia sobre los lineamientos para la operatividad de los juzgados de oralidad en materia familiar, no especifica el desarrollo el procedimiento.

Al respecto se señalan brevemente algunos lineamientos que se consideran de importancia de los operadores jurídicos tales como: jueces, secretarios, diligenciarios, del administrador y del personal administrativo.

Referente a los jueces, independientemente de las atribuciones que le señala el Código de Procedimientos Civiles, así como la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado, deberán también dar cumplimiento a lo siguiente: a) Orientar y dirigir las audiencias programadas en los Juicios Orales Familiares. b) Proveer lo necesario para que los procedimientos correspondientes al juicio oral familiar sean debidamente encausados en la vía oral. c) Dirigir las

audiencias de avenencia y conciliación¹⁵.

De lo anterior, se desprende que, si bien, el Juez orientará y dirigirá las audiencias, no se especifica qué es lo que se llevará a cabo en dichas audiencias, tampoco se indica el término para la contestación de la demanda y, por lo tanto, no se indica el término entre cada una de las audiencias, esto a diferencia de ciertas legislaciones que si especifican claramente cómo se desarrollará un juicio oral en materia familiar.

Con relación a las atribuciones de los secretarios se mencionan algunas de ellas: a) Informar al juzgador(a) de las solicitudes e incidencias presentadas por las partes. b) Verificar la disponibilidad de horarios para desahogar audiencias que deban ser atendidas urgentemente. c) Autorizar las resoluciones y actuaciones en que intervengan.¹⁶

Con respecto a las atribuciones de los secretarios, una de ellas consiste en verificar la disponibilidad de horarios para desahogar audiencias en los tiempos que ellos determinen, ya que no existe especificación alguna del término en que deberían llevarse a cabo dichas audiencias, así podrían ser de un mes en adelante. En el caso en que se tramite un juicio de alimentos, el acreedor alimentario tendrá que esperar a que se le establezca día y hora para la audiencia respectiva y se le pueda fijar una pensión provisional por el momento. Existen juicios que llevan más de un año y no se ha dictado la sentencia respectiva aunque sean oral sumarisimo donde esta tendría que ser breve.

En atención a las facultades de los diligenciarios se señalan algunas de ellas:

a) Publicar en el Sistema Electrónico de Control y Gestión Judicial, la totalidad de sus actuaciones, a fin de que consten en la carpeta digital. b) Preparar los emplazamientos y sus traslados ordenados en audiencia; debiendo, para tal efecto, obtener del Sistema Electrónico de Control y Gestión Judicial, los documentos necesarios y solicitar a la Dirección de Informática a través del enlace permanente la o las audiencias necesarias.¹⁷

Si bien, el diligenciario es quien realiza el emplazamiento, se observa que no se indica en qué término se contestará la demanda, o bien, no se indica en qué término se llevará a cabo la audiencia correspondiente para dar contestación.

Con base en la figura del administrador se enuncian algunas de sus atribuciones:

a) Realizar en coordinación con los secretarios los actos requeridos para la elaboración y entrega de exhortos, oficios, edictos, cartas rogatorias y citaciones que se ordenarán en audiencia. b) Generar las fichas de depósito y los oficios para las órdenes de pago, que se emitan por el Sistema Electrónico de Control y Gestión Judicial.¹⁸

Y por último, se tiene al personal administrativo que será el enlace directo con los secretarios del Juzgado, pero dependerá jerárquicamente del administrador o administradora, a quien auxiliará en el ejercicio de sus atribuciones previstas en el acuerdo del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado funcionado en Pleno.

Respecto al juicio oral sumarisimo en materia familiar que señala el Acuerdo, no se observan las etapas de dicho procedimiento para su desarrollo, sin embargo, a diferencia del

15 Poder Judicial del Estado de Puebla, Acuerdo del Consejo del Poder Judicial del Estado de Puebla funcionando en Pleno de fecha 7 de octubre de 2022 por el que se dejan sin efectos legales los lineamientos para la operatividad de los Juzgados de Oralidad Familiar en el Estado de 24 de febrero de 2022, y se determinan los nuevos lineamientos de los juzgados de oralidad familiar del Estado y sus operadores.

16 Ídem

17 Ídem

18 Ídem

procedimiento oral sumarísimo regulado en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Puebla, sí menciona como se desarrollará esta vía con claridad y la cual se resume de la siguiente manera: los plazos entre el emplazamiento y la audiencia de prueba serán de cinco días, cerrada la audiencia con los alegatos el Juez dictará su fallo dentro del mismo plazo.

Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México.

En el Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México se encuentra regulado el procedimiento oral civil de los artículos 969 al 1018, en el cual se tramitarán todas las contiendas sobre propiedad o demás derechos accesorios, cuyo valor sea inferior a la cantidad de quinientos mil pesos, esto para que un juicio sea apelable sin tomarse en cuenta intereses y demás accesorios reclamados a la fecha de la interposición de la demanda, así como contiendas sobre derechos personales cuya suerte principal sea inferior a dicha cantidad.

En este procedimiento no se sustanciarán controversias del orden familiar; igualmente se aclara que se admite la reconvencción y contra las resoluciones emitidas por el juez no procede recurso alguno. Los principios que rigen a dicho procedimiento son oralidad, publicidad, igualdad, intermediación, contradicción, continuidad y concentración.

Dicho juicio se inicia con la presentación de la demanda que tiene que ser por escrito, una vez admitida, se ordenará emplazar al demandado corriéndole traslado para que dentro del plazo de nueve días conteste la misma. Del escrito de contestación se dará vista a la parte actora. Al contestarse la demanda se puede formular la reconvencción.

Desahogada la vista de la contestación de la demanda y, en su caso de la contestación de la reconvencción, se señalará día y hora para la celebración de la audiencia preliminar que se fijará dentro de los diez días siguientes. En el mismo auto, el Juez admitirá las pruebas ofrecidas en relación con las excepciones procesales para que se rindan en la audiencia preliminar. Es importante señalar que las promociones de las partes se formularan oralmente en las audiencias con excepción de los escritos de demanda, contestación, reconvencción, contestación a la reconvencción.

La audiencia preliminar se llevará a cabo con o sin asistencia de las partes para la fijación de acuerdos probatorios. En caso de no llegar a dicho acuerdo, el Juez procederá a pronunciarse respecto de la admisión de las pruebas, así como la forma en que deberán prepararse para su desahogo en la audiencia de juicio, quedando a cargo de las partes su preparación.

De acuerdo al artículo 1000 del Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México, la audiencia preliminar tiene por objeto: la depuración del procedimiento, la conciliación de las partes por conducto del Juez, la fijación de acuerdos sobre hechos no controvertidos, la fijación de acuerdos probatorios, la admisión de pruebas y la citación para audiencia de juicio.¹⁹

El Juez fijará fecha para la celebración de la audiencia de juicio, misma que deberá celebrarse dentro del lapso de diez a cuarenta días, en ella se desahogarán las pruebas que estén debidamente preparadas en el orden que el Juez estime pertinente, dejando de recibir las que no se encuentren preparadas, las que se declararán desiertas por causas imputables al oferente; por lo que la audiencia no se suspenderá ni diferirá en ningún caso por falta de preparación o desahogo de las pruebas admitidas, salvo caso fortuito o de fuerza mayor.

¹⁹ Ciudad de México, Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México de 18 de julio de 2018, Gobierno de la Ciudad de México, [Consulta: 2 marzo 2023] Disponible en: https://data.consejeria.cdmx.gob.mx/images/leyes/codigos/Codigo_Procedimientos_Civiles_DF_2.2.pdf

Posteriormente se concederá el uso de la palabra por una sola vez a cada una de las partes para que formulen sus alegatos, una vez hecho lo anterior se declarará el asunto visto y se dictará de inmediato la resolución correspondiente.

El juicio oral en materia familiar que también se encuentra regulado en el Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México del artículo 1019 al 1080 se establece que en dicho juicio se tramitarán las controversias relacionadas con alimentos; guarda y custodia; régimen de convivencias; violencia familiar; nulidad de matrimonio; rectificación o nulidad de los atestados del registro civil; filiación; suspensión o pérdida de la patria potestad; constitución forzosa de patrimonio familiar; cambio de régimen patrimonial controvertido; y la interdicción contenciosa.

Los procedimientos de jurisdicción voluntaria como los de pérdida de patria potestad de menores acogidos por una institución pública o privada de asistencia social; de levantamiento de acta de reasignación para la concordancia sexo-genérica y adopción nacional, se tramitarán conforme a sus reglas generales, ajustándose en lo conducente al procedimiento oral y sus principios. Solo en caso de pago de alimentos se podrá presentar la demanda y contestación por escrito o comparecencia personal.

Este juicio se rige bajo los mismos principios que el juicio oral civil y de igual manera sólo se presentan por escrito la demanda, contestación, reconvencción y contestación a la reconvencción. Dicho juicio se inicia con la fase postulatoria que consta de la presentación de la demanda, la cual una vez admitida se ordena emplazar al demandado corriéndole traslado para que dentro del plazo de nueve días conteste la demanda. Al contestarse la demanda se puede formular la reconvencción.

El Juez debe pronunciarse sobre las medidas provisionales que pueda llegar a solicitarse desde los autos que recaigan a los escritos de demanda, contestación, reconvencción y su contestación, las cuales se resolverán a más tardar en la segunda fase de la audiencia preliminar. Desahogada la vista de la contestación de la demanda y, en su caso, de la contestación de la reconvencción, se señalará día y hora para la celebración de la audiencia preliminar que se fijará dentro de los quince días siguientes. En el mismo auto, el Juez admitirá las pruebas que fueren ofrecidas en relación con las excepciones procesales opuestas.

La audiencia preliminar se integra por dos fases: junta anticipada, que se celebrará ante el secretario judicial y audiencia ante el juez. La junta anticipada tiene por objeto: cruzar información e intercambiar pruebas entre las partes; formular propuestas de convenio; establecer acuerdos sobre hechos no controvertidos; y, fijar acuerdos probatorios. El secretario judicial dará cuenta al juez con el resultado de la junta.

De acuerdo al artículo 1050 del Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México la audiencia ante el Juez tiene por objeto:

- I. Depuración del procedimiento, en la que se estudiará:
 - a) Legitimación de las partes, y
 - b) Excepciones procesales;
- II. La revisión y aprobación del convenio que hayan celebrado las partes;
- III. En su caso, la conciliación entre las partes;
- IV. Aprobación de acuerdos sobre hechos no controvertidos y probatorios;
- V. Resolver sobre las medidas provisionales pendientes; y
- VI. Admisión y preparación de las pruebas²⁰

²⁰ Ídem

Preparadas las pruebas documentales que se deban rendir, se señalará fecha y hora para la celebración de la audiencia de juicio dentro del término de quince días, hecho lo anterior se procede a abrir dicha audiencia, la cual una vez abierta, el Juez escuchará los alegatos de apertura de las partes que durarán un máximo de diez minutos y se integrarán de una exposición de los hechos y pruebas con las que demuestren sus pretensiones.

Posteriormente se procederá a desahogar las pruebas, en el orden que el Juez establezca y serán declaradas desiertas aquellas pruebas que no estén debidamente preparadas por causas imputables al oferente. Concluido el desahogo, se formularán los alegatos de cierre de las partes hasta por diez minutos a cada una, declarando visto el procedimiento. Finalmente, el Juez dictará la sentencia definitiva explicará brevemente las razones de hecho y de derecho en que se sustenta y se dará lectura a sus puntos resolutivos.

Tanto en el procedimiento oral familiar, como en el procedimiento oral civil, las audiencias son presididas por el Juez, se desarrollan oralmente, son públicas y se registran por medios electrónicos o cualquier otro idóneo a juicio de la autoridad. En el caso del procedimiento oral familiar, en cualquier etapa de este, el tribunal exhortará a los interesados a lograr un avenimiento con el que pueda darse por terminado el asunto y las partes deberán acudir a las audiencias y a la junta anticipada asesoradas por licenciado en derecho con cédula profesional. Si los interesados no pueden contratar los servicios de un abogado, deberán acudir previamente ante las instituciones públicas o privadas que proporcionen asesoría jurídica gratuita.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León.

El Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León se encuentra regulado el procedimiento oral del artículo 989 al 1064 bis, en el cual, se tramitarán controversias que se susciten con motivo de arrendamientos; alimentos, custodia, convivencia; solicitudes de divorcio por un mutuo consentimiento; divorcio incausado, entre otros supuestos que establece la ley.

El juicio se desarrollará presentando la demanda por escrito, una vez admitida, se emplaza al demandado para que en cinco días conteste la demanda. Este puede proponer la reconvencción, contestada la demanda y la reconvencción se fija hora y fecha para la Audiencia Preliminar. En dicha audiencia, el Juez les propondrá someterse a un mecanismo alternativo para la solución de la controversia, si no deciden someterse a este el Juez propondrá la conciliación.

Las partes pueden solicitar al Juez tenga por acreditados ciertos hechos. En caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, se procede a la calificación de las pruebas. Se mandan a preparar aquéllas que requieran de diligencia especial y fijará la fecha y hora para la Audiencia de Juicio, en la que se puede llegar a un convenio, de no ser así, se desahogarán las pruebas, las partes alegarán en forma oral, y se dictará sentencia, de ser posible en el acto mismo; en caso contrario, se dictará dentro del término de cinco días.

Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.

En el proyecto del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares que fue presentado ante el Senado de la República y el cual ha sido aprobado, se menciona que las contiendas que no tengan señalada tramitación especial se ventilarán en juicio ordinario oral civil. Este se desarrolla de la siguiente manera: etapa postulatoria, audiencia preliminar y audiencia de juicio.

En la primera etapa se presenta la demanda, se realiza el emplazamiento y la contestación de la demanda, una vez resueltas las excepciones o existiendo rebeldía en su caso, dentro de los diez

días siguientes se señalará fecha para la llevar a cabo la audiencia preliminar que se conforma de las siguientes etapas: depuración del procedimiento; conciliación y/o mediación de las partes; saneamiento del debate, admisión de pruebas y citación para audiencia de juicio.

La celebración de la audiencia de juicio se llevará a cabo dentro de los cuarenta días siguientes a la celebración de la audiencia preliminar. Una vez abierta la audiencia de juicio cada una de las partes formulará sus alegatos de apertura, que durarán un máximo de diez minutos en los que se expondrá la teoría del caso que postulen en el juicio. Posteriormente las partes podrán proponer el orden del desahogo de sus pruebas, la persona juzgadora ordenará la recepción en la forma como lo hayan propuesto las partes o bien determinará como considere necesario.

Concluido el desahogo de las pruebas cada una de las partes formulará sus alegatos de cierre por un máximo de diez minutos. Finalmente se declarará el asunto visto emitiéndose de inmediato la sentencia definitiva, la persona juzgadora explicará, de forma breve, clara y sencilla, dicha sentencia y leerá únicamente los puntos resolutivos. Cabe mencionar que, en los casos que proceda, las partes podrán impugnar la sentencia y se les entregará a cada parte copia del escrito de la sentencia, y en caso de que en la misma haya omisiones, cláusulas o palabras contradictorias o ambigüedades podrán solicitar dentro del término de tres días la aclaración o adición a la resolución, sin ello implique variar la substancia de la misma.

Con relación al juicio oral familiar en el se tramitarán controversias de orden familiar, excepto los asuntos que tengan una tramitación especial, los juicios orales no requieren de formalidades especiales. En los asuntos del orden familiar las personas juzgadoras y magistradas, están obligadas a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho, en cualquier etapa del procedimiento oral familiar los interesados pueden avenir para dar por terminado el asunto.

En este juicio la demanda se presentará por escrito, así como la reconvenición, contestación de la demanda, en caso de que alguna de las partes solicite la guarda y custodia, convivencia, la fijación de pensión alimenticia para una niña o niño deberán desde el auto admisorio decretarse medidas provisionales que se lleguen a solicitar.

Una vez contestadas las excepciones se señalará fecha para la celebración de la audiencia preliminar que se llevará a cabo dentro de los diez días siguientes a que surta efectos la notificación de la resolución que recaiga respecto de la contestación de las excepciones y defensas.

Dicha audiencia tiene por objeto: la depuración del procedimiento, en la que se estudiará y resolverá respecto de la legitimación de las partes y excepciones procesales; la revisión y aprobación, en su caso, del convenio que hayan celebrado las partes; la conciliación entre las partes ante la persona Juzgadora; aprobación de acuerdos sobre hechos no controvertidos; fijación de acuerdos probatorios; resolver, excepcionalmente, sobre medidas provisionales pendientes; admisión y preparación de las pruebas, y citación para audiencia de juicio.²¹

Una vez admitidas las pruebas y al pronunciarse la forma en como deberán prepararse, dentro de los cuarenta días siguientes se desarrollará la audiencia de juicio, abierta esta audiencia cada una de las partes formulará sus alegatos de apertura, que durarán un máximo de diez minutos en los que se expondrá la teoría del caso que postulen en el juicio. Posteriormente las partes podrán proponer el orden del desahogo de sus pruebas, la persona juzgadora ordenará la recepción en la forma como lo hayan propuesto las partes o bien determinará como considere necesario.

21 México, Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, Senadores Morena LXV Legislatura, [Consulta: 4 marzo 2023] Disponible en: <https://comisiones.senado.gob.mx/justicia/docs/codigo/Iniciativa.pdf>

Concluido el desahogo de las pruebas cada una de las partes formulará sus alegatos de cierre por un máximo de diez minutos. Finalmente se declarará el asunto visto, emitiéndose de inmediato la sentencia definitiva, por lo que el juez explicará de forma breve, clara y sencilla dicha sentencia y leerá únicamente los puntos resolutivos y en los casos que proceda las partes podrán impugnar la sentencia, entregándose a cada una de las partes copia del escrito de la sentencia, y en caso de que en la misma haya omisiones, cláusulas o palabras contradictorias, ambigüedades podrán solicitar dentro del término de tres días la aclaración o adición a la resolución, sin que ello implique variar la substancia de la misma.

Con lo antes referido se desprende de la importancia de la preparación del litigante dentro de estos juicios orales para realizar una adecuada participación en los mismos, por lo cual, es necesario que desde el nivel profesional los estudiantes de la licenciatura en derecho estén debidamente preparados en cuanto a la oralidad, la argumentación jurídica, entre otras disciplinas, para hacer frente a los nuevos retos que se presentan en el ámbito jurídico.

En este sentido, la oralidad y el Derecho muestran un nexo ineludible, desde los propios orígenes de la retórica (donde encuentre sustento la argumentación jurídica) hasta los más modernos enfoques de la oratoria judicial (cuyo objeto lo constituye el discurso forense).²²

Es así como la oratoria forense tiene un papel fundamental en la oralidad y el derecho, ya que implica que los litigantes se expresen de forma correcta y eficiente mediante la palabra hablada como medio de comunicación.

La oratoria forense es la impuesta por la auténtica oralidad procesal y se despliega ante los tribunales de justicia, en las vistas o audiencias, por las partes rara vez, y por los letrados que las representan, para exposición del caso, representación de pruebas y fundamentos jurídicos en pro de la causa por la que se alega.²³

Conclusiones

La implementación de juicios orales en diferentes áreas del derecho ha sido de gran relevancia para la impartición de justicia, ya que a través de la oralidad lo que se pretende es dar celeridad en la tramitación de los mismos, y si dichos juicios a su vez son sumarios o sumarísimos e implican que sean más ágiles y breves.

Respecto al tema de estudio referente a juicios orales civiles y familiares existentes en el Estado de Puebla, se desprende que si bien en el Código de Procedimientos Civiles del mencionado Estado se encuentra regulado el juicio oral sumarísimo para el cual se requiere que las partes manifiesten su voluntad de adherirse a dicho procedimiento, ya sea haciéndolo constar en un acto jurídico anterior a la controversia o bien dentro de un procedimiento ya iniciado y por tanto se especifica claramente su procedencia y etapas procesales.

Es el caso que por Acuerdo del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial actuando en Pleno de fecha siete de octubre del año dos mil veintidós se implementó el juicio oral sumarísimo en materia familiar para determinados asuntos (guarda y custodia, visita y convivencia, alimentos, divorcio), en el que se establecen sólo las funciones de algunos operadores judiciales, sin especificar la forma en que se desarrollará dicho juicio, es decir, no se determina, a diferencia de otras legislaciones como en el caso del Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México y el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, si se confor-

22 Ob. Cit. Páez, p. 210

23 Ossorio, Manuel, "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales", 27ª ed., Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2000, p. 658.

mará por una etapa postulatoria, audiencia preliminar y audiencia de juicio, en qué consisten cada una de ellas y cuál es el término para llevar a cabo cada una de las audiencias. Todo esto conlleva a la confusión para los litigantes, porque no hay claridad en el desarrollo del procedimiento. Si a ello se le agrega que sólo se implementó el mencionado juicio derivado de un acuerdo y que no está debidamente regulado en la ley adjetiva de la materia del Estado, implica que no haya certeza jurídica.

En la práctica se observa que cuando los Juzgados señalan día y hora para el desarrollo de alguna audiencia la señalan para un mes o hasta tres meses en algunos casos, en el entendido que se tienen que llevar a cabo diferentes audiencias dentro de un procedimiento y si se presume que es un juicio oral sumarísimo tendría que ser brevísimo.

Una de las diferencias que existen entre el juicio oral sumarísimo regulado en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Puebla y el Acuerdo en el que se implementa el juicio oral sumarísimo en materia familiar es que en este último no se menciona que se requiere de la existencia de un acuerdo previo a diferencia del primero.

Ahora bien, en los juicios orales civiles y familiares regulados en el Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México, así como el establecido en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares lo que respecta a la demanda, contestación de la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción se presentan por escrito, en el caso del juicio oral sumarísimo implementado en el Acuerdo mencionado en líneas anteriores, se formulan de manera verbal y no se admite la reconvencción.

De igual manera en los dos códigos mencionados en el párrafo anterior, en lo referente a la formulación de alegatos se aplican los alegatos de apertura y de cierre, y con lo que respecta a lo establecido en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Puebla y en el Acuerdo ya referido no se hace dicha distinción.

Lo fundamental es que este juicio oral sumarísimo sea debidamente regulado en la ley adjetiva de la materia para que haya certeza jurídica y claridad para la tramitación del mismo y así el litigante pueda planear adecuadamente sus estrategias de defensa.

El Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares que ya ha sido aprobado entrará en vigor de forma total en el país en cuatro años a partir de su publicación. Es así que se considera como propuesta oportuna, a fin de dar claridad, certeza, celeridad y eficacia en la resolución de conflictos civiles y familiares la siguiente:

Única: Que se adicione al Código de Procedimientos Civiles del Estado de Puebla el desarrollo del procedimiento oral sumarísimo en materia familiar como resultado del Acuerdo del Consejo de la Judicatura en lo relativo a los juicios orales familiares, toda vez que el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares entrará en vigor el primero de abril del año dos mil veintisiete.

La legisladora Olga Sánchez Cordero, presidenta de la Comisión de Justicia de la Cámara Alta señaló que será de cuatro años a partir de su publicación, tiempo en que los operadores jurídicos y las entidades federativas podrán hacer sus declaratorias.²⁴

24 Canal del Congreso, México [Consulta: 26 de junio de 2023] Disponible en: https://www.canaldelcongreso.gob.mx/noticias/16428/Aprueba_Senado_el_Nuevo_Codigo_Nacional_de_Procedimientos_Civiles_y_Familiares.

Fuentes de información y consulta

- Abascal Vicente, María Dolores, “La teoría de la oralidad”, Universidad de Málaga, Andalucía, España, 2004.
- Canal del Congreso. 12 de abril de 2023. Disponible en: https://www.canaldelcongreso.gob.mx/noticias/16428/Aprueba_Senado_el_Nuevo_Codigo_Nacional_de_Procedimientos_Civiles_y_Familiares.
- Ciudad de México, Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México de 18 de julio de 2018, Gobierno de la Ciudad de México, Disponible en: https://data.consejeria.cdmx.gob.mx/images/leyes/codigos/Codigo_Procedimientos_Civiles_DF_2.2.pdf
- Compilación de legislación y jurisprudencia, Chiapas, Disponible en: <https://poderjudicialchiapas.gob.mx/archivos/manager/bel/etesis-aislada-civil-3.pdf>
- Huber Olea, Francisco José, *Diccionario de Derecho Romano*, Editorial Porrúa, México, 2000.
- López Betancourt, Eduardo, Fonseca Luján, Roberto Carlos, “Juicios orales en materia familiar”, IURE editores, México, 2017.
- Margadant E, Guillermo, “Derecho Romano”, 26° ed. Editorial Esfinge, México, 2004.
- México, Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, Senadores Morena LXV Legislatura, Disponible en: <https://comisiones.senado.gob.mx/justicia/docs/codigo/Iniciativa.pdf>
- Núñez Delgado, María Pilar, “Didáctica de la comunicación oral: Bases teóricas y orientaciones metodológicas para el desarrollo de la competencia discursiva oral en la educación obligatoria”, Grupo Editorial Universitario, España, 2003.
- Ossorio, Manuel, “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, 27ª ed., Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2000.
- Páez Cuba, Lisett Daymaris, “La oralidad: su repercusión para la ciencia jurídica y la enseñanza del Derecho”, Enunciación, Colombia, Vol. 25, No. 2, julio/diciembre 2020, pp.206-219, Disponible en: <https://doi.org/10.14483/22486798.16005>
- Pallares Eduardo, “Diccionario de Derecho Procesal Civil”, Editorial Porrúa, 28ª ed. México, 2005.
- Poder Judicial del Estado de Puebla, Acuerdo del Consejo del Poder Judicial del Estado de Puebla funcionando en Pleno de fecha 7 de octubre de 2022 por el que se dejan sin efectos legales los lineamientos para la operatividad de los Juzgados de Oralidad Familiar en el Estado de 24 de febrero de 2022, y se determinan los nuevos lineamientos de los juzgados de oralidad familiar del Estado y sus operadores.
- Puebla, Código de Procedimientos Civiles del Estado de Puebla de 29 de diciembre de 2017, Orden Jurídico Poblano, Disponible en: [file:///D:/Downloads/Codigo_de_Procedimientos_Civiles_para_el_Estado_Libre_y_Soberano_de_Puebla_29122017%20\(3\).pdf](file:///D:/Downloads/Codigo_de_Procedimientos_Civiles_para_el_Estado_Libre_y_Soberano_de_Puebla_29122017%20(3).pdf)
- Ventura Silva, Sabino, “Derecho romano”, Editorial Porrúa, México, 1988.

OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CONTRA MÉXICO*

OBLIGATORINESS OF THE SENTENCES OF THE INTER-AMERICAN
COURT OF HUMAN RIGHTS AGAINST MEXICO

Roberto Carlos Gallardo Loya**

* Artículo de investigación postulado el 17/02/2023 y aceptado para publicación el 05/09/2023

** Profesor Investigador Tiempo Completo en la Facultad de Derecho de la BUAP. Investigador del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT. Perfil Deseable del PRODEP. Responsable del Cuerpo Académico: Derechos Humanos, Económicos y Sociales (BUAP-CA-353). Investigador del Padrón de Investigadores de la VIEP-BUAP. La presente investigación contó con la colaboración de Daniel Vega Tavares (México) y Daniela Trejos Villegas (Colombia) del Programa Delfín 2023.

roberto.gallardoloya@correo.buap.mx, <https://orcid.org/0000-0002-4546-9457>

RESUMEN

El presente artículo tiene por objetivo estudiar la obligatoriedad del sistema interamericano de derechos humanos a raíz de la reforma constitucional mexicana de 2011 y la relación de México con la principal fuente de dicho sistema: la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, a través de una investigación analítica y documental. Como resultado, se obtiene que México reconoce la obligatoriedad de tal convención, de la jurisprudencia interamericana y del control de convencionalidad, pero lo hace con importantes matices que reducen el impacto del sistema interamericano en el orden jurídico nacional, apoyándose para tal efecto en el artículo 133 constitucional, el cual mandata que todos los tratados internacionales deben estar de acuerdo con la misma. Asimismo, resulta que México se mantiene como un Estado recurrentemente responsable por violar derechos humanos a través de sus actos y normas jurídicas, incluyendo estas al texto constitucional, como resulta de la lectura de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos entre 2011 y 2023.

PALABRAS CLAVES

Derechos humanos, Corte IDH, jurisprudencia interamericana, sistema interamericano, sentencias interamericanas, constitución mexicana.

SUMARIO

Introducción.

Antecedentes.

Vinculatoriedad del derecho interamericano.

Obligatoriedad del Pacto de San José a nivel interno y externo.

Vinculatoriedad conforme al principio *pacta sunt servanda* a nivel internacional.

Reservas mexicanas a la CADH.

Obligatoriedad a nivel nacional conforme al artículo 133 constitucional.

ABSTRACT

The objective of this article is to study the obligatoriness of the inter-American human rights system following the Mexican Constitutional Reform of 2011 and Mexico's relationship with the main source of this system: the American Convention on Human Rights of 1969, through an analytical and a documentary research. As a result, Mexico recognizes the obligatory nature of such a convention, of inter-American jurisprudence and of conventionality control, but does so with important nuances that reduce the impact of the inter-American system on the national legal order, relying on article 133 constitutional, which mandates that all international treaties must be in accordance to this article. As it turns out, Mexico is a recurrently responsible state that violates human rights through its acts and legal norms, including these in the constitutional text; this evidence comes from the sentences issued by the Inter-American Court of Human Rights between 2011 and 2023.

KEYWORDS

Human rights, Inter-American Court, inter-American jurisprudence, inter-American system, inter-American rulings, Mexican constitution.

Control de convencionalidad como obligación específica de acatar la CADH.
Obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH.
Obligatoriedad de la interpretación autorizada interamericana.
Regla de restricción constitucional.
Conflictos entre la norma nacional y la internacional
Sentencias de la Corte IDH proferidas contra México a partir de la reforma constitucional de 2011 hasta el año 2023.
Conclusión.
Fuentes de información consultadas.

Introducción

En el presente artículo se revisa de forma analítica y con técnica documental y casuística el panorama jurídico en torno a la obligatoriedad del sistema interamericano de derechos humanos (SIDH) a raíz de la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) de 2011 en materia de derechos humanos. En particular, se hace primero una breve explicación de dichas reformas, luego se habla de las relaciones de obligatoriedad entre la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (CADH o Pacto de San José) y el derecho mexicano y, finalmente, se expone un recuento de las condenas que ha proferido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) contra México desde el año 2011 hasta el 2023.

El auténtico hallazgo del presente artículo es la tensa relación del Estado mexicano con el derecho interamericano de los derechos humanos. En primer lugar, por ser un país recurrentemente responsable de su violación y, en segundo, por haberse abierto considerablemente a la vinculatoriedad de la CADH, pero conservar normas exegéticas en el mismo texto constitucional, como se desprende del artículo 133 en donde, como ya se dijo, se establece que todos los tratados internacionales deben estar de acuerdo con la misma.

La importancia de esta investigación estriba en el balance que hace de la relación del orden jurídico mexicano con la Corte IDH después de haber adoptado el paradigma de derechos humanos a través de la reforma constitucional de 2011.

Antecedentes

El Estado mexicano ha buscado un enfoque en el cual el ser humano sea el epicentro del entramado jurídico. Mediante la constitucionalización de los derechos humanos, la CPEUM ha dejado de ser interpretada como una norma rígida, ya que ha reconocido que los tratados internacionales son una herramienta esencial para favorecer en todo tiempo a las personas la protección más amplia en sus derechos humanos, interpretándose de conformidad con lo establecido en el propio texto constitucional.

Dicho cambio tiene como principal antecedente la reforma del 10 de junio de 2011 en la que se modificó la denominación del Capítulo I del Título Primero y se reformaron diversos artículos de la Constitución, al establecer que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la misma y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, otorgándose al efecto garantías para su protección.¹

Esta reforma no supone el reconocimiento constitucional de los derechos humanos como

¹ cfr. Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, DOF, 10 de junio de 2011, artículo 1.

un argumento nuevo, porque esto data de muchos años atrás. En efecto, la Constitución de 1857, verbigracia, fue la primera constitución liberal en la que reconocía que los derechos del hombre (humanos) eran la base y el objeto de las instituciones sociales del país. Asimismo, la constitución actual, promulgada en 1917, fue famosa por ser de las primeras en contemplar y proteger los derechos sociales.²

Sin embargo, es fundamental resaltar la trascendencia de los derechos humanos, que surgen como una respuesta civil necesaria para limitar efectivamente el poder estatal y se conciben actualmente como construcciones universales por las que el Estado debe preservar ciertos estándares mínimos para garantizarlos. La reforma en comento no fue la primera en proteger derechos humanos en México, pero no por ello su novedad e importancia es menor.

Para efectos ilustrativos, es propicio indicar algunos antecedentes relevantes de la reforma:

1. El 23 de abril de 2009 en sesión ordinaria de la Cámara de Diputados se aprobó el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos con Proyecto de Decreto.
2. El 8 de abril de 2010 en sesión ordinaria de la Cámara de Senadores se aprobó el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, respecto la Minuta referida (se devuelve a la cámara de diputados).
3. El 13 de abril de 2010 la Presidencia de la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados turnó la minuta referida a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos, para su dictamen.
4. El 13 de diciembre de 2010 en reunión de sesión permanente de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos se aprobó con modificaciones, el dictamen relativo a la minuta en estudio.
5. El 15 de diciembre de 2010 en sesión ordinaria de la Cámara de Diputados se aprobó con modificaciones el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos con Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En la misma fecha fue remitido el expediente correspondiente a la Cámara de Senadores.
6. El 1º de febrero de 2011 en sesión ordinaria de la Cámara de Senadores la Mesa Directiva turnó la minuta referida a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, para su estudio y dictaminación.
7. El 16 de febrero de 2011 se recibió opinión de la Comisión de Reforma del Estado.³

En esta misma línea, destacan también otras reformas que versan sobre el reconocimiento de los derechos humanos, como la del 18 de junio de 2008, que implantó una transformación en materia de justicia penal;⁴ la del 29 de julio de 2010, sobre acciones colectivas;⁵ y la del 6 de junio de 2011, relativa al juicio de amparo.⁶

2 cfr. *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos*, Congreso General Constituyente, México, 5 de febrero de 1857, artículo 1; y Fix Fierro, Héctor y Martínez Uriarte, Jacqueline, *Derechos humanos: cien años de evolución de los derechos en la constitución mexicana*, FCE, México, 2018, Constitución 1917.

3 cfr. "De las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, el que contiene proyecto de decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", *Gaceta del Senado*, México, 3 de marzo de 2011, https://www.senado.gob.mx/65/gaceta_del_senado/documento/28790.

4 cfr. *Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, DOF,

5 cfr. *Decreto por el que se adiciona un párrafo tercero y se recorre el orden de los párrafos subsecuentes del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, DOF, México, 29 de julio de 2010.

6 cfr. *Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, DOF, México, 6 de junio del 2011.

También es importante mencionar algunas otras reformas constitucionales en materia de derechos humanos,⁷ como son:

1. En 2006, se sustituyó el término “capacidades diferentes” por el de “discapacidades” en el artículo 1º, con el objetivo de evitar la discriminación.⁸
2. En 2007, se adicionó un segundo párrafo y siete fracciones al artículo 6º para regular las bases del derecho de acceso a la información.⁹
3. En 2009, se reformaron el artículo 4º y el 73 para fijar la concurrencia entre los órdenes de gobierno en materia de cultura, el derecho de acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado al particular, así como el ejercicio de los derechos culturales.¹⁰
4. En 2009, también, se adicionó al artículo 16 para establecer el derecho a la protección de datos personales y los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.¹¹

En lo concerniente a esta investigación, debe destacarse que México reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en 1988¹² y que una serie de interpretaciones constitucionales –particularmente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)– han configurado un sistema muy complejo y amplio de protección de los derechos humanos, como fue el caso del Expediente “varios” 912/2010 y la Contradicción de Tesis 293/2011 (que se tratarán más adelante).

En síntesis, es posible observar una ruptura constitucional del Estado mexicano con las premisas iuspositivistas, pues formó un sistema de protección de derechos mucho más realista, donde prima la dignidad humana, además ya no es posible basarse en el precepto de que “la ley es dura, pero es la ley” (*dura lex, sed lex*).

Vinculatoriedad del derecho interamericano

A continuación, se estudiará de manera general la vinculatoriedad del derecho interamericano, entendiendo que este se conforma por a) la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (CADH o Pacto de San José); b) la jurisprudencia interamericana, constituida por los criterios emitidos en resoluciones contenciosas de la Corte IDH, interpretación última de la CADH para el derecho internacional; y c) la interpretación autorizada de la CADH y los instrumentos interamericanos.

7 “Reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 4 de diciembre de 2006 – 18 de noviembre de 2022”, *Orden Jurídico Nacional* (página web), México, 2003, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/reformas.php#gsc.tab=0>.

8 Decreto por el que se reforma el Artículo 1o., Párrafo Tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, DOF, México, 4 de diciembre de 2006, <https://sidof.segob.gob.mx/notas/4939294>.

9 Decreto por el que se adiciona un segundo párrafo con siete fracciones al artículo 6º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, DOF, México, 20 de julio de 2007, <https://sidof.segob.gob.mx/notas/4994148>.

10 Decreto por el que se adiciona un párrafo noveno al artículo 4o.; se reforma la fracción XXV y se adiciona una fracción XXIX-Ñ al artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, DOF, México, 30 de abril de 2009, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5089046&fecha=30/04/2009.

11 Decreto por el que se adiciona un segundo párrafo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, DOF, México, 1º de junio de 2009, <https://sidof.segob.gob.mx/notas/5092143>.

12 Decreto por el que se reforma la Fracción X del Artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, DOF, México, 11 de mayo de 1988, <https://tinyurl.com/bddrfkns>.

Obligatoriedad del Pacto de San José a nivel interno y externo

Vinculatoriedad conforme al principio *pacta sunt servanda* a nivel internacional

Según el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la locución latina *pacta sunt servanda* se refiere a que los tratados internacionales obligan a las partes y deben ser cumplidos por ellas de buena fe.¹³ De ahí que se pueda afirmar que es en virtud de este principio que lo pactado o convenido en un tratado internacional impulsa al Estado mexicano a ratificarlo y hacerlo cumplir. Se sabe que México forma parte de la CADH y que, por lo tanto, está obligado a respetarla, con las reservas y las declaraciones que en su momento se hayan hecho,¹⁴ y las excepciones establecidas en el artículo 133 constitucional.

En el contexto del sistema interamericano de protección de los derechos humanos (SIDH), un Estado incurre en responsabilidad internacional cuando quebranta los derechos reconocidos en la CADH e incumple las obligaciones y deberes que emanan de sus artículos 1.1 y 2º, es decir: a) de respetar los derechos, garantizar su “libre y pleno ejercicio” sin ningún tipo de discriminación; y b) adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos humanos.¹⁵

Reservas mexicanas a la CADH

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, permite a los países establecer reservas respecto de los tratados internacionales.¹⁶ La CADH no establece excepciones a esta regla y se remite íntegramente a la Convención de Viena por lo que hace a las reservas. De hecho, hay diversas reservas hechas a la CADH sin objeción.

México ha reconocido la competencia de la Corte IDH, con la excepción de: a) casos que se refieran a la aplicación del artículo 33 constitucional (expulsión de extranjeros); y b) casos anteriores a la fecha de depósito de la declaración de reconocimiento de competencia (16 de diciembre de 1998).

Por otro lado, México ha declarado que no está obligado por el artículo 4.1 de la CADH (sobre derecho a la vida) a “mantener en vigor legislación que proteja la vida ‘a partir del momento de la concepción’, ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados”. México tampoco se obliga al artículo 23.1 (sobre derechos políticos) por lo que hace a los ministros de culto, pues el artículo 130 constitucional les prohíbe el voto pasivo y la asociación con fines políticos.¹⁷

Obligatoriedad a nivel nacional conforme al artículo 133 constitucional

México considera obligatorios a nivel interno sólo los tratados debidamente incorporados al derecho nacional. La CADH ya fue incorporada al sistema jurídico mexicano, por lo que

13 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, DOF, México, 28 de abril de 1988, artículo 26, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/12.pdf>.

14 Sobre la reserva, las declaraciones interpretativas y sus retiros parciales, véase OEA, “Tratados multilaterales: Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32): Estado de firmas y ratificaciones”, *Departamento de Derecho Internacional (página web)*, s. l., 2021, <https://tinyurl.com/3n2he3ac>.

15 Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 de noviembre de 1969, artículos 1 y 2, <https://tinyurl.com/mhkeye8m>.

16 Convención de Viena..., op. cit., artículos 2, 19-23.

17 Convención Americana..., op. cit.

también es obligatoria en el derecho interno, de conformidad con los artículos 76, 89 y 133 constitucionales.¹⁸

Control de convencionalidad como obligación específica de acatar la CADH

La CADH obliga a las autoridades mexicanas en lo que se refiere a la protección de derechos humanos y le proporciona un instrumento específico para ese propósito: el control de convencionalidad. Este es la examinación de (o la facultad de examinar) actos o normas internos con el *corpus iuris* interamericano.¹⁹ La influencia internacional, la reforma constitucional de 2011 y la sentencia de la Corte IDH en el Caso Rosendo Radilla Pacheco²⁰ son los antecedentes inmediatos de la incorporación del control de convencionalidad en el sistema jurídico mexicano (principalmente a través del Expediente “varios” 912/2010).

Originalmente, el control de convencionalidad fue una facultad pensada para las autoridades internacionales (la CIDH y la Corte IDH). En virtud de ella, estos organismos podían (y pueden) revisar los actos de autoridad internos confrontándolos con la CADH y la interpretación interamericana de los derechos humanos. Más adelante la Corte IDH desconcentró esa facultad permitiendo a las autoridades internas realizar tal examinación, fundando así el control de convencionalidad difuso. Además, en su evolución jurisprudencial, la corte IDH exigiría a los jueces nacionales realizar este control oficiosamente.

Según Carbonell, el control de convencionalidad tuvo origen en el voto concurrente de Sergio García Ramírez en el *Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala*, cuyo sentido reiteró en el voto concurrente razonado para el *Caso Tibi vs Ecuador*. El concepto fue acogido en la sentencia del *Caso Almonacid Arellano vs Chile* y desarrollado en *Aguado Alfaro y otros vs Perú (Trabajadores cesados del Congreso)*.

En un primer momento, la Corte IDH consideró obligado al control convencional sólo al Poder Judicial, luego a “todos sus órganos”, luego a sus órganos y todas las autoridades vinculadas a la administración de justicia en todos los niveles y, finalmente, a “cualquier autoridad pública y no solamente el Poder Judicial” (esta última postura se adoptó en el *Caso Gelman vs Uruguay*).²¹

No hay leyes ni jurisprudencia mexicanas que ordenen a todas las autoridades a realizar el control de convencionalidad, aunque existen criterios aislados que extienden la obligación a todas las autoridades (judiciales o no), en concordancia con la doctrina y la jurisprudencia interamericana.²² Esto, sin embargo, se dice de forma poco clara. La SCJN ha dicho, por

18 Sobre los antecedentes de incorporación del tratado a México, véase *Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica y abierta a firma el día 22 de noviembre de 1969, con las declaraciones interpretativas al párrafo 1 del artículo 4 y al artículo 12 y la reserva al artículo 23, párrafo 2, que formulara el Ejecutivo de la Unión al proceder a su adhesión*, Sistema de Consulta de Ordenamientos (base de datos), Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, s. f., <https://tinyurl.com/ypwfz2zc>.

19 Carbonell, Miguel, *Teoría de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, IIJ, UNAM, México, 2014, p. 140.

20 En este caso, México fue condenado por la desaparición forzada de Rosendo Radilla, cometida por medio del Ejército. *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs México*, Corte IDH, 23 de noviembre de 2009, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/radillapacheco.pdf>.

21 Carbonell, Miguel, *op. cit.*, pp. 141-142. Sobre la evolución del criterio de la Corte IDH en torno a los sujetos obligados a realizar el control convencional, Carbonell cita a Bazán, Víctor, “Estimulando sinergias: de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad” en Ferrer MacGregor (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAP, Querétaro, 2012.

22 “... los Jueces del país, al igual que todas las demás autoridades, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia” (énfasis añadido). Tesis aislada IV.3o.A.10 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XV, diciembre de 2012, t. 2, p. 1303, reg. dig. 2002268,

ejemplo, que el control de convencionalidad debe ser compatible con el sistema de control constitucional del país, por lo que permanece en discusión si es correcto que todas las autoridades estén autorizadas a realizar el control de convencionalidad.²³

Enrique Carpizo alega que la actividad protectora de los derechos humanos es un deber para todas las autoridades del país conforme al artículo 1º constitucional, por lo que el control de convencionalidad (que es una forma de control de constitucionalidad) debería ser facultad de todas ellas, aunque eso no implique también la facultad de inaplicar o invalidar actos o normas (facultades exclusivamente jurisdiccionales).²⁴

Obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH

¿A partir de qué momento es vinculante la jurisprudencia de la Corte IDH para el Estado mexicano? Al emitir el Expediente “varios” 912/2010,²⁵ la SCJN estableció que sería vinculante únicamente la jurisprudencia de la Corte IDH derivada de litigios en los cuales el Estado fuera parte,²⁶ sin necesidad de que sus criterios fueran reiterados.²⁷ Los demás criterios interamericanos serían orientadores en aquello más favorable a la persona.²⁸

Más tarde, dicho criterio fue superado a raíz de la Contradicción de Tesis 293/2011, por la cual la SCJN resolvió nuevamente acerca de la vinculatoriedad de los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH, así como sobre la jerarquía que los tratados en materia de derechos humanos ocupaban en el sistema de derechos humanos. Las sentencias de la Corte IDH serían obligatorias (y no sólo orientativas) para los jueces mexicanos, independientemente de que México fuera o no parte en el litigio por el cual se había emitido.²⁹

<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2002268>. Véase también: “el control de convencionalidad, en su modalidad de difuso. Si bien es cierto que se ejerce por todas las autoridades públicas, tratándose de violación a los derechos humanos... se circunscribe al deber de analizar la compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que deben aplicarse a un caso concreto y los derechos humanos que establece la carta magna y los tratados internacionales, así como orientados por la jurisprudencia que sobre el tema sustente la Corte IDH, debido a la fuerza vinculatoria de la normativa convencional, lo cual genera la consecuencia de permitir o no la aplicabilidad de alguna disposición a un caso en concreto”. Tesis aislada III.4o.(III Región) 2 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro IV, enero de 2012, t. 5, p. 4319, reg. dig. 2000071, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2000071>.

23 cfr. Tesis aislada III.4o.(III Región) 1 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro IV, enero de 2012, t. 5, p. 4321, reg. dig. 2000073, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2000073>. Este criterio va acorde a lo establecido en el artículo 133 constitucional.

24 Carpizo Aguilar, Enrique, *El control constitucional y el convencional frente a la simple actividad protectora de los derechos humanos*, Poder Judicial del Estado de Nuevo León, México, 2014.

25 Expediente “varios” 912/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro I, octubre de 2011, Décima Época, t. 1, p. 313, reg. dig. 23183, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/ejecutoria/23183>. Se sostuvo el mismo criterio en la sentencia recaída al Amparo en revisión 168/2011, Primera Sala de la SCJN, ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 30 de noviembre de 2011. cfr. Tesis aislada 1a. XIII/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro V, febrero de 2012, t. 1, p. 650, reg. dig. 2000206, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2000206>.

26 Tesis aislada P. LXV/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro III, diciembre de 2011, t. 1, p. 556, 160482, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/160482>. Véase también Hernández Sarti, Mauricio José; Mendoza González, Liliana Antonia; y González Roldán, Karina, “La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: análisis de su vinculatoriedad para los tribunales mexicanos”, *Ius Comitālis*, vol. 5, núm. 9, México, 2022, p.12, <https://doi.org/10.36677/iuscomitalis.v5i9.17076>.

27 Tesis aislada P. III/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XVIII, marzo de 2013, t. 1, p. 368, reg. dig. 2003156, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2003156>.

28 Expediente “varios” 912/2010, op. cit., p. 20. Véase también la Tesis aislada P. LXVIII/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, diciembre de 2011, t. 1, p. 551, reg. dig. 160526, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/160526>. Véase también la tesis aislada IV.3o.A.10 K (10a.), op. cit.

29 Jurisprudencia P./J. 21/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, abril de 2014, t. I, p. 204, reg. dig. 2006225, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006225>.

Sin embargo, la SCJN dispuso que...

“... la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aun entendida como vinculante para los operadores jurídicos mexicanos, no pretende ni puede sustituir a la jurisprudencia nacional ni debe ser aplicada en forma acrítica. Por el contrario, *la aplicación de la jurisprudencia del tribunal interamericano debe hacerse en clave de colaboración y no de contradicción con la jurisprudencia nacional*, de modo que los pronunciamientos que eventualmente impliquen una diferencia de criterio respecto a los alcances que pueda llegar a tener un derecho en específico deberán ser resueltos, en términos de lo apuntado en el apartado anterior, con base en el principio *pro persona*”.³⁰

En ese sentido, dijo:

“...cuando se trate de la aplicación de un criterio emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un caso en el que el Estado mexicano no ha sido parte, los operadores jurídicos se encuentran obligados a analizar si el precedente resulta aplicable al ordenamiento jurídico mexicano.”³¹

Los criterios emitidos en casos en los que México contendió serían aplicados por analogía, pero en todos los casos debería buscarse la armonización de la jurisprudencia interamericana con la nacional y, en caso de no lograrse, preferir la norma más protectora de la persona.³²

Obligatoriedad de la interpretación autorizada interamericana

La Contradicción de Tesis 293/2011 no hizo afirmación expresa en el sentido de que fueran vinculantes (y no sólo orientativas) las resoluciones no contenciosas de la Corte IDH, las opiniones consultivas o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en lo que se refiere a interpretación de la CADH. Esto, debido a que versó especialmente sobre la vinculabilidad y jerarquía de la jurisprudencia interamericana.

La Primera Sala de la SCJN ha sostenido que...

“[...] el contenido de los derechos humanos no se limita al texto expreso de la norma donde se reconoce dicho derecho, sino que se va robusteciendo con la interpretación evolutiva o progresiva que hagan tanto los tribunales constitucionales nacionales [...] como con la interpretación que hagan los organismos internacionales, intérpretes autorizados en relación con tratados específicos, en una relación dialéctica”.³³

En rigor, eso tendría que significar que la interpretación autorizada puede ser utilizada por los jueces para fundamentar decisiones en materia de derechos humanos. Así parece haberse interpretado cuando la misma Sala estableció que el parámetro de regularidad constitucional incluye los estándares de derechos humanos, lo cual “no se limita al texto de la norma -nacional o internacional, sino que se extiende a la interpretación que hagan los órganos autorizados (tribunales constitucionales y organismos internacionales según corresponda)”.³⁴

No obstante, un tribunal colegiado ha sostenido que las opiniones consultivas interamericanas no son obligatorias, pero sí orientadoras para los jueces nacionales en la interpretación

30 Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 293/2011, Pleno de la SCJN, ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 3 de septiembre de 2013, p. 65, <https://tinyurl.com/2z6u94sy>.

31 *ibidem*, p. 58.

32 Jurisprudencia P/J. 21/2014 (10a.), *op. cit.*

33 Sentencia recaída al Amparo directo en revisión 496/2014, Primera Sala de la SCJN, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 8 de octubre de 2014, <https://tinyurl.com/nbxstpkb>.

34 Tesis aislada 1a. CCCXLIV/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 24, noviembre de 2015, t. I, p. 986, reg. dig. 2010426, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2010426>. Véase también la Sentencia recaída al Amparo en revisión 476/2014, Primera Sala de la SCJN, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 22 de abril de 2015, <https://tinyurl.com/4hu537ds>.

de la CADH. O sea que los jueces nacionales “pueden hacer suyos los razonamientos contenidos en aquéllas para apoyar sus criterios; sin embargo, si deciden no tomarlos en cuenta, lo cual es permisible por su naturaleza, deben exponer las razones por las que lo hacen”.³⁵

Este criterio propone que la interpretación autorizada interamericana carece de fuerza vinculatoria, a diferencia de los tratados, aunque ambos formen parte del parámetro de regularidad constitucional y, de acuerdo con la Contradicción de Tesis 293/2011, la conformación del “catálogo de derechos humanos no puede ser estudiada en términos de jerarquía”.³⁶

Regla de restricción constitucional

La Contradicción de Tesis 293/2011 realizó una interpretación “literal, sistemática y originalista” de los artículos 1 y 133 de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos a la luz de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011. De ella, se obtuvo que los derechos humanos no tienen como única fuente el texto constitucional, sino que también pueden hallarse expresos en instrumentos internacionales.

Entendiendo que los derechos humanos son un conjunto normativo que goza de supremacía constitucional, a la SCJN le parece que no hay jerarquías entre normas de derechos humanos, sino que integran un solo parámetro de regularidad constitucional. No obstante, establece que:

“cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material”.³⁷

Conflictos entre la norma nacional y la internacional

Lo dicho en apartados anteriores puede suscitar a dudas o recelo respecto de la posibilidad de que surjan conflictos entre la norma nacional y la internacional y cuál sería preferida a nivel interno o cuál debe prevalecer conforme al principio de soberanía. Es posible que deba ser reexaminado el siguiente argumento de Kelsen:

“Partiendo de la supuesta primacía del derecho nacional, se trata de obtener conclusiones que se oponen al verdadero contenido del derecho positivo. Por ejemplo, de acuerdo con los que presuponen la primacía del derecho nacional, la soberanía del estado implica que este no siempre se encuentra ligado por los tratados que ha concluido con otros estados; o que el estado no puede ser sometido a una jurisdicción compulsiva de una Corte Internacional; o que no puede ser obligado contra su voluntad por resoluciones mayoritarias de órganos internacionales colegiados; o que el derecho nacional no puede tener su origen en un procedimiento de derecho internacional; o, especialmente, que la soberanía del estado es incompatible con la idea de que su constitución sea creada por un tratado internacional, y así sucesivamente. Todas estas son cuestiones que no pueden ser resueltas deductivamente, partiendo del concepto y de la soberanía, sino solo en virtud de un análisis del derecho positivo; y el derecho positivo revela que todas las afirmaciones mencionadas son inexactas. Sin embargo, los que aceptan la hipótesis de la primacía del derecho internacional están igual-

35 Tesis aislada (I Región) 8o.1 CS (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 41, abril de 2017, t. II, p. 1768, reg. dig. 2014178, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2014178>. Esta tesis fue objeto de denuncia de la contradicción de criterios 175/2022, pendiente de resolver.

36 Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 293/2011, *op. cit.*, p. 30, énfasis en el original. Al respecto, el artículo 1º constitucional “reconoce un conjunto normativo –compuesto únicamente por derechos humanos– que escapa a la regulación de la jerarquía de las fuentes prevista en el artículo 133 constitucional y cuyas normas de aplicación fueron específicamente diseñadas para la interpretación y aplicación de derechos humanos”. *idem*.

37 Jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, abril de 2014, t. I, p. 202, reg. dig. 2006224, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006224>.

mente equivocados cuando afirman que el derecho internacional prevalece sobre el nacional, y que una norma del derecho nacional es nula si entra en contradicción con un precepto del derecho internacional. Esto último ocurriría sólo en el caso de que existiera una norma positiva de acuerdo con la cual se pudiese anular una norma del derecho nacional por oponerse a otra del internacional. Pero es sabido que, cuando menos el derecho internacional general, no contiene una norma semejante”.³⁸

El derecho positivo examinado indica que, en México el derecho nacional tiende a prevalecer sobre el interamericano. Así lo evidencian la regla de restricción constitucional y la obligatoriedad subsidiaria de la interpretación autorizada interamericana (que se desprenden de la Contradicción de Tesis 293/2011), así como las reservas de México a la CADH (basadas en normas constitucionales). Si se interpreta literalmente el artículo 133 constitucional, puede suponerse que el derecho internacional sólo es obligatorio en lo que es acorde con la constitución, independientemente de que no haya reservas de México al tratado en cuestión.³⁹

Sentencias de la Corte IDH proferidas contra México a partir de la reforma constitucional de 2011 hasta el año 2023

Como se ha venido señalando en los apuntes anteriores, una de las grandes significaciones que adquirió la reforma constitucional de 2011 fue la facultad de atribuirle rango constitucional a las normas emanadas de los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos y reconocer vinculatoriedad a toda la jurisprudencia de la Corte IDH (con los matices explicados anteriormente). En este apartado, se hará un breve recuento de las sentencias emitidas por la Corte IDH contra México a partir de 2011, para hacer un balance de la relación de México con el SIDH a raíz de dicha reforma paradigmática.

México ha sido parte en catorce litigios ante la Corte IDH, resultando internacionalmente responsable en 13 de ellos.⁴⁰ La única salvedad es el *Caso Alfonso Martín del Campo Dodd Vs. Estados Unidos Mexicanos*, que fue archivado por tratarse de hechos ocurridos con anterioridad al reconocimiento de la competencia contenciosa interamericana.⁴¹

A continuación, se expone una relación de las sentencias emitidas por la Corte IDH en casos contenciosos en los que México fue parte:

38 Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, 3a ed. UNAM, México, 2008, p. 461.

39 Eso no significa que el derecho constitucional no pueda ser modificado o interpretado de manera que sea compatible con el SIDH donde actualmente no lo es. Cfr. Vega Tavares, Daniel, «¿Por qué no se ha eliminado la prisión preventiva oficiosa en México? (Notas sobre interpretación constitucional y sociología jurídica) [Working paper]», Juicios (blog), México, 28 de abril de 2023, <https://tinyurl.com/yc4xe24m>.

40 “Sentencias”, *Corte Interamericana de Derechos Humanos* (sitio web), San José, Costa Rica, 2023, https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm (consultado el 02 de octubre de 2023).

41 *Caso Alfonso Martín del Campo Dodd Vs. Estados Unidos Mexicanos* (Excepciones Preliminares), Corte IDH, 03 de septiembre de 2004, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_113_esp1.pdf.

Caso	Fecha de emisión	Sentido de la resolución
Caso García Rodríguez y otro vs. México. ⁴²	25 de enero de 2023	Condena
Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México. ⁴³	7 de noviembre de 2022	Condena
Caso Digna Ochoa y familiares vs. México. ⁴⁴	25 de noviembre de 2021	Condena
Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México. ⁴⁵	28 de noviembre de 2018	Condena
Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México. ⁴⁶	28 de noviembre de 2018	Condena
Caso Trueba Arciniega y otros vs. México. ⁴⁷	27 de noviembre de 2018	Condena. Se homologa el acuerdo de solución amistosa y se acepta el reconocimiento de responsabilidad de México.
Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. Estados Unidos Mexicanos. ⁴⁸	26 de noviembre de 2012	Condena (?) Homologación del “Acuerdo de solución amistosa y reconocimiento de responsabilidad del Estado”
Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. ⁴⁹	31 de agosto de 2010	Condena
Caso Fernández Ortega y otros vs. México. ⁵⁰	30 de agosto de 2010	Condena

42 Caso García Rodríguez y otro vs. México (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Corte IDH, 25 de enero de 2023, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_482_esp.pdf.

43 Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Corte IDH, 07 de noviembre de 2022, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_470_esp.pdf.

44 Caso Digna Ochoa y familiares vs. México (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Corte IDH, 25 de noviembre de 2021, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_447_esp.pdf.

45 Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México (Fondo, Reparaciones y Costas), Corte IDH, 28 de noviembre de 2018, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_370_esp.pdf.

46 Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Corte IDH, 28 de noviembre de 2018, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf.

47 Caso Trueba Arciniega y otros vs. México, Corte IDH, 27 de noviembre de 2018, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_369_esp.pdf.

48 Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. Estados Unidos Mexicanos (Fondo, Reparaciones y Costas), Corte IDH, 26 de noviembre de 2013, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_273_esp.pdf.

49 Caso Rosendo Cantú y otra vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Corte IDH, 31 de agosto de 2010, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf.

50 Caso Fernández Ortega y otros vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Corte IDH, 30 de agosto de 2010, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf.

Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. ⁵¹	26 de noviembre de 2010	Condena
Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. ⁵²	23 de noviembre de 2009	Condena
Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. ⁵³	16 de noviembre de 2009	Condena (Aceptación del reconocimiento parcial de responsabilidad)
Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. ⁵⁴	06 de agosto de 2008	Condena
Caso Alfonso Martín del Campo Dodd Vs. Estados Unidos Mexicanos. ⁵⁵	03 de septiembre de 2004	Archivo por <i>ratione temporis</i>

Tabla 1. Relación de casos contenciosos ante la Corte IDH en los que México ha sido parte.

Fuente: Elaboración propia con información de “Sentencias”, Corte Interamericana de Derechos Humanos (sitio web), San José, Costa Rica, 2023, https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm (consultado el 02 de octubre de 2023).

A partir de las reformas constitucionales de 2011, sólo se han dado siete sentencias de la Corte IDH contra México.

En el *Caso García Cruz y Sánchez Silvestre*, se condenó a México por actos de tortura cometidos por la Policía Judicial del Distrito Federal contra Juan García Cruz y Santiago Sánchez Silvestre, con la finalidad de que expresaran declaraciones inculpatórias sobre portación de armas de fuego, homicidio, lesiones, robo con violencia, daño en los bienes, asociación delictuosa y rebelión. Estos hechos no fueron investigados por las autoridades. Fueron condenados a prisión, donde permanecieron quince años, diez meses y doce días, hasta que fueron liberados por orden de un tribunal interno con posterioridad al sometimiento del caso a la Corte IDH.

La Corte IDH estableció que México había violado los derechos a la libertad personal, a las garantías y protección judiciales (incluido el derecho a la defensa) y a la integridad personal, entre otros. Homologado un acuerdo entre las partes por el cual México reconocía parcialmente su responsabilidad, se obligó al Estado a investigar los hechos de tortura y a ejecutar diversas medidas de restitución, rehabilitación y satisfacción. Aunque en este caso se responsabiliza a México por no adecuar su orden jurídico interno en materia de prohibición y prevención de tortura, no se incluye en las reparaciones ni garantías de no repetición ninguna medida al respecto.⁵⁶

51 Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Corte IDH, 26 de noviembre de 2010, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf.

52 Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Corte IDH, 23 de noviembre de 2009, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf.

53 Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Corte IDH, 16 de noviembre de 2009, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf.

54 Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Corte IDH, 06 de agosto de 2008, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf.

55 Caso Alfonso Martín del Campo Dodd, op. cit.

56 Caso García Cruz y Sánchez Silvestre..., op. cit.

En el caso Alvarado Espinoza y otros, se condenó a México por la desaparición forzada y búsqueda deficiente de Nitza Paola Alvarado Espinoza, José Ángel Alvarado y Rocío Irene Alvarado Reyes. De acuerdo con los hechos narrados por las partes, estas personas habrían sido capturadas en 2009 por agentes del Ejército sin ninguna justificación. Sus familiares realizaron denuncias, pero no se dio el debido seguimiento a sus asuntos y fueron víctimas de amenazas, hostigamientos y atentados, al grado de que treinta y siete miembros de la familia Alvarado tuvieron que abandonar sus casas y asentarse en otros lugares.

Ante la falta de respuesta de las autoridades mexicanas, el caso llegó a la Comisión Nacional de Derechos Humanos y luego a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Esta emitió en 2016 un informe en el que se exigía a México efectuar las medidas correspondientes para dar con el paradero de las tres personas y judicializar a los responsables. Como el Estado hizo caso omiso y no dio respuesta alguna, el caso llegó a la Corte IDH.

Según la Corte IDH, las desapariciones forzadas fueron producto del contexto del Operativo Guerra contra el Narcotráfico efectuado por Felipe Calderón (expresidente de México). Por lo tanto, el Ejército Mexicano fue declarado responsable por no llevar a cabo una investigación ágil y eficiente y por violar derechos de las víctimas y sus familiares, como el derecho a la vida, a la integridad personal, al reconocimiento de personalidad jurídica, el acceso a la justicia, a la circulación y residencia, entre otros.

La Corte IDH ordenó al Estado efectuar una búsqueda rigurosa de las víctimas e investigaciones para individualizar y juzgar a los responsables, así como a organizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional, brindar tratamiento psicológico y psiquiátrico a las víctimas y dar a los familiares beneficios con el objetivo de remediar sus proyectos de vida.⁵⁷

En el *Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco* se estudian los siguientes hechos: a raíz de manifestaciones ocurridas en Texcoco y San Salvador el 03 y 04 de mayo de 2006, en que la policía y los mercaderes tuvieron enfrentamientos violentos, cientos de personas fueron detenidas, incluidas once mujeres que fueron sometidas a distintas formas de violencia por parte de los miembros de seguridad durante su traslado e ingreso al CEPRESO, y luego acusadas de diversos delitos y sujetas a proceso.

La Corte IDH estimó que el Estado incumplió sus obligaciones de: a) adoptar disposiciones de derecho interno para regular adecuadamente el uso de la fuerza; b) capacitar y entrenar a sus cuerpos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos en el manejo y uso de la fuerza; c) establecer mecanismos adecuados para controlar eficientemente la legitimidad del uso de la fuerza; d) prohibición de la tortura; y d) diversos derechos, como la integridad personal, la vida privada, la no discriminación, el derecho de reunión y las garantías y protección judiciales.

Tras reconocer parcialmente su responsabilidad, México fue obligado a adoptar las medidas necesarias para juzgar y sancionar a los responsables de dichas transgresiones, brindar atención médica y psíquica a las víctimas, realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional y disculpas públicas en relación con el suceso, entre otros.⁵⁸

En el *Caso Trueba Arciniega y otros* se narran hechos que, en un día de 1998, Mirey Trueba Arciniega, Vidal Trueba Arciniega y Jorge Jiménez en Baborigame fueron detenidos en un puesto de mando militar. Mirey, en un estado de conmoción, bajó del vehículo en que iba y

⁵⁷ *Caso Alvarado Espinoza y otros...*, op. cit.

⁵⁸ *Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco...*, op. cit.

corrió calle abajo posiblemente asustado. Acto seguido, un comandante le disparó en repetidas ocasiones. El Estado manifestó que la intención de los militares era revisar la camioneta. Más adelante, el comandante fue condenado a prisión por homicidio culposo.

La Corte IDH concluyó que México violó los derechos a la vida e integridad personal y a garantías y protección judiciales. Le ordenó realizar una revisión eficiente del caso, brindar atención médica y psicológica a favor de las víctimas, implementar cursos de capacitación a las fuerzas armadas y a los agentes del Ministerio Público de la Federación, pagar las indemnizaciones acordadas entre las víctimas y la SEDENA, así como ofrecer garantías de no repetición.⁵⁹

El *Caso Digna Ochoa y familiares* se refiere al asesinato de la señora Digna Ochoa (reconocida defensora de derechos humanos), encontrada muerta en su oficina en la Ciudad de México meses después de que se tomara la decisión de levantar las medidas provisionales otorgadas por la Corte IDH, con el fin de salvaguardar su vida y de los abogados del Centro Miguel Agustín Pro-Juárez.

La Corte IDH determinó que el Estado tuvo diversas falencias en torno a la investigación de la escena del crimen, la documentación y la necropsia médico legal, plagada de estereotipos de género y revictimización. Como resultado de dicha precaria investigación se transgredió el derecho a la honra y dignidad de la señora Ochoa, así como el derecho a la verdad de sus familiares.

La Corte ordenó implantar medidas de reparación y las demás pertinentes encaminadas a esclarecer las circunstancias de la muerte de la defensora de los derechos humanos, juzgar y sancionar a los responsables del hecho, realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional, así como también diseñar e implementar una campaña que reconociera la notable labor de los defensores de derechos, entre otros.⁶⁰

En los más recientes casos *Tzompaxtle Tecpile y otros y García Rodríguez y otro*, la Corte Interamericana estudia casos de detención y privación ilegal de la libertad con múltiples violaciones al debido proceso. En el primero, se condenó a México por violar los derechos a la libertad personal, a la presunción de inocencia, a no declarar contra sí mismo y a la vida privada. En el segundo, se condenó a México por violar la libertad personal, la presunción de inocencia, la integridad personal el principio de plazo razonable, la regla de exclusión de la prueba obtenida bajo tortura y el derecho a las garantías judiciales.

Lo más destacado de estos dos últimos casos es que en ellos se examinó el derecho interno mexicano y se condenó a México por no haber adecuado su ordenamiento jurídico a la CADH con relación a la prisión preventiva oficiosa y el arraigo. Esto es particularmente relevante porque el sentido de la sentencia obliga a México a modificar su derecho interno, mientras que la principal norma que permite ambas figuras inconvencionales es la Constitución (artículo 19). Esto conduce a un serio debate en torno a la relación del derecho constitucional mexicano con el interamericano y, particularmente, con los derechos humanos.

Conclusión

México es todavía un Estado que viola derechos humanos con frecuencia. Las sentencias emitidas en su contra por la Corte IDH destacan reiteradamente el abuso policial, la incompetencia fiscal y la desmedida militarización del país. También es común la violación de derechos de las mujeres, como se narra en los casos aquí citados.

⁵⁹ Caso Trueba Arciniega y otros..., op. cit.

⁶⁰ Caso Digna Ochoa y familiares... op. cit.

Además, la investigación expuesta arroja una relación todavía conflictiva del derecho interno con el internacional, incluso en materia de derechos humanos, a pesar del contenido de la reforma constitucional y su impacto sobre la interpretación de los artículos 1 y 133, así como el desarrollo jurisprudencial interno y externo en torno a la obligatoriedad del control de convencionalidad y la jurisprudencia interamericana.

Se ha visto, por ejemplo, que en los casos *García Cruz y Sánchez Silvestre, Tzompaxtle Tecpile y otros, García Rodríguez y otro y Mujeres víctimas de tortura sexual*, se ha responsabilizado a México por no adecuar su orden jurídico interno al SIDH. Ese problema resalta su importancia cuando ha resultado que es la propia norma constitucional la que resulta violatoria del Pacto de San José, lo que conduce a cuestionarse (más allá de todo debate acerca de la soberanía) cuál es el grado de compromiso que de hecho tiene México hacia los derechos humanos.

Fuentes de información consultadas

Bibliohemerografía y cibergrafía

“Sentencias”, *Corte Interamericana de Derechos Humanos* (sitio web), San José, Costa Rica, 2023, https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm (consultado el 02 de octubre de 2023).

CARBONELL, Miguel, *Teoría de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, IIJ, UNAM, México, 2014.

CARPIZO AGUILAR, Enrique, *El control constitucional y el convencional frente a la simple actividad protectora de los derechos humanos*, México, Poder Judicial del Estado de Nuevo León, México, 2014.

FIX FIERRO, Héctor y MARTÍNEZ URIARTE, Jacqueline, *Derechos humanos: cien años de evolución de los derechos en la Constitución mexicana*, FCE, México, 2018, Colección Constitución 1917.

Gobierno de México, “Reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 4 de diciembre de 2006 – 18 de noviembre de 2022”, Orden Jurídico Nacional (página web), México, 2003, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/reformas.php#gsc.tab=0>.

HERNÁNDEZ SARTI, Mauricio José, MENDOZA GONZÁLEZ, Liliana Antonia y GONZÁLEZ ROLDÁN, Karina, “La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: análisis de su vinculatoriedad para los tribunales mexicanos”, *Ius Comitialis*, vol. 5, núm. 9, México, 2022, <https://doi.org/10.36677/iuscomitialis.v5i9.17076>.

KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, 3a ed., UNAM, México, 2008.

Tratados multilaterales: Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32): Estado de firmas y ratificaciones, Departamento de Derecho Internacional (página web), OEA, s. l., 2021, <https://tinyurl.com/3n2he3ac>.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica y abierta a firma el día 22 de noviembre de 1969, con las declaraciones interpretativas al párrafo 1 del artículo 4 y al artículo 12 y la reserva al artículo 23, párrafo 2, que formulara el Ejecutivo de la Unión al proceder a su adhesión, Sistema de Consulta de Ordenamientos (base de datos), SCJN, México, s. f., <https://tinyurl.com/ypwfz2zc>.

VEGA TAVARES, Daniel, «¿Por qué no se ha eliminado la prisión preventiva oficiosa en México? (Notas sobre interpretación constitucional y sociología jurídica) [Working paper]», *Juicios* (blog), México, 28 de abril de 2023, <https://tinyurl.com/yc4xc24m>.

Legisgrafía

Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 de noviembre de 1969, <https://tinyurl.com/mhkeye8m>.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, DOF, México, 28 de abril de 1988, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/I2.pdf>.

De las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, el que contiene proyecto de decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Gaceta del Senado, México, 3 de marzo 3 de 2011, https://www.senado.gob.mx/65/gaceta_del_senado/documento/28790.

Decreto por el que se adiciona un párrafo noveno al artículo 4o.; se reforma la fracción XXV y se adiciona una fracción XXIX-Ñ al artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, DOF, México, 30 de abril de 2009, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5089046&fecha=30/04/2009.

Decreto por el que se adiciona un párrafo tercero y se recorre el orden de los párrafos subsecuentes del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, DOF, México, 29 de julio de 2010, <https://sidof.segob.gob.mx/notas/5153572>.

Decreto por el que se adiciona un segundo párrafo con siete fracciones al Artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, DOF, México, 20 de julio de 2007, <https://sidof.segob.gob.mx/notas/4994148>.

Decreto por el que se adiciona un segundo párrafo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, DOF, México, 1º de junio de 2009, <https://sidof.segob.gob.mx/notas/5092143>.

Decreto por el que se reforma el Artículo 1o., Párrafo Tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, DOF, México, 4 de diciembre de 2006, <https://sidof.segob.gob.mx/notas/4939294>.

Decreto por el que se reforma la Fracción X del Artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, DOF, México, 11 de mayo de 1988, <https://tinyurl.com/bddrfkns>.

Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, DOF, México, 18 de junio de 2008, <https://sidof.segob.gob.mx/notas/5046978>.

Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, DOF, México, 6 de junio del 2011, <https://sidof.segob.gob.mx/notas/5193266>.

Caso Alfonso Martín del Campo Dodd Vs. Estados Unidos Mexicanos (Excepciones Preliminares), Corte IDH, 03 de septiembre de 2004, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_113_esp1.pdf.

Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México (Fondo, Reparaciones y Costas), Corte IDH, 28 de noviembre de 2018, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_370_esp.pdf.

Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Corte IDH, 26 de noviembre de 2010, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf.

Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Corte IDH, 06 de agosto de 2008, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf.

Caso Digna Ochoa y familiares vs. México (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Cos-

tas), Corte IDH, 25 de noviembre de 2021, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_447_esp.pdf.

Caso *Fernández Ortega y otros vs. México* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Corte IDH, 30 de agosto de 2010, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf.

Caso *García Cruz y Sánchez Silvestre vs. Estados Unidos Mexicanos* (Fondo, Reparaciones y Costas), Corte IDH, 26 de noviembre de 2013, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_273_esp.pdf.

Caso *García Rodríguez y otro vs. México* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Corte IDH, 25 de enero de 2023, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_482_esp.pdf.

Caso *González y otras* (“*Campo Algodonero*”) *vs. México* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Corte IDH, 16 de noviembre de 2009, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf.

Caso *mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Corte IDH, 28 de noviembre de 2018, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf.

Caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Corte IDH, 23 de noviembre de 2009, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf.

Caso *Rosendo Cantú y otra vs. México* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Corte IDH, 31 de agosto de 2010, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf.

Caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. México*, Corte IDH, 23 de noviembre de 2009, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/radillapacheco.pdf>.

Caso *Trueba Arciniega y otros vs. México*, Corte IDH, 27 de noviembre de 2018, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_369_esp.pdf.

Caso *Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Corte IDH, 07 de noviembre de 2022, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_470_esp.pdf.

Expediente “varios” 912/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro I, octubre de 2011, Décima Época, t. 1, p. 313, reg. dig. 23183, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/ejecutoria/23183>.

Jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, abril de 2014, t. I, p. 202, reg. dig. 2006224, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006224>.

Jurisprudencia P./J. 21/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, abril de 2014, t. I, p. 204, reg. dig. 2006225, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006225>.

Sentencia recaída a la Contradicción de tesis 293/2011, Pleno de la SCJN, ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 3 de septiembre de 2013, p. 65, <https://tinyurl.com/2z6u94sy>.

Sentencia recaída al Amparo directo en revisión 496/2014, Primera Sala de la SCJN, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 8 de octubre de 2014, <https://tinyurl.com/nbxstpkh>.

Sentencia recaída al Amparo en revisión 168/2011, Primera Sala de la SCJN, ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 30 de noviembre de 2011.

Sentencia recaída al Amparo en revisión 476/2014, Primera Sala de la SCJN, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 22 de abril de 2015, <https://tinyurl.com/4hu537ds>.

Tesis aislada (I Región) 8o.1 CS (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 41, abril de 2017, t. II, p. 1768, reg. dig. 2014178, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2014178>.

Tesis aislada 1a. CCCXLIV/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 24, noviembre de 2015, t. I, p. 986, reg. dig. 2010426, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2010426>.

Tesis aislada 1a. XIII/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro V, febrero de 2012, t. 1, p. 650, reg. dig. 2000206, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2000206>.

Tesis aislada III.4o.(III Región) 1 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro IV, enero de 2012, t. 5, p. 4321, reg. dig. 2000073, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2000073>.

Tesis aislada III.4o.(III Región) 2 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro IV, enero de 2012, t. 5, p. 4319, reg. dig. 2000071, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2000071>.

Tesis aislada IV.3o.A.10 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XV, diciembre de 2012, t. 2, p. 1303, reg. dig. 2002268, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2002268>.

Tesis aislada IV.3o.A.10 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XV, diciembre de 2012, t. 2, p. 1303, reg. dig. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2002268>.

Tesis aislada P. III/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XVIII, marzo de 2013, t. 1, p. 368, reg. dig. 2003156, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2003156>.

Tesis aislada P. LXV/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro III, diciembre de 2011, t. 1, p. 556, 160482, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/160482>.

Tesis aislada P. LXVIII/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, diciembre de 2011, t. 1, p. 551, reg. dig. 160526, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/160526>.

EL ESTATUS JURÍDICO DE LA DIGNIDAD HUMANA EN MÉXICO*

THE LEGAL STATUS OF HUMAN DIGNITY IN MEXICO

Júpiter Quiñones Domínguez**

* Artículo de investigación postulado el 27/09/2022 y aceptado para publicación el 06/02/2023

** Profesor Investigador en la Universidad Autónoma de Chihuahua

juquinones@uach.mx, <https://orcid.org/0000-0002-2037-1525>

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto el reflexionar sobre la naturaleza del término dignidad humana como fundamento de todo orden constitucional moderno, en especial en el contexto de la Constitución mexicana, así como de las consecuencias jurídicas de su concreción.

ABSTRACT

This article main objective is to reflect on the nature of the term human dignity. This term is considered the foundation of today's constitutional order. What in the context of the Mexican Constitution, as well as the legal consequences of its realization is not the exemption.

PALABRAS CLAVES

Constitución, Dignidad Humana, Derechos Humanos.

KEYWORDS

Constitution, Human Dignity, Human Rights.

SUMARIO

Introducción.

Dignidad humana en la filosofía del derecho.

Dignidad humana como valor jurídico-político.

La dignidad humana en el ordenamiento jurídico mexicano, ¿valor o derecho?

Conclusión.

Fuentes de información.

Introducción

En la actualidad hablar de derechos humanos es hablar de la dignidad de todas las personas, no solamente desde un punto de vista antropológico o filosófico, sino también desde una perspectiva jurídica y política, tanto en los ámbitos internos de cada Estado, como en el contexto internacional, sobre todo en materia de declaraciones y convenciones relacionadas con esta temática.

Si partimos de esa premisa, es claro que el concepto de la dignidad humana desempeña un papel importante en el estudio y comprensión de los derechos humanos, máxime si éste se realiza desde un plano teleológico, considerando a éstos como un medio para alcanzar el fin de garantizar una vida digna para la familia humana. Esto es, hoy en día consideramos que la dignidad humana puede ser vista como un valor que se erige en una doble vertiente; como medio o punto de partida por un lado, y por otro como un fin último del Estado y el orden constitucional; como punto de partida porque consideramos que la dignidad humana es el sustento moral de los derechos humanos, y como fin último, porque en la actualidad es difícil concebir un Estado (al menos que se considere democrático y constitucional) que no vea hacia la garantía de la dignidad como un fin público que le da legitimación.

No obstante, precisamente la diferenciación entre medio y fin respecto a la dignidad, así como la textura abierta de su concepto, puede traer como consecuencia una relativización que tiende a concretizarla e identificarla más como un derecho (o derechos) que como un valor jurídico, lo cual nos parece le reduce importancia y la puede volver casuista y en no pocas veces, contradictoria.

La dignidad humana en la filosofía del derecho.

Tal y como refiere Peces-Barba, la contribución de la Filosofía del Derecho al debate sobre la dignidad humana sitúa en la raíz del problema el hecho de considerarla como el fundamento de la ética pública de la modernidad, como un *prius* de valores políticos y jurídicos y de los principios y derechos que derivan de la misma.¹

Sin embargo, el concepto de dignidad humana se ha tornado de difícil comprensión y suscita desacuerdos teóricos, ya que el mismo obedece a reflexiones tanto morales, filosóficas, históricas y culturales; no obstante lo anterior, creemos que se puede encontrar una línea clara de evolución que nos lleva a su vinculación actual con los derechos humanos, y al debate contemporáneo que se presenta respecto a diversos posicionamientos encontrados, algunos de tipo moral y otros de carácter jurídico, sobre todo en cuanto al nivel de protección de los derechos y su conexidad con la dignidad de la persona.

En ese contexto, Peces-Barba diferencia entre una perspectiva formal de raíz kantiana y otra de carácter humanista y renacentista, y en este sentido sostiene que de la primera deriva nuestra capacidad de elegir, es decir, nuestra autonomía, y de la segunda el estudio de los rasgos que nos diferencia de los animales.²

Esta diferenciación se corresponde también con la que distingue entre: dignidad ontológica, la que tiene que ver con el valor de la persona en tanto persona (se es digno por ser persona); y la dignidad fenomenológica (la persona es más o menos digna en función de lo que hace o deja de hacer).³

A) Perspectiva formal-fenomenológica.

Si partimos de la modernidad, encontramos que el concepto de dignidad humana ha sido ampliamente influenciado por la concepción liberal, sobre todo de corte Kantiana, donde el elemento esencial de la dignidad humana es la libertad, entendida como la posibilidad de todo ser humano para imponerse fines de vida, en busca de lo que considera su bienestar o felicidad; por ello es de suma importancia estar en aptitud de actuar en consecuencia, y perseguir libremente esos fines, pues desde esta visión podemos concluir que el hombre es un fin en sí mismo, por eso posee dignidad.

Esta dignidad en “libertad” se imponía más como un presupuesto formal frente al Estado que como una condición propia de la persona, pues como expresa Ernesto Benda, dentro del liberalismo una mayor garantía tanto de la libertad como de la dignidad es sinónimo de una inmunidad frente al Estado que se traduce en una libertad del individuo para configurar su propia existencia.⁴

No obstante lo anterior, se debe considerar también que el concepto de dignidad desde un punto de vista fenomenológico tiene un origen pre-moderno, el cual está vinculado a la posición del individuo en una sociedad determinada, de tal forma que el estatus social se

1 Cfr. Peces-Barba Martínez, Gregorio, Reflexiones sobre la evolución histórica y el concepto de dignidad humana, consultable en: <https://core.ac.uk/download/pdf/30043286.pdf>

2 Ídem.

3 Cfr. Ansuategui Roig, Francisco Javier, *Derechos Fundamentales y Dignidad Humana*, en Dignidad Humana. Presupuesto Fundamental de los Derechos Humanos, (Rafael Aguilera Portales Coordinador), Editorial Esfera Pública, México, 2016, pp. 43-44

4 Benda, Ernesto, *Dignidad humana y derechos de la personalidad*, en Manual de Derecho Constitucional, Benda, Maihofer, et. al., Tr. INTER NATIONES, de Bonn, Marcial Pons, Segunda Edición, Madrid, 2001, p.118

encontraba relacionado con una determinada dignitas que otorgaba cierta valía de tipo emocional al titular de la misma, y a nuestro entender le imponía también determinados deberes que se esperaban de dicha dignidad.

Si bien esta dignidad propiciaba la consideración desigual de los miembros de la sociedad, la misma no era necesariamente una concepción vertical de la dignidad pues obedecía a diversos roles sociales en una pluralidad de niveles que interactuaban en la comunidad.

Como indica Antonio Pele:

“...tanto en la antigüedad, la Edad-Media, el Renacimiento, etc., el valor del individuo derivaba de su filiación, origen, posición social, u otros cargos políticos. En resumen, los individuos nacían con dignidades distintas y desiguales. El individuo podía sentir e identificar su valor y excelencia por la pertenencia a una élite con la cual compartía los rasgos sociales, políticos y económicos.”⁵

Por ello coincidimos con Concepción Delgado en el sentido de que en el mundo clásico se justificaba sólo un modelo de dignidad, el de la dignidad de la ciudadanía.⁶

Si bien es clara la tensión entre este concepto pre-moderno y la concepción actual de dignidad humana, consideramos que la concepción antigua tiene rasgos recuperables que pueden ser de utilidad hoy en día, pues la primera parte de un sentimiento de identidad y dignidad específico y diferenciador entre los individuos, y la otra de una abstracción que puede en un momento determinado perderse en el discurso y en consecuencia quedar vacía.

Así es como coincidimos con Antonio Pele cuando resalta que:

“Con el concepto moderno de dignidad el valor del individuo yace únicamente en sus rasgos humanos independientemente de su posición social, origen o filiación. La excelencia del hombre es de cada uno no por su pertenencia a una élite sino a la especie humana. Además no se le exige que demuestre (sic) su excelencia, a través de sentimientos como el valor o el honor, para que los demás les reconozcan dicho valor.”⁷

Es por eso que en la concepción antigua de dignidad se llevan implícitos ciertos deberes de conducta y decoro, pues desde tiempos de Cicerón se advertía que el hombre que se abandonaba a los placeres violaba la dignidad de su naturaleza racional, pues esta dignidad emanaba de las acciones cumplidas por el bien común⁸.

Aunque esto nos parezca una exigencia excesiva que se aleja del debate jurídico acercándose más al moral, no debemos perder de vista el paralelismo que hay con la concepción de dignidad del individuo respecto a los peligros de la abstracción abusiva del concepto de dignidad de la persona y su papel en el discurso de los derechos humanos, pues se puede caer en situaciones como las que indica Habermas cuando dice:

“Además de la fuerza meramente simbólica de los derechos humanos de algunas “democracias de fachada” que encontramos en América Latina y en otros lugares del mundo, la política de los derechos humanos de las Naciones Unidas revela la contradicción que existe entre difundir, por un lado, la retórica de los derechos humanos, y por el otro, abusar de ellos como medio para legitimar las políticas de poder usuales.”⁹

5 Illie, Antonio Pele. Una aproximación al concepto de dignidad humana. *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, 2004, no. 1, p. 9-13

6 Delgado Parra Concepción. “Perplejidades de la dignidad humana en el marco de los Derechos Humanos.” *Praxis Filosófica*, vol. , no. 50, 2020, pp.161-186.

7 Illie, Antonio Pele. *Op. Cit.*, p. 9-13

8 Cfr. Becchi Paolo, *El principio de la dignidad humana*, Editorial FONTAMARA, México, 2012, p. 12

9 Habermas, Jürgen. *El concepto de dignidad y la utopía realista de los derechos humanos*. *Diánoia*, México, v. 55, n. 64, mayo 2010. Disponible en

Es por ello que el mismo autor se cuestiona lo siguiente:

“...nos enfrentamos a la pregunta de si la “dignidad humana” es un concepto normativo fundamental y sustantivo, a partir del cual los derechos humanos pueden ser deducidos mediante la especificación de las condiciones en que son vulnerados, o si, por el contrario, se trata de una expresión que simplemente provee una fórmula vacía que resume un catálogo de derechos humanos individuales no relacionados entre sí.”¹⁰

Esto es un riesgo que está presente también cuando se emplea el término sin ningún rigor conceptual y con propósitos puramente retóricos como se hace en política y según Atienza, también por la Iglesia Católica cuando se debate sobre temas como el aborto, la investigación con células madre o la inseminación artificial.¹¹

Ahora bien, regresando a la idea moderna de dignidad humana desde un punto de vista meramente formal, tenemos que en el Estado Constitucional actual, la dignidad humana va más allá de su mero reconocimiento desde una perspectiva de libertad, sino que asume también el reconocimiento y garantía por parte del Estado de un “mínimo” de satisfactores que las personas deben gozar viviendo en sociedad.

En efecto, hoy en día las condiciones de la sociedad moderna dependen de las prestaciones del Estado, de forma tal que la tarea de cualquier política consiste en conciliar cuanto sea posible libertad individual y bien común; esto porque el Estado liberal de Derecho parte de la premisa de que es más probable que la dignidad humana sea mejor garantizada bajo condiciones de mayor libertad, mientras que el Estado Social pugna por un ordenamiento social y económico justo.¹²

Por ello, para autores como Ernesto Benda la obligación del Estado de respetar la dignidad humana implica que, más allá de la expectativa de no ser tratado arbitrariamente, el individuo espera cada vez más la garantía de su existencia material, es decir, la garantía por parte del Estado de una existencia “digna”.¹³

Lo anterior es acorde con una visión moderna del Estado Constitucional y Social de Derecho, en el que además del reconocimiento de los derechos fundamentales de tipo social, se reconocen y respetan principios tan importantes como la interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos, todo ello para poder llevar a cabo una interpretación expansiva de los mismos.

Además, esta concepción moderna de dignidad se refiere a ese estatus que se debe respetar a toda la familia humana independientemente de diferencias secundarias o circunstanciales, pues cuando hablamos de dignidad humana nos referimos a ese “mínimo de dignidad” por debajo del cual nadie puede caer.¹⁴

B) Perspectiva humanista-ontológica.

Esta perspectiva centrada en la naturaleza de las personas es la que priva mayormente en la actualidad, y la misma constituye un planteamiento antropocéntrico que supone el situarse en una concepción del individuo centrada tanto en la titularidad de pretensiones morales como en la responsabilidad derivada de las decisiones individuales.¹⁵

10 Habermas Jürgen, Op. Cit., p. 6

11 Atienza, Manuel, *Sobre el concepto de dignidad humana*, Editorial Trotta, Madrid, 2022, p. 21

12 Cfr. Benda, Ernesto, Op. Cit., pp. 119-120

13 Ibídem, p. 126

14 Spaemann Robert, *Sobre el concepto de dignidad humana*, visible en: https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/12656/1/PD_19_01.pdf

15 Ansuategui Roig, Francisco Javier, Op. cit. P. 44

En este sentido Víctor García dice que los atributos naturales del ser humano constituyen el fundamento de su dignidad, pues a través de esos atributos puede alcanzar la verdad de las cosas, optar por lo bueno y relacionarse con otros para el bien común.¹⁶

Por otro lado, algunos autores consideran que la dignidad de la persona vista desde el punto de vista ontológico, tiene por objeto la no humillación y el reconocimiento del ser humano como tal. Es decir, una dignidad intrínseca que no es otorgada por estatus social, talentos o poderes.¹⁷

Ahora bien, en este sentido, y retomando la línea evolutiva, podemos decir que fue con el advenimiento de la moral judeo-cristiana donde surge una concepción vertical de dignidad humana, la cual se relaciona con la posición del hombre en la creación, ya que al haber sido creado por Dios a “su imagen y semejanza”, el ser humano se entiende investido de una dignidad que lo pone por encima de cualquier otra criatura del universo, dignidad que también importa una serie de deberes morales autoimpuestos que lo condicionan, y que si bien en el principio constituían una relación armónica entre dignidad, derechos y deberes, en la actualidad representa una pugna derivada de una concepción humanista de dignidad y el choque con la moral cristiana en diversos temas como el suicidio asistido o eutanasia, el aborto, la diversidad sexual, etc.

En este sentido, podemos decir que el concepto de dignidad humana, al menos desde el punto de vista filosófico es de cuño antiguo, pues como bien dice Paolo Becchi, los antiguos romanos ya reflexionaban acerca de la dignidad humana, y la entendían desde dos diversas maneras, a saber: 1) como la posición especial del hombre en el cosmos, y 2) como la posición que ocupa en la vida pública.¹⁸

De tal forma que como explica el mismo autor:

“Dignidad está ligada tanto al hecho de que el hombre, siendo el único *animal rationale*, se diferencia del resto de la naturaleza como al hecho de que un hombre se diferencia de los otros debido al rol que se desempeña en la vida pública y que le confiere un valor particular.”¹⁹

Como se ha dicho, con la llegada del Cristianismo, sobre todo derivado de la doctrina de los padres de la Iglesia, la dignidad humana se entiende derivada de la revelación del antiguo testamento respecto a que Dios mismo creó al hombre a su imagen y semejanza, lo cual desde luego impregna de una dignidad trascendente especial a esta creación, idea que se ve reforzada por el hacerse hombre Dios a través de Jesucristo.²⁰

Esta concepción religiosa va perdiendo terreno frente a diversas ideas seculares respecto a la dignidad del hombre, de entre las que destaca Samuel Pufendorf, quien parte de la idea de que la dignidad del hombre deriva de su libertad, y del hecho de que en la naturaleza es el único ser capaz de limitar su actuación en atención a la ley y a la razón, de tal forma que la dignidad del hombre no es una posición ontológica, sino deontológica derivada de su sometimiento a normas universalmente vinculantes.²¹

16 García Toma, Víctor. La dignidad humana y los derechos fundamentales. Revista: Derecho & Sociedad, No. 51, Octubre 2018, p. 14

17 López Sánchez Rogelio, *La dignidad humana en México: Su contenido esencial a partir de la Jurisprudencia Alemana y Española*, visible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/issue/archive>

18 Cfr. Becchi Paolo, Op. Cit., p. 11

19 Ídem

20 Íbidem, p. 13

21 Íbidem, p. 14-15

De esta concepción deontológica de la dignidad del hombre, se dio un salto a la concepción racional y moral de la dignidad planteada por Kant, para quien, según el autor que seguimos: “la dignidad humana no corresponde al hombre por la posición que ocupa en el vértice de la pirámide del reino de la naturaleza, sino por su pertenencia al reino de los fines.”²² Continúa: “Es solo en Kant que el reconocimiento del otro se funda como valor moral de la persona entendida como fin en sí misma.”

Es desde luego esta concepción la que prevaleció durante los siglos XVIII, XIX y principios del XX, sin embargo es oportuno mencionar que en los documentos jurídicos en los que se garantizan los derechos del hombre, no es usado el término dignidad sino hasta después de la segunda guerra mundial, con el nacimiento del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos.

En efecto, podemos afirmar con Fernández Segado que uno de los rasgos sobresalientes del constitucionalismo de la segunda postguerra es la elevación de la dignidad de la persona a la categoría de núcleo axiológico constitucional, y por lo mismo, a valor jurídico supremo del conjunto ordinamental.²³

Además de lo anterior, en las constituciones modernas, la interpretación ha sido rematerializada a partir de la incorporación de normas sustantivas que encaminan su objeto a limitar el ejercicio del poder mediante imperativos positivos; dichas normas reciben variadas denominaciones, valores, principios, directrices o derechos fundamentales, las cuales producen un efecto de irradiación sobre el sistema jurídico.²⁴

Lo anterior es fácil de entender, porque después de haber vivido los horrores de la guerra y de las prácticas inhumanas de los Estados totalitarios de Europa, el mundo reaccionó ante esos hechos con diversos movimientos reivindicadores de la dignidad humana y con la consecuente garantía del respeto de los derechos fundamentales de las personas, ya que esa sensibilidad por el ser humano ha teñido hondamente el constitucionalismo occidental europeo, que ha venido a consagrar la dignidad de todo ser humano como valor material central de la norma fundamental, derivando del mismo un amplísimo reconocimiento de los derechos de la persona y una multiplicidad de mecanismos de garantía.²⁵

Es por ello que podemos afirmar que a la concepción vertical (proveniente de Dios) de dignidad humana derivada de la moral cristiana, es viable sumar una concepción horizontal moderna, derivada del principio racional de igualdad de todas las personas, la cual sirve de eslabón con los derechos humanos y que, como se ha visto, para algunos autores la misma surge a partir de la segunda post guerra. En este sentido, coincidimos con Habermas cuando establece que el origen de la dignidad humana horizontal, relacionada con los derechos del hombre, surge desde los inicios del constitucionalismo moderno, pues el reconocimiento de libertad e igualdad que reivindica el movimiento individualista de finales del siglo XVIII, no puede entenderse sin la idea de la aceptación previa de una dignidad latente en todas las personas.

22 *Ibidem*, p. 16

23 Fernández Segado Francisco, *La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico*, en Teoría y práctica en la aplicación e interpretación del Derecho, Ángeles López Moreno, et. al., Editorial COLEX, Madrid, 1999, p. 37

24 Avendaño González, Luis Eusebio Alberto, et. al., *El principio de dignidad en la Jurisprudencia Constitucional Mexicana*, Foro, Nueva época, vol. 19, num 1 (2016) p. 84

25 Fernández Segado Francisco, Op. Cit., p. 39

En efecto, para Habermas las condiciones históricas cambiantes solo nos han hecho conscientes de algo que ya estaba inscrito desde el inicio de los derechos humanos, esto es, el sustrato normativo de la igual dignidad de cada ser humano.²⁶

No obstante lo anterior, como se ha dicho antes, es indudable que fue a partir de la segunda mitad del siglo XX cuando el concepto de dignidad humana en perspectiva humanista entra en auge, sobre todo mediante su expreso reconocimiento en diversos documentos jurídicos de carácter internacional, que por primera vez utilizan el término dignidad, sustituyendo términos acogidos por las declaraciones del siglo XVIII que hablan de “felicidad”, “igualdad” etc, pero que no expresaban en forma concreta el valor de la dignidad.

Ahora bien, consideramos que lo que determinó el reconocimiento de la dignidad humana como principio rector del discurso de los derechos humanos fue precisamente la vulneración extrema que la misma sufrió durante la guerra, es decir, se presentó lo que Donnelly llama la “paradoja de la posesión”²⁷ de los derechos, entendida como aquella que se presenta cuando un derecho humano que no ha sido reconocido sufre una amenaza o ataque directo que motiva la reacción de la sociedad y del Estado en su pronto reconocimiento y garantía.

Reconocer esta paradoja, es aceptar que en el sustrato de los derechos humanos, están las necesidades esenciales de toda persona y por eso mismo el núcleo sustantivo de la dignidad humana está en la naturaleza misma del ser humano y sus necesidades mínimas que sostienen esa dignidad.

Por ello coincidimos con Becchi cuando expone:

“El hombre no es antes que nada *animal rationale* y ni siquiera *animal morale*, sino “animal con necesidades” y cuanto más capaz es la sociedad de satisfacerlas, tanto más se realiza en ella la dignidad humana. No sólo no existe dignidad humana cuando falta la comida para nutrirse, sino también cuando el ejercicio práctico de las propias capacidades viene frenado por condiciones sociales de explotación. La dignidad es algo que pertenece a todos los hombres, pero es necesario esforzarse para crear las condiciones en las cuales la misma se pueda desplegar efectivamente.”²⁸

Lo anterior ha propiciado a nuestro entender, un debate interesante respecto a la abstracción del concepto de dignidad humana como aquella que poseen todas las personas por el simple hecho de ser “humanos”, o bien la necesidad de garantizar una dignidad humana concreta, relacionada con el reconocimiento de las necesidades físicas y emocionales de cada individuo, de acuerdo a sus circunstancias y al rol que desempeña dentro de la sociedad.

En efecto, diferente será el papel que se le quiera dar a la dignidad humana dependiendo si se le advierte como un valor abstracto de todas las personas, o bien si lo que se pretende es darle materialidad en cada caso concreto donde un individuo se duela de la vulneración de la misma, sobre todo en relación con la violación de un derecho fundamental.

De alguna manera esto es trasladar el concepto de dignidad humana del plano moral o filosófico al plano jurídico, en palabras de Habermas:

“A pesar de su contenido exclusivamente moral, los derechos humanos tienen la forma de derechos subjetivos exigibles que conceden libertades y pretensiones específicas. Han sido diseñados para ser *traducidos en términos concretos* en la legislación democrática; para ser especificados, caso por caso, en las decisiones judiciales, y para *hacerlos valer* en casos de violación. De modo que los derechos humanos se circunscriben de manera precisa sólo en aquella parte de la moral que puede ser traducida al ámbito de la ley coercitiva y transformarse en una realidad política mediante la fórmula robusta de derechos civiles efectivos.”²⁹

26 Habermas Jürgen, Op. Cit., p.7

27 Donnelly Jack, *Derechos Humanos Universales*, Ed. Gernika, México, Segunda Edición, 1998, p. 26

28 Becchi Paolo, Op. Cit., p. 35-36

29 Habermas Jürgen, Op. Cit., p. 11

No obstante lo anterior, Luther refiere que la dignidad puede entenderse como una estructura abstracta inherente a todas las personas o bien relativizarse a casos concretos relacionados con la violación de derechos humanos, sin embargo su papel más que un valor sustantivo deviene en un criterio de interpretación, pues explica que:

“La jurisprudencia constitucional alemana ha hecho un uso poco frecuente –pero no excepcional—de la garantía constitucional de la dignidad humana (<<Menschenwürde>>), recibiendo, por otra parte, una fórmula kantiana propuesta por Günther Düring en virtud de la cual la Constitución prohíbe <<degradar al hombre concreto a objeto, simple instrumento, entidad fungible>>, en definitiva, tratarlo como una cosa o un animal. La dignidad es una cualidad imprescindible, inalienable e irrenunciable del sujeto, pero puede ser violada en su exigencia de respeto (<<Achtungsanspruch>>) y de protección (<<Schutzanspruch>>), exigencia que por otra parte, ha justificado también la configuración de delitos específicos.”³⁰

Por lo anterior, continúa con una referencia a Enders, diciendo:

“Por su propia naturaleza de principio estructural y el reenvío a la anterioridad de la persona con respecto al derecho no puede tratarse de un derecho subjetivo accionable, sino tan sólo de un criterio interpretativo que dirige la interpretación de los derechos fundamentales que se derivan del mismo.”³¹

Es por esto que la garantía constitucional de la dignidad se puede interpretar como un valor absoluto y supremo o como uno concreto y aplicable junto con el resto de los derechos fundamentales cuyos principios imponen, el relativismo.³²

Para Atienza, la noción normativa de la dignidad puede distinguir dos dimensiones. Una, la dignidad en cuanto fundamento último de los derechos y otra, la dignidad que se traduce en derechos fundamentales concretos, como los derechos de la personalidad o las garantías procesales.³³

Ahora bien, al margen de si se considera a la dignidad humana como algo abstracto o bien como un valor concreto relacionado con el reconocimiento y protección de los derechos humanos, lo que consideramos difícil de negar es la conexión de la misma con estos derechos, pues concidimos con Habermas en el hecho de que la idea de la dignidad humana es el eje conceptual que conecta la moral del respeto igualitario de toda persona con el derecho positivo y el proceso de legislación democrático.³⁴

La dignidad humana como valor jurídico-político.

Como hemos visto, existen posiciones encontradas en relación a si se ha de considerar a la dignidad humana como un valor o un derecho humano, a nuestro entender la confusión es similar a la que se presenta entre los valores y los bienes, y en este sentido hay que entender que los bienes equivalen a las cosas valiosas, esto es, a las cosas más el valor que se les ha incorporado³⁵, de manera tal que por ejemplo en el plano constitucional, si bien nadie pone en duda el derecho a la vida, pues se considera que la misma es el bien fundamental por excelencia, podría decirse que ésta es valiosa por la dignidad de todo ser humano, se entiende que es el valor que se incorpora a esa “cosa” llamada vida, lo que es más, hoy en día no basta con reconocer el derecho a la vida, sino que se debe garantizar en medida de lo posible el derecho a la vida “digna”.

Lo anterior no es una distinción superficial, pues de la aceptación de una u otra tesis derivan consecuencias jurídicas importantes, por ejemplo si se considera exclusivamente que la

30 Luther, Jörg, Razonabilidad y Dignidad Humana, Revista de derecho constitucional europeo, 2007, no. 7, p.304-305

31 Ibídem, p. 307

32 Ibídem, p. 309

33 Atienza Manuel, Op. Cit., p. 39

34 Habermas Jürgen, Op. Cit., p. 10

35 Frondizi Risieri, ¿Qué son los valores?, Fondo de Cultura Económica, Tercera edición, México, 1972, p. 15

dignidad humana es un derecho, entonces se concluye que para gozar del mismo se requiere al menos del reconocimiento de una personalidad jurídica que permita al individuo (sea quien sea o lo que sea) ser titular de ese derecho, dejando fuera categorías que a nuestro ver deben ser tratadas con dignidad, como pueden ser el embrión o los restos humanos, según sea el caso del antes o el después ya no de la vida sino de la personalidad jurídica.

Con relación a esto, es que coincidimos con Concepción Delgado en el sentido de que: “Al desconocer la inherente vulnerabilidad de los seres humanos en el proceso histórico de la configuración de los DDHH, éstos adquirieron su forma en el Derecho en términos de “derechos de la persona”, lo que remite a una categoría jurídica, y no como derechos de los seres humanos.”³⁶

En efecto, si se considera la dignidad humana como un valor, podemos reconocer por ejemplo que el embrión humano es un bien (pues es un ente biológico al que la dignidad del género humano le concede valor) independientemente de si el mismo goza o no de personalidad jurídica para ser titular de derechos.

De esta idea es también Bustos Pueche, quien considera que la vida del *naciturus* puede ser protegida si se le considera como un “bien de la personalidad” (en contraste con un derecho de la personalidad, ya que el derecho implica capacidad de goce), protegido por ser un principio general del derecho que la Constitución española reconoce y lo expresa así:

“Mi tesis es la que sigue: El principio general de respeto a la dignidad humana, consagrado en el art. 10.1 de la Constitución, significa, entre otras cosas y por lo que hace al tema que nos ocupa, que la protección o amparo de los bienes de la personalidad se eleva a principio general del Derecho, englobado en aquél, de suerte que ni el legislador puede promulgar normas que lesionen los bienes de la personalidad, ni el juez las que pudieran estar en contradicción con aquél (eficacia vinculante de los principios generales del Derecho).”³⁷

De igual forma, los restos humanos de una persona se pueden considerar como un bien de la personalidad que merecen respeto, en la medida en que son bienes, pues poseen un valor no sólo moral o sentimental para los deudos, sino que debemos de reconocer en ellos la dignidad de nuestra humanidad, con independencia de que no exista nadie que los reclame.

Con estos ejemplos consideramos se ha dejado en claro la importancia de definir la dignidad como un valor o como un derecho, esto independientemente de que se le puedan reconocer ambas calidades.

Sin duda alguna, uno de los ordenamientos actuales en donde es claro que la dignidad humana es un valor constitucional, que pudieramos considerar incluso preestatal, es en Alemania. Esto no sólo por la redacción del artículo 1.1. de la Ley Fundamental, sino por el giro fundamental de la concepción de Estado que se presentó en ese momento fundacional, tal y como expresa Maihofer al comentar el proyecto constitucional del lago Herrenschiem para el artículo 1 de la Ley fundamental, pues nos dice:

“El fin del Estado es sólo el hombre. Y así el Estado es un mero medio para el fin que constituye el hombre. Este fin, por mor del cual existe, de acuerdo con ello, el Estado, se denomina en la frase siguiente *personalidad humana*. Con ello se la sitúa en el centro de todo orden y actividad estatal. (...)”

Al mismo tiempo se dice de esta personalidad humana que le es inherente una *dignidad inviolable*, y se deduce de ello que el *poder público* en todas las manifestaciones está obligado a *respetar y proteger* esta *dignidad humana*.³⁸

36 Delgado Parra Concepción. Op. Cit. p. 165

37 Bustos Pueche, José Enrique, *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 75-76

38 Maihofer, Werner, *Principios de una democracia en libertad*, en Manual de Derecho Constitucional, Benda, Maihofer, et. al., Tr. INTER NATIONES, de Bonn, Marcial Pons, Segunda Edición, Madrid, 2001, p. 278

Desde luego que desde esta perspectiva, la dignidad humana está estrechamente vinculada con los derechos fundamentales, y estos a su vez con la idea de una democracia en libertad, pues el conjunto de derechos humanos por un lado, y los deberes por el otro, deben permitir al ser humano llegar a ser persona, el camino por el cual el ser humano llega a ser persona es lo que nos ofrece indicios acerca de qué es la dignidad humana.³⁹

En este sentido, Rogelio López Sánchez, considera a la dignidad entendida como una categoría dialógica, inclusiva y plural, siempre perfectible, que debe atender a procedimientos discursivos en las sociedades multiculturales.⁴⁰

Precisamente por este tipo de argumentos somos de la idea de que la dignidad humana es un valor y no un derecho como tal, pues los derechos humanos encuentran su fundamentación en la dignidad humana ya que esta última, como se ha visto, es un concepto previo al de los derechos humanos, además de que precisamente al ser un concepto tan abstracto no puede centrarse en un solo derecho, sino que, se reconocerán tantos derechos fundamentales como necesidades de garantizar la dignidad se presenten.

En este sentido consideramos que a la relación entre dignidad y derechos humanos se aplica por analogía la idea de estructura de que habla Frondizi cuando explica:

“A nuestro juicio, la irrealidad del valor debe interpretarse como una cualidad estructural (*Gestaltqualität*). Una estructura no equivale a la suma de las partes, aunque depende de los miembros que la constituyen; tales miembros no son homogéneos. La estructura no es abstracta, como son los conceptos, sino concreta, individual. Una orquesta sinfónica es un claro ejemplo de estructura.”⁴¹

En este sentido podríamos decir que los derechos humanos son como los músicos y la dignidad como la orquesta, y si bien aquellos la integran, esta última los presupone como concepto.

Por otro lado encontramos que a la dignidad también se le aplica otra característica de los valores como lo es la polaridad, es decir, mientras las cosas son lo que son, los valores se presentan desdoblados en un valor positivo y el correspondiente valor negativo. Así a la belleza se opone la fealdad, lo malo a lo bueno, lo injusto a lo justo y desde luego lo indigno a lo digno.

Es por ello que, la dignidad humana siendo un concepto difuso y jurídicamente de “textura abierta” en ocasiones resulta más fácil identificar su desvalor al ubicar acciones o condiciones “indignas” o que atentan contra la dignidad. Precisamente eso es lo que sucede con los derechos humanos y su catálogo progresivo, se presenta la “paradoja de la posesión” cuando encontramos situaciones indignas y en consecuencia actuamos a través del reconocimiento y protección de nuevos derechos.

La dignidad humana en el ordenamiento jurídico mexicano, ¿valor o derecho?

La dignidad humana en la Constitución.

Como se verá a continuación, la norma fundamental mexicana, si bien hace alusión a la dignidad humana, a diferencia de Constituciones como la Alemana o la Española, lo hace de manera secundaria, no tanto como un principio estructural del Estado.

39 Häberle Peter, *El Estado Constitucional*, Tr. Héctor Fix-Fierro, UNAM, México, 2003, p. 169-170

40 López Sánchez Rogelio, *Op. Cit.* p 157

41 Frondizi, Risieri, *op. cit.*, p. 19

1. Artículo primero, párrafo quinto.

“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.”

En este artículo, la Constitución hace referencia a la dignidad humana, precisamene como una cualidad del ser humano que puede ser vulnerada por conductas de discriminación.

Ahora bien, respecto a este artículo, y para comprender mejor todas aquellas conductas que tengan por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas, Miguel Carbonell refiere la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana que sostiene que son potencialmente discriminatorias aquellas diferenciaciones que: 1) se funden en rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no puedan prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; 2) aquellas que afecten a grupos históricamente sometidos a menos precio y prácticas discriminatorias; y 3) aquellas que se funden en criterios que por sí mismos no posibiliten efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes o cargas sociales.⁴²

Consideramos que el uso del término en este precepto se debe entender como un valor que se pretende proteger y no como un derecho, pues esta categoría está contemplada en la parte final del párrafo en comento, cuando hace referencia al menoscabo de “los derechos y libertades”. Además, precisamente una conducta que discrimine a una persona se traduce en un trato “indigno” hacia la misma, por lo que se presenta como un desvalor o antivalor.

2. Artículo 2, apartado A, fracción II.

“Artículo 2o. La Nación Mexicana es única e indivisible.

(...)

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

I...

II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, **la dignidad** e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.”

De nueva cuenta se utiliza el término de dignidad como un valor que junto con la integridad de las mujeres indígenas considera “relevante” proteger, y desde luego no se puede confundir con ningún derecho porque previamente hace alusión a los mismos.

3. Artículo 3, párrafo cuarto.

En relación con el derecho a la educación, la Constitución ordena lo siguiente:

“La educación se basará en el respeto irrestricto de **la dignidad de las personas**, con un enfoque de derechos humanos y de igualdad sustantiva. Tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a todos los derechos, las libertades, la cultura de paz y la conciencia de la solidaridad

⁴² Carbonell Miguel, Dignidad humana, visible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx//index.php/hechosyderechos/article/view/12985/14530>

internacional, en la independencia y en la justicia; promoverá la honestidad, los valores y la mejora continua del proceso de enseñanza aprendizaje.”

4. Artículo 3, fracción II, inciso c.

“II. El criterio que orientará a esa educación se basará en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios.

Además:...

c) Contribuirá a la mejor convivencia humana, a fin de fortalecer el aprecio y respeto por la naturaleza, la diversidad cultural, **la dignidad de la persona**, la integridad de las familias, la convicción del interés general de la sociedad, los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos...”

Como puede observarse, es en el tema de la educación donde la Constitución hace mayor énfasis en promover el respeto de la dignidad de las personas, esto desde la perspectiva de valor, lo que se hace más patente en la redacción del inciso c) anteriormente citado, donde la dignidad aparece en forma conjunta con otros valores constitucionales como la naturaleza, la diversidad constitucional, la familia, la fraternidad etc.

5. Artículo 25, párrafo primero.

Artículo 25. Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución. La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo.

En este artículo encontramos una nota interesante en el tema que nos ocupa, pues no obstante que de la redacción del mismo se aprecia que también se considera a la dignidad como un valor más que un derecho, el mismo es un valor que se concibe por la Constitución no como una simple cualidad pasiva de las personas, sino como un atributo del cual se puede hacer un “ejercicio” activo, pero que el Estado está obligado a generar las condiciones adecuadas para hacer efectivo el mismo.

Ahora bien, aquí se presenta en forma nítida la relación entre dignidad humana y derechos fundamentales, pues tal y como se desprende del texto constitucional, el Estado tiene el deber de ejercer la rectoría del desarrollo nacional, de forma tal que tienda a garantizar las condiciones idóneas para que todas las personas puedan vivir con dignidad y aunque es claro que se refiere sobre todo a la materia económica, bien se puede hacer extensiva dicha obligación absolutamente a todos los aspectos de la vida de las personas.

B) La dignidad humana en la jurisprudencia nacional.

Como vamos a observar, es en el ámbito de la jurisprudencia donde mayor desarrollo ha tenido el concepto de dignidad humana, el cual ha sido definido por los Tribunales de la Federación como el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos.⁴³

43 Tesis: I.5o.C. J/30 (9ª.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro I, Octubre 2011, Tomo 3. Página 1528

No obstante lo anterior, resulta interesante analizar diversas tesis en las que los tribunales federales profundizan sobre la naturaleza de la dignidad humana, así como las implicaciones que la misma proyecta sobre diversos derechos.

Al respecto encontramos lo siguiente:

La dignidad humana como valor o principio fundamental.

En términos generales se puede afirmar que los tribunales federales, y en especial la Suprema Corte de Justicia, entienden a la dignidad humana como un valor fundamental y supremo del ordenamiento mexicano. Lo anterior en razón de los siguientes criterios a considerar:

DIGNIDAD HUMANA. SU NATURALEZA Y CONCEPTO.

La dignidad humana es un valor supremo establecido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud del cual se reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna.”⁴⁴

Es destacable que en esta tesis se reconoce en un primer momento a la dignidad como una “calidad única y excepcional de todo ser humano”, y un segundo momento la obligación del Estado de respetar y protegerla integralmente en forma integral.

DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES.

El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana y que, junto con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México, reconocen el valor superior de la dignidad humana, es decir, que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal. Además, aun cuando estos derechos personálísimos no se enuncian expresamente en la Constitución General de la República, están implícitos en los tratados internacionales suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos derivados del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, pues sólo a través de su pleno respeto podrá hablarse de un ser humano en toda su dignidad.”⁴⁵

De gran riqueza jurídica, el presente criterio, aunque a nuestro juicio incurre en el error de concebir una doble naturaleza a la dignidad humana (valor y derecho fundamental), es de resaltar la importancia de este al expresar abiertamente la naturaleza de principio de expan-

44 Tesis: I.5o.C. J/31 (9^o). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro I, Octubre 2011. Tomo 3. Página 1529

45 Tesis: P.LXV./2009. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXX, Diciembre de 2009. Página 8

sión de los derechos humanos que tiene el concepto de dignidad humana.

En efecto, tal y como establece la Corte, el reconocimiento de la dignidad humana y la obligación del Estado de respetarla y protegerla de forma integral, trae como consecuencia el reconocimiento de “derechos implícitos” que como su nombre lo indica derivan no de normas jurídicas expresas, sino de aquellas derivadas ya sea de la interpretación expansiva de otros derechos, o bien, del reconocimiento de prácticas o condiciones que ponen en peligro la dignidad de las personas (la paradoja de la posesión de Donnelly), es decir, de la identificación del desvalor, de los tratos o condiciones “indignos” podemos inferir nuevos derechos fundamentales.

La dignidad humana como un derecho fundamental superior.

Cabe precisar que los tribunales federales también han considerado que la dignidad humana es un derecho fundamental, sin embargo, le reconocen un carácter superior respecto de los demás derechos, lo cual se insiste, revista más la naturaleza de valor constitucional en relación a la concepción de la misma como derecho humano.

En este sentido son interesantes las siguientes tesis:

DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UN DERECHO FUNDAMENTAL QUE ES LA BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE.

El principio de la dignidad humana, previsto por el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe considerarse como un derecho humano a partir del cual se reconocen: la superioridad de la persona frente a las cosas, la paridad entre las personas, la individualidad del ser humano, su libertad y autodeterminación, la garantía de su existencia material mínima, la posibilidad real y efectiva del derecho de participación en la toma de decisiones, entre otros aspectos, lo cual constituye el fundamento conceptual de la dignidad. Así, la superioridad del derecho fundamental a la dignidad humana se reconoce también en diversos instrumentos internacionales de los que México es Parte, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como la Declaración y Programa de Acción de Viena; de ahí que deba considerarse que aquél es la base de los demás derechos humanos reconocidos constitucional y convencionalmente.”⁴⁶

DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA.

La dignidad humana no se identifica ni se confunde con un precepto meramente moral, sino que se proyecta en nuestro ordenamiento como un bien jurídico circunstancial al ser humano, merecedor de la más amplia protección jurídica, reconocido actualmente en los artículos 1o., último párrafo; 2o., apartado A, fracción II; 3o., fracción II, inciso c); y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, el Pleno de esta Suprema Corte ha sostenido que la dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo

46 Tesis: I.10º.A.1 CS (10º.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 54, Mayo 2018, Tomo III, página 2548

caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad. Así las cosas, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta -en su núcleo más esencial- como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada.”⁴⁷

Dignidad humana y personas jurídicas.

Precisamente por tratarse de una cualidad atribuible en exclusiva a los seres humanos, la dignidad se reconoce como un valor constitucional que protege solo a las personas físicas y no así a las personas jurídicas, ello con independencia de que se puedan reconocer ciertas garantías a esta últimas de acuerdo a su naturaleza. Así lo establece el siguiente criterio:

DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA. ES CONNATURAL A LAS PERSONAS FÍSICAS Y NO A LAS MORALES.

Del proceso legislativo que culminó con la reforma al artículo 1o., de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, se advierte que la intención del Constituyente Permanente de sustituir en su primer párrafo la voz “individuo” por “personas”, es la de utilizar una expresión que no se refiera a un género en particular y abarcar “a todo ser humano titular de iguales derechos y deberes emanados de su común dignidad y en los casos en que ello sea aplicable debe ampliarse a las personas jurídicas.”. Ello evidencia que, por regla general, las personas morales -previstas en el artículo 25 del Código Civil Federal- son titulares de los derechos humanos reconocidos en la propia Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, sin embargo, por su condición de entes abstractos y ficción jurídica, no pueden gozar de ciertos derechos privativos del ser humano, como ocurre con la dignidad humana, que es connatural a toda persona física. Esto, ya que dicho concepto tutela el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos, necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros, los relativos a: la vida, la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal.”⁴⁸

DIGNIDAD HUMANA. LAS PERSONAS MORALES NO GOZAN DE ESE DERECHO.

Si bien el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la tutela de derechos humanos a todas las personas, lo que comprende no sólo a las físicas, consideradas en su calidad de seres humanos, sino también a las jurídicas, ello se circunscribe a los casos en que su condición de entes abstractos y ficción jurídica se los permita, ya que es evidente que no pueden gozar de la totalidad de los derechos privativos del ser humano, como

47 Tesis: 1ª./J. 37/2016 (10ª). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 33, Agosto 2016, Tomo II, página 633

48 Tesis: VI.3ª.A. J/4 (10ª). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 3, página 1408

ocurre con el derecho a la dignidad humana, del que derivan los diversos a la integridad física y psíquica, al honor, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal, que son inherentes al ser humano como tal.⁴⁹

En este sentido lo que no compartimos es que se insista en que la dignidad humana es un derecho del cual derivan otros, como los que se señalan en la tesis comentada, porque, aún y cuando se acepte ese criterio tendríamos que decir que de la dignidad humana no sólo se derivan los bienes y derechos de la personalidad, sino que en términos generales todos o la gran mayoría de los derechos fundamentales, incluyendo derechos de tipo social, verbigracia el derecho al mínimo vital.

En efecto, también los tribunales se han pronunciado en este sentido tal y como a continuación se muestra:

DERECHO AL MÍNIMO VITAL. SU CONTENIDO TRASCIENDE A TODOS LOS ÁMBITOS QUE PREVEAN MEDIDAS ESTATALES QUE PERMITAN RESPETAR LA DIGNIDAD HUMANA.

Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que desde una óptica tributaria, el derecho al mínimo vital tiene fundamento en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como un derecho de los gobernados en lo general, independientemente de la manera en la que obtengan sus ingresos o de la prerrogativa establecida en el artículo 123 constitucional para la clase trabajadora, consistente en que se exceptúa de embargo, compensación o descuento el salario mínimo; pero también reconoce que el derecho al mínimo vital trasciende tanto a la materia fiscal como a la laboral, y abarca un conjunto de medidas estatales de diversa índole (acciones positivas y negativas) que permiten respetar la dignidad humana en las condiciones prescritas por el artículo 25 constitucional, tomando en cuenta que ese derecho no sólo se refiere a un mínimo para la supervivencia económica, sino también para la existencia libre y digna descrita en la parte dogmática de la Constitución Federal, lo cual en términos de su artículo 1o., resulta concordante con los instrumentos internacionales que son fundamento de los derechos humanos reconocidos por la Ley Suprema. En ese sentido, si el derecho al mínimo vital trasciende a lo propiamente tributario y se proyecta sobre la necesidad de que el Estado garantice la disponibilidad de ciertas prestaciones en materia de procura existencial o asistencia vital, éste deberá asumir la tarea de remover los obstáculos de orden económico y social que impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación de todos los ciudadanos en la organización política, económica, cultural y social del país.⁵⁰

Conclusión.

En conclusión, del análisis del concepto de dignidad humana a nuestro entender pueden derivarse varias características a saber:

a) La dignidad humana es consubstancial con el reconocimiento moral, filosófico y jurídico de una determinada identidad del hombre como especie, diferente de cualquier otra criatura conocida que le da un estatus especial, ya sea por una velada o expresa aceptación del origen divino de su creación o bien por haber alcanzado en la escala evolutiva un desarrollo de racionalidad que lo distingue de animales y cosas; por ello, a manera de ejemplo cuando se

49 Tesis: 2ª./J. 73/2017 (10ª). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 43, junio 2017, Tomo II, página 699

50 Tesis: P. VII/2013. (9ª). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I, página 136

habla de la garantía de protección de un trato “digno” para los animales, debemos de entender que esa dignidad no está en el animal, sino en las personas que por ser “rationales” deben conducir su conducta con el debido respeto a la vida y armonía entre todos los seres vivos.

b) La dignidad puede entenderse como un valor abstracto (sustancia o cualidad) inherente a todas las personas en la medida en que pertenecen a la familia humana; esto puede traer el riesgo de “vaciar” de contenido efectivo al concepto de dignidad, sobre todo si se queda en el ámbito de las ideas y del discurso, sin que se materialice en la vida cotidiana del hombre sobre todo a través de su defensa jurídica.

c) Por otro lado, la dignidad puede ser entendida de un modo concreto referente no a la generalidad de las personas sino al individuo que se ve vulnerado en la misma y que exige su reivindicación frente al Estado o bien frente terceros, por vías jurídicas, especialmente jurisdiccionales. En particular esta concepción es la que nos interesa pues partimos de la idea ya no de la dignidad como concepto jurídico indeterminado, sino de la dignidad de un sujeto que vive en condiciones específicas, que sufre una determinada enfermedad o que ve vulnerada su salud ya sea actos y omisiones tanto del propio Estado como de los particulares.

d) Independientemente de que se entienda la dignidad como un valor o derecho, la idea misma de dignidad se encuentra ligada de manera inseparable al concepto de derechos fundamentales, ya sea que se entienda como la estructura que subyace a los mismos o como un derecho fundamental “superior”, lo importante es que este concepto de textura abierta, se vaya concretizando mediante el reconocimiento de derechos humanos que se le derivan, tanto en forma explícita como implícita, tal y como lo han venido haciendo los tribunales mexicanos.

Fuentes de Información.

- ATIENZA, Manuel, *Sobre el concepto de dignidad humana*, Editorial Trotta, Madrid, 2022
- AVENDAÑO GONZALEZ, Luis Eusebio Alberto, et. al., *El principio de dignidad en la Jurisprudencia Constitucional Mexicana*, Foro, Nueva época, vol. 19, num 1 (2016)
- BECCHI Paolo, *El principio de la dignidad humana*, Editorial FONTAMARA, México, 2012
- BENDA, Ernesto, *Dignidad humana y derechos de la personalidad*, en Manual de Derecho Constitucional, Benda, Maihofer, et. al., Tr. INTER NATIONES, de Bonn, Marcial Pons, Segunda Edición, Madrid, 2001
- BUSTOS PUECHE, José Enrique, *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 1997
- CARBONELL Miguel, *Dignidad humana*, visible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechosyderechos/article/view/12985/14530>
- DELGADO PARRA Concepción. “Perplejidades de la dignidad humana en el marco de los Derechos Humanos.” *Praxis Filosófica*, vol. , no. 50, 2020
- DONNELLY Jack, *Derechos Humanos Universales*, Ed. Gernika, México, Segunda Edición, 1998
- FERANDEZ SEGADO Francisco, *La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico*, en Teoría y práctica en la aplicación e interpretación del Derecho, Ángeles López Moreno, et. al., Editorial COLEX, Madrid, 1999
- FRONDISI Risieri, *¿Qué son los valores?*, Fondo de Cultura Económica, Tercera edición, México, 1972
- GARCÍA TOMA, Víctor. La dignidad humana y los derechos fundamentales. Revista:

Derecho & Sociedad, No. 51, Octubre 2018

- HÄBERLE Peter, *El Estado Constitucional*, Tr. Héctor Fix-Fierro, UNAM, México, 2003
- HABERMAS, Jürgen. El concepto de dignidad y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia*, México, v. 55, n. 64
- ILLIE, Antonio Pele. Una aproximación al concepto de dignidad humana. *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, 2004, no. 1
- LUTHER, Jörg, Razonabilidad y Dignidad Humana, *Revista de derecho constitucional europeo*, 2007, no. 7
- LOPEZ SANCHEZ Rogelio, *La dignidad humana en México: Su contenido esencial a partir de la Jurisprudencia Alemana y Española*, visible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/issue/archive>
- MAIHOFFER, Werner, *Principios de una democracia en libertad*, en *Manual de Derecho Constitucional*, Benda, Maihofer, et. al., Tr. INTER NATIONES, de Bonn, Marcial Pons, Segunda Edición, Madrid, 2001
- PECES-BARBA MARTÍNEZ Gregorio, Reflexiones sobre la evolución histórica y el concepto de dignidad humana, consultable en: <https://core.ac.uk/download/pdf/30043286.pdf>
- SPAEMANN Robert, *Sobre el concepto de dignidad humana*, visible en: https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/12656/1/PD_19_01.pdf
- Tesis: I.5o.C. J/30 (9ª). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro I, Octubre 2011, Tomo 3
- Tesis: I.5o.C. J/31 (9ª). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro I, Octubre 2011. Tomo 3
- Tesis: PLXV./2009. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXX, Diciembre de 2009.
- Tesis: I.10º.A.1 CS (10ª). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 54, Mayo 2018, Tomo III
- Tesis: 1ª./J. 37/2016 (10ª). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 33, Agosto 2016, Tomo II
- Tesis: VI.3º.A. J/4 (10ª). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 3
- Tesis: 2ª./J. 73/2017 (10ª). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 43, junio 2017, Tomo II
- Tesis: P. VII/2013. (9ª). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I

VICTIMOLOGÍA Y DERECHO VICTIMAL*

VICTIMOLOGY AND VICTIM LAW

Erick Gómez Tagle López**

* Artículo de investigación postulado el 23/01/2023 y aceptado para publicación el 01/07/2023

** Profesor Investigador en la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
erick.gomeztagle@correo.buap.mx, <https://orcid.org/0000-0003-1305-5513>

RESUMEN

Con el paso de las décadas la Victimología se ha independizado, paulatinamente, de la Criminología, sin dejar de lado el trabajo en conjunto que, a menudo, es necesario que realicen. Una de sus finalidades es proteger los derechos de las víctimas y coadyuvar a la reparación del daño. Al respecto, este trabajo presenta las bases de la Victimología, sus conceptos fundamentales y la forma en la que se ha institucionalizado en el ámbito jurídico, así como demuestra la importancia de fortalecer esta área de trabajo y de investigación, buscando no sólo mejorar la atención a las víctimas y ofendidos, sino la prevención de los procesos de victimización. En su desarrollo se analizan documentos históricos y normativos, destacando la importancia actual del Derecho Victimal en los contextos nacional e internacional. Se concluye señalando su utilidad para abogados, criminólogos e interesados en la justicia restaurativa.

PALABRAS CLAVES

Acceso a la justicia, derechos humanos, derecho victimal, reparación integral del daño.

SUMARIO

Introducción.
¿Qué es la Victimología y para qué sirve?
Marco jurídico internacional.
Derecho Victimal en el contexto nacional.
Conclusiones.
Referencias.

ABSTRACT

As decades pass by, victimology has gradually become independent from criminology, but without conjoined work left behind among them that raises the need for some aspects to be worked out. The main goal is to protect the victims' rights and to assist in the repair of damage. This research work presents fundamental concepts of victimology, and the way it has been institutionalized in the legal aspect. It also shows the importance to strengthen the ways of investigating in this area of work. This will improve the attention given to victims. It will prevent the victimization process. In the historical back ground, normative documents are analyzed, stressing the current importance of victim law in both the national and international contexts. It concludes that is of great, it stresses the usefulness for lawyers, criminologists, and all others interested in restorative justice.

KEYWORDS

Access to Justice, Human Rights, Victim Law, Integral Repair of Damage.

Introducción

La Victimología es una ciencia en formación, con antecedentes formales a partir de la cuarta década del siglo XX (con autores como Benjamin Mendelsohn, Fredric Wertham, Hans von Hentig, Marvin Eugene Wolfgang, Luis Jiménez de Asúa, Ezzat Abdel Fattah, entre otros),¹ ocupada, por una parte, del análisis de las tipologías victimales, de sus causas y modalidades; por la otra, del acompañamiento y protección de las víctimas y ofendidos, busca que superen positivamente, en el menor tiempo posible, los hechos que los han colocado en esa condición, para lo cual se apoya en el trabajo interdisciplinario, dependiendo de las afectaciones o daños, los requerimientos particulares y el marco legal vigente.

Por sus alcances tiene estrecha relación con el Derecho, la Medicina, la Psicología y el Trabajo Social, pero es con la Criminología con la que mantiene mayores vínculos, en gran parte debido a que esta última busca prevenir, explicar y controlar los crímenes —también llamados conductas antisociales—, pero no puede hacerlo sin comprender las interacciones entre víctima y victimario, esto es, la dinámica entre el receptor y el emisor/generador de la violencia, la cual puede durar segundos o años, como un tocamiento sexual o violencia familiar, respectivamente.

Por supuesto que la cuestión no es sencilla. No es lo mismo la *violencia-agresión*, descrita como la relación entre individuos con similares condiciones de poder (fuerza, recursos), cuya intención es perjudicar al otro y no dejarse someter, que la *violencia-castigo*, entendida como la relación entre quienes mantienen desiguales condiciones de poder, de ahí que, pudiendo o no haber resistencia, se basa en el sometimiento de una de las partes.

En sentido similar, varía radicalmente la dinámica dependiendo del tipo de violencia ejercida (económica, física, patrimonial, psicológica, sexual), así como de los ámbitos y posibles vínculos que mantengan entre sí por cuestiones afectivas, educativas, familiares, laborales, políticas. Aspectos que analizaremos en el presente escrito, buscando argumentar la importancia de la Victimología y del Derecho Victimal, particularmente en las ciencias penales.

¿Qué es la Victimología y para qué sirve?

Para fines de nuestra exposición, entendemos por *víctima* a la persona física o moral que, directa o indirectamente, resiente la afectación de algún bien, interés o derecho, sean de carácter individual o colectivo. De algún modo es vulnerada en el bien jurídico tutelado de la que es titular o padece un daño (*vgr.* lesiones, pérdida financiera, sufrimiento emocional) por causa propia, ajena o fortuita.

Cabe mencionar que, en el caso de las víctimas que refiere este artículo, se destaca a las que han sufrido directamente un daño con motivo de la comisión de un ilícito penal (*víctimas de delitos*), aunque también existen las que sufren abuso de poder y las que lo son por causas ajenas al quehacer humano (desastres naturales). Por su parte, cuando hablamos de *victimario* nos referimos al autor o partícipe de un hecho victimizante; legalmente es quien ejecuta o permite la acción que trae como consecuencia la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídicamente tutelado, sobre el cual no tiene derecho.

Por ende, más allá de la distinción jurídica que a veces se hace respecto del ofendido —de lo cual nos ocuparemos más adelante— dentro del modelo de justicia restaurativa toda víctima tiene derecho a la verdad, la justicia, la reparación del daño y la no repetición, buscando

1 Véase Rodríguez Manzanera, Luis, *Pioneros de la Victimología*, Editorial Porrúa, México, 2019.

la recuperación de su proyecto de vida. Con lo anterior queda claro que hay víctimas del delito, pero que también existen las que lo son a causa de conductas disruptivas, faltas administrativas, actos de negligencia, enfermedades, accidentes, guerras, ataques de animales, desastres naturales o cuestiones estructurales como la exclusión social y la pobreza generalizada.

La diversidad de sus causas, modalidades, actores, dinámicas y consecuencias hacen enormemente complejo el estudio de los procesos de victimización, tomando en cuenta los factores biopsicosociales que los explican, algunos de los cuales son exógenos y otros endógenos. Una persona, como se sabe, puede sufrir por parásitos y demás fauna microscópica, lo mismo que por un ataque en un conflicto armado, cuyas dimensiones pueden ser devastadoras para millones de seres humanos, como en la Primera y Segunda Guerras Mundiales; más recientemente, la ofensiva militar de Rusia en Ucrania, iniciada en febrero de 2022.

La *zoonosis*, esto es, las enfermedades transmisibles comunes a personas y animales —o entre animales humanos y no humanos— causan diariamente una extensa morbilidad, discapacidad y mortalidad en las poblaciones más vulnerables,² lo que significa que la Victimología puede y debe ocuparse de situaciones micro, tal como lo hemos descrito, pero también de situaciones macro, como el calentamiento global, la pérdida de biodiversidad en el planeta, los desplazamientos forzados o los crímenes de *lesa humanidad*.

Para fines didácticos podemos decir que, así como el Derecho Penal estudia al individuo (delincuente), la conducta (delito) y la generalidad (delincuencia), lo mismo hacen la Criminología (criminal, crimen, criminalidad) y la Victimología (víctima, victimización, victimidad). Término, el de *victimidad*, que en el plano primordial biopsicológico es el potencial, receptividad y predisposición victimales; en cuanto al plano sociológico —que por ahora queremos destacar— es el índice de actos victimales y número de víctimas (primarias y secundarias) presentadas en una sociedad, en un tiempo y espacio determinados.

Con esto afirmamos, siguiendo esta línea argumentativa, que la *Victimología* es el estudio científico de las víctimas a partir de su clasificación y categorías; de la determinación de su participación en los hechos que le configuran esa calidad; del establecimiento, cuando así procede, de la relación sociedad-victimario-víctima; de su diagnóstico, tratamiento, protección y empoderamiento; así como de la elaboración de medidas de prevención victimal, generales y especiales.

Lo anterior significa que, por definición, es pragmática, pues es una ciencia fáctica tanto como teórica. Sus aportes a la Criminología y a la Psicología son evidentes al generar explicaciones comprensivas sobre qué aportan las personas y los grupos a los procesos de victimización de los que son objeto, consciente o inconscientemente. Dentro del ámbito legal existe una disciplina jurídica llamada Derecho Victimal, enfocada a la determinación, valoración y ejercicio de sus derechos sustantivos y adjetivos.

Marco jurídico internacional

La *Carta de la Organización de los Estados Americanos*, suscrita en Bogotá en 1948 y reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992 y por el Protocolo de Managua en 1993, es un instrumento clave para entender el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

² Persona o grupo cuyas características o circunstancias biopsicosociales los convierten en víctimas potenciales, proclives o convencionales (actores victimógenos).

“Artículo 45

Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos:

- a) Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica [...].³

Bienestar, desarrollo integral, dignidad, igualdad, justicia, libertad, paz y seguridad, son aspectos fundamentales para reducir posibles condiciones de vulnerabilidad, prevenir procesos de victimización y generar calidad de vida. Paradigma del desarrollo humano sustentable, anclado en la cooperación de los países y pueblos, el cual busca ampliar la distribución de los beneficios (derechos, libertades, oportunidades) a la mayor parte de la población, protegiendo al mismo tiempo los entornos cultural y ecológico.

“Artículo 47

Los Estados miembros darán importancia primordial, dentro de sus planes de desarrollo, al estímulo de la educación, la ciencia, la tecnología y la cultura orientadas hacia el mejoramiento integral de la persona humana y como fundamento de la democracia, la justicia social y el progreso.”

Vocablo, el de *justicia*, por el que entendemos dar a cada quien lo que le corresponde o pertenece, con apego al derecho y la razón, pero tomando en cuenta la equidad como un principio ético-moral que guía la toma de decisiones. Algunos autores, como Martínez Rodríguez y Prado Zuluaga, consideran a la justicia como la virtud principal de los seres humanos: “Ser justo es ser capaz de resolver el conflicto con dignidad, equidad y prudencia para que ninguna de las partes que han entrado en confrontación salga afectada.”⁴

Dependiendo del enfoque teórico, las circunstancias y la finalidad, se habla así, por ejemplo, de la justicia alternativa, ambiental, distributiva, punitiva, restaurativa, social, terapéutica, transicional, vindicativa, etcétera. En todo caso, se busca prevenir, atender y remediar los procesos de victimización y de revictimización que, lamentablemente, sufren las personas, sea por causas humanas, naturales o mixtas.

Al respecto, la *justicia restaurativa* tiene como objetivo la reparación integral del daño causado a la víctima, colocando mayor énfasis a esto que al castigo del infractor o victimario. Para lograrlo el sujeto activo debe comprender las secuelas de su acción, asumir su responsabilidad como perpetrador del acto reproble (falta, delito) y comprometerse a reparar los daños causados.

En cuanto a la *justicia social* de la que habla la *Carta de la OEA*, se refiere a la distribución equitativa de los beneficios del desarrollo, en cuanto a bienes, servicios y empleo. Es un principio rector que promueve la atención de las necesidades de la gente, el ejercicio de sus derechos, la integración al desarrollo de los grupos socialmente en desventaja y la superación de las condiciones de marginación existentes en regiones empobrecidas. Idealmente, es el estado de cosas en el cual nadie carece de lo indispensable, son respetados los derechos básicos, existe el principio de solidaridad, se busca el desarrollo humano y la población vive con dignidad.

3 http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp [consultada: 13 de octubre de 2021].

4 Martínez Rodríguez, Luis Alejandro; Prado Zuluaga, Dayan Andrea, “Justicia y conflicto infantil”, *Via inveniendi et iudicandi*, volumen 14, número 1, enero-junio 2019, p. 196. [Consultada: 4 de enero de 2023]. Disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/5602/560259742008/560259742008.pdf>

Otro instrumento de la mayor relevancia política, jurídica, histórica y social es la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, la cual ha sido multicitada en gran cantidad de documentos jurídicos nacionales e internacionales. Al respecto, la dignidad, la igualdad, la justicia, la libertad y la paz son los ejes rectores que guían su contenido, buscando evitar hechos nocivos y situaciones trágicas como la tiranía, la opresión y, en general, todo acto de barbarie que menosprecie o ultraje los derechos humanos.

“Artículo 7

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”

“Artículo 8

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.”⁵

Todo individuo tiene derecho a la protección legal y a la justicia, independientemente de su calidad como imputado, víctima u ofendido, lo que implica el esclarecimiento de los hechos (derecho a la verdad) y, en su caso, a la reparación del daño. Al respecto, la *clínica victimológica* podría ser de utilidad, puesto que se encarga del estudio, diagnóstico, pronóstico, tratamiento y reparación del daño de víctimas y ofendidos, sea de crímenes, delitos, abuso de poder, violación de derechos humanos u otras conductas dañinas. Lamentablemente su consolidación teórica y pragmática es aún limitada, por lo cual es necesario seguir trabajando en ella, logrando la participación de profesionales de diferentes ciencias, entre las que destacan Derecho, Medicina, Psicología y Trabajo Social.

“Artículo 25

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios [...]”.

En sentido más amplio, mujeres y hombres de todas las edades tenemos derecho a una vida digna mediante el acceso a los satisfactores que nos aseguren salud, bienestar, autorrealización y felicidad. Vocablos que expresan el estado de bienestar físico, psicológico, espiritual y social del ser humano, caracterizado médicamente por la ausencia de enfermedad, lo cual permite el ejercicio óptimo de las funciones. Hablar de bienestar no resulta una tarea sencilla; si bien suele relacionarse con factores médicos y psicológicos, también influyen aspectos sociales, culturales y económicos:

“Pese a que los seres humanos, desde su origen, han desarrollado conductas que van en la búsqueda tanto del bienestar individual como del colectivo, el significado como las causas y las consecuencias de «estar o sentirse bien» han ido variando en virtud del desarrollo sociohistórico y de la misma evolución humana, y ya, desde hace un par de décadas, se han hecho importantes y concretos esfuerzos por estudiar y desarrollar el bienestar (Muratori & Bobowik, 2015).”⁶

5 <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights> [consultada: 13 de octubre de 2021].

6 Gutiérrez Carmona, Andrés y Arzúa M. Alfonso, “¿Los valores culturales afectan el bienestar humano? Evidencias desde los reportes de investigación”. *Universitas Psychologica*, Colombia, volumen 18, número 1, 2019, p. 2. [Consultada: 4 de enero de 2023]. DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.upsy18-1.vcab>

La Victimología, como se aprecia, no se limita a proteger a quienes han sido dañados o puestos en riesgo por la comisión de algún delito (víctimas directas, indirectas y potenciales), sino que su labor es más amplia, buscando prevenir antes que remediar, así como generar las condiciones personales, familiares, comunitarias, institucionales y sociales que posibiliten vivir en paz, con justicia y dignidad.

¿El derecho al desarrollo social, asistencial y humanitario es lo mismo que la ciencia antes descrita? No. Son cuestiones distintas, aunque complementarias. La Victimología es una ciencia fáctica, por lo cual analiza y explica, pero también acompaña, de manera integral, a quienes se encuentran en condiciones, contextos o situaciones de abandono, desprotección, riesgo, violencia o vulnerabilidad, para lo cual se apoya en todo el andamiaje institucional posible, destacando el jurídico, pero también incluye los aspectos administrativos, económicos y políticos.

Al respecto, otro instrumento que debemos citar es la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, por lo cual también se le conoce como *Pacto de San José*. Mediante ella se impulsan la democracia, la justicia social y las libertades, buscando crear las condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, lejos del temor y la miseria.

“Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.”⁷

La libertad es un bien jurídico de la mayor importancia, incluyendo lo referente al pensamiento y la expresión de las ideas, siempre y cuando no afecte o ponga en riesgo la moral pública (con lo polémico que esta expresión pueda ser), el orden público, la reputación de los demás, la salud pública y la seguridad nacional: “la libertad del hombre no puede ser ilimitada debido a las normas que rigen nuestra sociedad y porque el hecho de que existan

⁷ https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm [consultada: 13 de octubre de 2021].

más hombres libres lo impide.”⁸ También se protege a la niñez y a la adolescencia (el texto dice “infancia”, pero se considera en desuso), permitiendo la censura en este caso, así como cuando se haga apología del odio, incitando a la violencia o a cualquier acción ilegal.

Otro instrumento internacional estrechamente relacionado con nuestro tema es la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985, la cual tiene como principios el acceso a la justicia, el trato justo, el resarcimiento del daño, la indemnización y la asistencia (material, médica, psicológica, social).

“1. Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.”⁹

Definición sobre las *víctimas de delitos* que, como su nombre lo indica, han sido afectadas por un hecho ilícito, atendiendo a la legislación penal vigente, teniendo como consecuencias negativas: daños, lesiones y/o sufrimiento, así como la pérdida o menoscabo de libertades, derechos y recursos. Lo anterior, recordando que delito es toda conducta típica, antijurídica, culpable y punible.

“18. Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos.”

La definición de *víctimas del abuso de poder* es interesante, pues, aunque la condición victimal coincide con la antes citada, se precisa que las acciones u omisiones dañinas no constituyen violaciones del derecho penal nacional, pero sí del derecho internacional de los derechos humanos, lo que representa un gran avance en términos de la protección de la dignidad. Más aún, al proscribir los graves abusos de poder, sean de índole político o económico, se establecen límites a las autoridades y funcionarios del Estado.

Al respecto, afirmamos que los *derechos humanos* se deben promover, respetar, proteger y garantizar, mientras que las *violaciones de derechos humanos* se deben prevenir, denunciar, investigar y reparar. Cuestión integral del mayor interés para la Victimología, puesto que uno de los objetivos de esta ciencia es lograr que las personas vivan en paz, con justicia, libertad y dignidad, lejos de las situaciones y condiciones que les hacen daño. Además, al hablar de derechos humanos, deben considerarse los derechos civiles y políticos (primera generación); sociales, económicos y culturales (segunda generación); los de los pueblos, la solidaridad y el medio ambiente (tercera generación); el acceso a la información, la seguridad digital y las nuevas tecnologías (cuarta generación).

El abuso de poder pone en riesgo, afecta o daña gravemente aspectos importantísimos como la igualdad, la integridad personal, la libertad, la personalidad jurídica y la vida, pero también lo hace con otros tantos derechos que posibilitan la calidad de vida y el ejercicio

8 García de Yeguez, Marisol, “La libertad”. Salus, Venezuela, volumen 23, número 1, 2019, p. 3. [Consultada: 4 de enero de 2023]. Disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/3759/375967492001/375967492001.pdf>

9 <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/victimsofcrimeandabuseofpower.aspx> [consultada: 17 de octubre de 2021].

pleno de la ciudadanía: alimentación, cultura, desarrollo, descanso, educación, justicia, paz, salud, seguridad (pública, social), trabajo, vivienda, entre otros.

La Victimología, en conjunto con otras ciencias, rechaza la violencia y previene los conflictos, atendiendo sus causas para solucionar los problemas mediante el diálogo y la negociación entre las personas, los grupos y las naciones. Por su parte, la *Victimología Forense* alude al estudio científico de las víctimas, los ofendidos y los procesos de su victimización, con el fin de presentar las conclusiones ante instancias judiciales, probando hechos, en un sentido u otro, que son cuestionables y que han sido objeto del análisis del perito. Su participación es fundamental, entre otros aspectos, para determinar el grado de afectación y la reparación del daño cuando sea procedente.

La *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder* también señala lo siguiente:

“2. Podrá considerarse “víctima” a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión “víctima” se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.”

Con esto, las víctimas indirectas y secundarias también son consideradas, incluyendo las que pueden llegar a serlo por la relación que tengan con la víctima directa, tales como familiares, testigos y prestadores de servicios (personal de policía, de justicia, de salud, entre otros), particularmente cuando la asisten o intervienen para prevenir, atenuar o frenar los hechos dañinos que la colocan en esa condición, evitando actos de intimidación y de represalia.

Por tanto, la Victimología, en un sentido amplio, no se enfoca exclusivamente en las víctimas del delito y del abuso de poder, aun cuando sea lo principal de su labor científica y práctica, sino que coadyuva, junto con muchas otras áreas del saber, para lograr la igualdad en las esferas política, económica, social y cultural, como lo es el acceso a la justicia.

“21. Los Estados revisarán periódicamente la legislación y la práctica vigentes para asegurar su adaptación a las circunstancias cambiantes, promulgarán y aplicarán, en su caso, leyes por las cuales se prohíban los actos que constituyan graves abusos de poder político o económico y se fomenten medidas y mecanismos para prevenir esos actos, y establecerán derechos y recursos adecuados para las víctimas de tales actos, facilitándoles su ejercicio.”

Los Estados adquieren compromisos mediante la adhesión y ratificación de tratados multilaterales, pero también mediante las mejoras y adiciones a su legislación nacional, incorporando normas que proscriban los abusos de poder, sancionen las conductas delictivas en todas sus modalidades y establezcan derechos para las víctimas y ofendidos, garantizándoles la ayuda apropiada, rápida, diferencial y especializada que necesitan.

En México, por ejemplo, la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas publicó en 2015 el *Modelo Integral de Atención a Víctimas*, el cual refiere la asesoría, asistencia, atención, ayuda, orientación, protección y reparación que requieren, principalmente brindada por profesionales de las áreas del Derecho, Medicina, Psicología y Trabajo Social.

Derecho Victimal en el contexto nacional

La Victimología es una ciencia pragmática, pues vincula la teoría con la práctica, buscando lograr explicaciones comprensivas de los procesos de victimización (causas, modalidades, dinámicas, actores, consecuencias), al mismo tiempo que interviene en casos reales, auxiliando a las víctimas en lo que respecta al ejercicio y restitución de sus derechos, como el acceso a la justicia, la reparación integral y la garantía de no repetición. Su labor exige, por ende, un adecuado marco jurídico que establezca, con claridad, las prerrogativas a favor de las víctimas y ofendidos, no sólo de ilícitos penales, sino de cualquier conducta contraria a derecho.

Al respecto, la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* incluye la voz “víctima” en los artículos 16, 19, 20 y 73, mientras que la de “ofendido” únicamente en los artículos 16 y 20. Al respecto, se invita a los lectores a su consulta completa. En nuestro caso, para fines de la exposición, nos limitaremos a citar sólo el siguiente:

“Artículo 20.

[...]

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley.

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa. El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todos los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;

VI. Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, y

VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.”¹⁰

Los derechos que nuestra Carta Magna establece para quien tiene la condición de víctima u ofendido son: coadyuvar con el Ministerio Público, impugnar omisiones y resoluciones, interponer recursos, intervenir en el juicio, a la protección, recibir asesoría jurídica y atención de urgencia (médica y psicológica); reparación del daño, resguardo de su identidad, restitución de derechos y a ser informado del desarrollo del procedimiento penal, así como de cualquier aspecto constitucional que le favorezca.

10 <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf> [consultada: 3 de enero de 2023].

¿Entonces son lo mismo víctima y ofendido? La respuesta es objeto de debate, pues los tratadistas no están de acuerdo. “[El Código Nacional de Procedimientos Penales] establece el capítulo II (artículos del 108 al 111) relativo a la víctima u ofendido; en este hace una diferencia entre la víctima, que es el sujeto pasivo del delito —que es la persona que sufre directamente las consecuencias de la conducta delictiva—, y el ofendido, que es la persona física o moral titular del bien jurídico afectado.”¹¹

Para nosotros, la primera es quien resiente el daño, mientras que el segundo es quien es afectado en el bien jurídico tutelado del cual es titular. Para comprenderlo mejor, supongamos que una persona experimenta un robo con violencia, por ejemplo, de un reloj. Si tenía la posesión, pero no la propiedad, es víctima por la afectación a su integridad física y psicoemocional. Si también es el propietario del bien en cuestión, entonces adquiere simultáneamente la condición de ofendido. En ambos casos, más allá de las distinciones conceptuales, resienten la afectación de algún bien, interés o derecho, como la salud y la propiedad privada.

Analicemos ahora otro documento importante: la *Ley General de Víctimas*. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 2013 es de observancia en todo el territorio nacional, por lo que obliga, en sus respectivas competencias, a las autoridades de todos los ámbitos de gobierno a brindar protección, ayuda, asistencia y reparación integral a las víctimas, en especial atención inmediata en materias de salud, educación y asistencia social.

“Artículo 1

[...]

La reparación integral comprende las medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. Cada una de estas medidas será implementada a favor de la víctima teniendo en cuenta la gravedad y magnitud del hecho victimizante cometido o la gravedad y magnitud de la violación de sus derechos, así como las circunstancias y características del hecho victimizante.”¹²

En una búsqueda rápida esta ley menciona únicamente dos veces la palabra “ofendido”, mientras que “víctima” aparece en cientos de ocasiones. Al respecto, cabe preguntarse por qué lo decidió así el Poder Legislativo. Para no entrar en detalles, más allá de lo que antes señalamos, podemos acordar enfocarnos en las víctimas, entendiendo por éstas a quienes son afectadas por delitos, la transgresión de derechos, violaciones de derechos humanos o cualquier hecho victimizante que les genere un daño, sea por causa ajena, propia o fortuita. Al respecto, el artículo 4 de la ley en comento define lo que son víctimas directas, indirectas y potenciales, tanto individuales como colectivas (grupos, comunidades, organizaciones sociales).

“Artículo 4. Se denominarán víctimas directas aquellas personas físicas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte. [...]”

11 Santacruz Fernández, Roberto y Santacruz Morales, David, “El nuevo rol de la víctima en el sistema penal acusatorio en México”. *Revista de Derecho* (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho), Montevideo, número 17, julio 2018, p. 103. [Consultada: 4 de enero de 2023]. Disponible en: <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rd/n17/2393-6193-rd-17-85.pdf>

12 <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGV.pdf> [consultada: 3 de enero de 2023].

Sufrimiento, daño, menoscabo, puesta en peligro, lesión, violación de derechos humanos y afectación de derechos, intereses o bienes, son algunas de las expresiones empleadas cuando se busca acreditar y reconocer la calidad de víctima, por lo que fácilmente puede apreciarse la amplitud de lo que esto significa, desde ser objeto de violencia por un particular hasta serlo de una arbitrariedad por parte del Estado. En todo caso lo que se busca es hacer efectivos derechos importantes como los siguientes: asistencia, atención, debida diligencia, justicia, protección, reparación integral y verdad.

Mediante los delitos y las violaciones de derechos humanos se afectan bienes relevantes como la dignidad, la libertad, la seguridad, el bienestar y la intimidad, por lo que las autoridades, conjuntamente con la ciudadanía, debemos trabajar a favor de su restitución y protección, evitando prácticas dañinas como la *victimización secundaria* (conductas y procedimientos que agravan su condición o la exponen a sufrir nuevos daños), lamentablemente comunes en muchos lugares, dominados por la corrupción, la impunidad, la ineptitud y la violencia.

Esta ley es amplia, por lo que su revisión completa rebasa por mucho los objetivos de este trabajo, pero cabe apuntar que, pese su contenido y calidad, llama la atención que no mencione a la Victimología, al Derecho Victimal ni al profesional de esta área: el victimólogo, limitándose a aludir, en un transitorio, a los abogados victimales, aunque obvio sí lo hace—incluso en exceso—en cuanto a la figura del asesor jurídico. Cuestiones que justifican, en parte, el presente trabajo.

Por último, destaquemos algunas cuestiones del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, el cual es de observancia general en toda la República Mexicana por los delitos que sean competencia de los órganos jurisdiccionales federales y locales, cuyo objeto es establecer las normas que han de observarse en la investigación, el procesamiento y la sanción de los delitos.

“Artículo 17. Derecho a una defensa y asesoría jurídica adecuada e inmediata

[...]

La víctima u ofendido tendrá derecho a contar con un Asesor jurídico gratuito en cualquier etapa del procedimiento, en los términos de la legislación aplicable.”¹³

Al respecto, el artículo 110 habla de la designación del asesor jurídico, quien debe ser licenciado en Derecho o abogado titulado, cuya intervención será para orientar, asesorar o intervenir legalmente en el procedimiento penal en representación de la víctima u ofendido. Esto es correcto, pero más allá de su cédula profesional no se exige que posea conocimientos especializados en Victimología, Derecho Victimal ni derechos humanos. Lo anterior aun cuando se sabe que cualquier acto realizado con violación de derechos humanos será nulo y no podrá ser saneado, ni convalidado. En todo caso, lo que sí se espera es una asesoría eficiente.

“Artículo 57

[...]

Si el Asesor jurídico de la víctima u ofendido abandona su asesoría, o ésta es deficiente, el Órgano jurisdiccional le informará a la víctima u ofendido su derecho a nombrar a otro Asesor jurídico. Si la víctima u ofendido no quiere o no puede nombrar un Asesor jurídico, el Órgano jurisdiccional lo informará a la instancia correspondiente para efecto de que se designe a otro, y en caso de ausencia, y de manera excepcional, lo representará el Ministerio Público. [...]”

13 www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP.pdf [consultada: 17 de octubre de 2021].

Lo que se busca es una manifiesta y sistemática capacidad técnica (como en el caso del defensor) con el fin de que le asista y represente debidamente. Para ahondar en esto, recomendamos a los lectores revisar con detalle los artículos 109 (Derechos de la víctima u ofendido) y 138 (Providencias precautorias para la restitución de derechos de la víctima). Además de ser tratada con respeto y dignidad, puede solicitar medidas de protección, providencias precautorias y medidas cautelares, con el fin de estar a salvo de intimidaciones y represalias.

Conclusiones

Para fortalecer el desarrollo e impacto de la ciencia victimológica, es necesario ampliar sus bases teóricas, legales, metodológicas y conceptuales, no limitándola a ser una disciplina auxiliar de la Criminología o del Derecho, pues su campo de actuación es más amplio. Para lograrlo las universidades y las instituciones del Estado deben hacer los trámites y gestiones correspondientes para que exista como licenciatura independiente, enfocada en el estudio, análisis, clasificación, prevención, atención, protección, recuperación y reintegración social de quienes han experimentado hechos victimizantes, sea por causas ajenas, propias o fortuitas.

Daños, discapacidades, enfermedades, lesiones, pérdidas, trastornos y muerte son algunas de las consecuencias que se presentan, lo mismo por causa de la delincuencia y las violaciones de derechos humanos que por accidentes, actos de negligencia o desastres naturales. A partir del 2020 lo vimos, a escala planetaria, por la pandemia del Coronavirus (COVID-19), lo que no sólo ocasionó enormes problemas en la salud pública, sino en la educación, la economía y, en general, en la vida social.

Para la evaluación y tratamiento del daño, debemos comprender que es el detrimento, perjuicio o menoscabo causado en la persona o en su patrimonio, afectando sus bienes, derechos o intereses, el cual puede ser causado por dolo, culpa, fuerza mayor o caso fortuito. Ahora, si bien se busca la reparación del daño (restablecimiento de la situación anterior a él), esto es particularmente difícil cuando no es patrimonial, sino que afecta, por ejemplo, la salud y la personalidad.

Muchas víctimas no conocen sus derechos ni cuentan con los recursos para enfrentar y superar positivamente la situación, lo que en ocasiones les genera *crisis victimal o indefensión aprendida*. En general, una crisis es un estado temporal de trastorno y desorganización, caracterizado por la incapacidad del individuo para abordar situaciones particulares utilizando métodos acostumbrados para la solución de problemas.

En cuanto a la indefensión aprendida es una condición psicológica en la cual un sujeto aprende a creer que está indefenso, que no tiene control sobre la situación en la cual se encuentra y que cualquier cosa que haga es inútil. Como resultado permanece pasivo frente a una situación displacentera o dañina, incluso cuando dispone de la posibilidad de cambiar estas circunstancias.

Otra cuestión posible es el *Síndrome de Estocolmo*, el cual consiste en la identificación de la persona con su victimario, particularmente en forma inconsciente, desarrollada a partir de la vulnerabilidad y extrema indefensión que generan ciertos cautiverios, lo que produce que, relativamente, se asuma la responsabilidad de la violencia sufrida, así como se imite o justifique al sujeto activo del delito: “Utilizado para describir la relación de agradecimiento —por error llamada amorosa—, expresada con lazos emocionales, que una persona víctima de violencia siente hacia su agresor, el Síndrome de Estocolmo aparece usualmente en casos de secuestro,

sin embargo, también es posible hallarlo en las relaciones de pareja.”¹⁴

En la práctica, contrario a lo que establece la normatividad nacional e internacional, existen factores que obstaculizan la debida atención. Entre éstos: agotadores procesos de seguimiento de la denuncia, asistencia frecuente a los juzgados, auscultación médica sin privacidad y sin el debido cuidado, complicados mecanismos de procuración y administración de justicia, credibilidad cuestionada del testimonio, creencia de que la víctima fungió como “provocadora” o coadyuvante, cultura tolerante de prácticas de maltrato como medio correctivo y de aprendizaje, desprotección institucional (intimidación, represalias, impunidad); escasez de personal capacitado para la atención victimal, falta de información fiable, idea generalizada de que la niñez miente, distorsiona o exagera; inexistencia de victimólogos, contrainterrogatorios reiterativos, agotadores y, en ocasiones, denigrantes; participación precaria en el proceso penal.

La Victimología, como es fácil apreciar, tiene mucho que aportar a la ciencia y a la justicia, pero tiene que profundizar en sus bases teóricas y conceptuales, aclarando aspectos debatibles como la autopuesta en peligro, la imputación objetiva, la relevancia del consentimiento y la responsabilidad victimal. Al respecto, recordemos que algunos códigos establecen como causas de exclusión penal: a) que el agredido provocó la agresión, dando motivo inmediato y suficiente para ella; b) que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios. En otras palabras, lo que es una facultad (autoprotgerse), la Victimodogmática¹⁵ puede convertirlo en una obligación, lo cual sería muy riesgoso.

Como condiciones mínimas de atención se requiere, sobre todo si hablamos de justicia restaurativa: precisión de objetivos y misión, diagnósticos de servicios existentes, protocolos de actuación basados en la identificación de las mejores prácticas, personal especializado y sensibilizado, instalaciones adecuadas (seguras, confortables, accesibles), fondo para la reparación del daño y auxilio a las víctimas del delito, manejo estratégico de la información, vinculación interinstitucional eficaz, mecanismos ágiles de evaluación y seguimiento, capacitación y actualización en temas victimológicos, comunicación social eficiente, entre otras. Aspectos fundamentales sobre los cuales este trabajo es una contribución.

Referencias

García de Yeguez, Marisol, “La libertad”. *Salus*, Venezuela, volumen 23, número 1, 2019, pp. 3-5. Disponible en:

<https://www.redalyc.org/journal/3759/375967492001/375967492001.pdf>

Gómez Tagle, Erick, *Violencia familiar. Radiografía nacional: el caso de Puebla*, Consejo de Ciencia y Tecnología del Estado de Puebla, México, 2022. Disponible en: <https://concytep.gob.mx/publicaciones/libro-c-l-2022-03-26-violencia-familiar-radiografia-nacional-el-caso-de-puebla>

Gutiérrez Carmona, Andrés y Arzúa M., Alfonso, “¿Los valores culturales afectan el bienestar humano? Evidencias desde los reportes de investigación”. *Universitas Psycholo-*

14 Gómez Tagle, Erick, *Violencia familiar. Radiografía nacional: el caso de Puebla*, México, Consejo de Ciencia y Tecnología del Estado de Puebla, 2022, p. 153. [Consultada: 4 de enero de 2023]. Disponible en: <https://concytep.gob.mx/publicaciones/libro-c-l-2022-03-26-violencia-familiar-radiografia-nacional-el-caso-de-puebla>

15 Refiere al desarrollo, estudio e interpretación de los derechos, garantías y posibles obligaciones de las víctimas (como conducirse con la verdad), así como de su encuadramiento en el esquema de las leyes penales y del derecho en general.

gica, Colombia, volumen 18, número 1, 2019, pp. 1-12. DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.upsy18-1.vcab>

Martínez Rodríguez, Luis Alejandro; Prado Zuluaga, Dayan Andrea, “Justicia y conflicto infantil”. *Via inveniendi et iudicandi*, volumen 14, número 1, enero-junio 2019, pp. 191-206. Disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/5602/560259742008/560259742008.pdf>

Rodríguez Manzanera, Luis, *Pioneros de la Victimología*, Editorial Porrúa, México, 2019.

Santacruz Fernández, Roberto y Santacruz Morales, David, “El nuevo rol de la víctima en el sistema penal acusatorio en México”. *Revista de Derecho* (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho), Montevideo, número 17, julio 2018, pp. 85-112. DOI: <https://doi.org/10.22235/rd.v0i17.1572>

Legisgrafía

Carta de la Organización de los Estados Americanos, suscrita en Bogotá, Colombia el 30 de abril de 1948 en la Novena Conferencia Internacional Americana. Entrada en vigor el 13 de diciembre de 1951. Reformada por diversos protocolos. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp

Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014. Última reforma: 19 de febrero de 2021. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP.pdf>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917. Última reforma: 18 de noviembre de 2022. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>

Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/victimsofcrimeandabuseofpower.aspx>

Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Ley General de Víctimas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 2013. Última reforma: 28 de abril de 2022. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGV.pdf>

ESTÁNDAR DEL PRINCIPIO DE DIGNIDAD DESDE UN ENFOQUE DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PERITAJES MÉDICOS PARA EL APLICADOR DEL DERECHO*

THE STANDARDIZE PRINCIPLE OF DIGNITY UNDER HUMAN RIGHTS
FROM A MEDICAL EXPERTISE APPROACH TO APPLY THE LAW

Emmanuel Andrés Garduño Ruíz**

* Artículo de investigación postulado el 10/01/2023 y aceptado para publicación el 03/07/2023

** Escuela del Poder Judicial del Estado de México

egaurduno@yahoo.com.mx, <https://orcid.org/0000-0001-7832-3748>

RESUMEN

El presente artículo busca identificar, dentro de los campos de la medicina y el derecho, el principio de la dignidad del usuario del servicio de salud en el análisis realizado en los peritajes (productos sociales) emitidos desde el 2015 al 2020 por la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, en los conflictos médico-legales, desde la perspectiva del personalismo y en concordancia con el neoconstitucionalismo, con un enfoque analítico mediante el análisis de contenido de carácter no obstructivo desde un contexto intersubjetivo en los casos de negligencia médica, ante el riesgo inminente de convertirlo en una ficción jurídica (vacía). Lo anterior, trastoca el valor de la persona, desde un carácter antropológico y deontológico personalista, sobre todo al transponer éste dentro del campo jurídico, al solo proporcionar al juzgador los datos que arroja el expediente clínico y considerar únicamente la praxis médica sin considerar el valor y la tutela del mismo, lo cual, le impide determinar si se afectó a dicho principio. Por lo que se propone un mecanismo que exprese el respeto y promoción de la persona, así como el carácter inviolable de sus derechos más elementales, reflejados en los límites de la frontera en la vida humana y la misma exegética jurídica, con el fin de establecer una solución más dúctil, dentro de la hermenéutica jurídica.

PALABRAS CLAVES

Dignidad, derechos humanos, persona, acto médico.

ABSTRACT

This article seeks to identify the principle of dignity within the confines established in the area of medicine and law; Users of health services in the analysis in the expert reports (social products) from 2015 to 2020 by the National Medical Arbitration Commission. Legal-health conflicts have to do with personal interests and in accordance with neo-constitutionalism there is a need for an analytical approach through the census method and low intervention from an intersubjective context in cases of medical malpractice. There comes about an imminent risk of converting overturn into a legal fiction (empty). It disrupts the person judgement of value. It goes from an anthropological, personal, deontological character, towards the different legal aspects. If the judge determines a verdict with the data provided by the clinical record or by only considering the medical practice and without considering the value and protection as a whole prevents an impartial outcome. It raises the question; was principle affected? Hence, the proposal is to have a mechanism that expresses respect and promotion of the individual, as well as the inviolable character of the most elementary rights. It must reflect the border limits in human life to the legal exegetics aspects. It will establish a more flexible solution, within the legal hermeneutics.

KEYWORDS

Dignity, Human Rights, Person, Medical Act.

SUMARIO

Introducción.
Antecedentes.
Fundamento Teórico.
La dignidad humana en el contexto internacional.
La dignidad humana dentro del escenario nacional.
Estándar transversal del principio de dignidad.
Conclusiones.
Referencias.

Introducción

El objetivo general de este artículo es identificar los elementos mínimos que requiere un protocolo orientador con la función de estándar, que establezca la obligatoriedad teórica de la dignidad en términos constitucionales e internacionales en pro de los derechos humanos a favor de los pacientes en un conflicto médico legal empleado como una herramienta hermenéutica para el aplicador del derecho en la decisión jurídica que emita respecto del acto médico, en conexión con los derechos humanos del usuario del servicio de salud, respecto a la construcción de la calidad, proyecto de vida y desarrollo de su personalidad, lo anterior, derivado de otras investigaciones desde el enfoque de la dignidad y los derechos humanos como el caso de María “Luisa Pfeiffer”, respecto a la “Investigación en medicina y derechos humanos”¹, o en el caso de Vasil Gluchman en su investigación sobre “La dignidad humana y la ética médica en Eslovaquia”.²

Bajo esta tesis, se lleva a cabo un breve análisis sobre el actuar de la misión médica, a través de los peritajes emitidos por la Comisión Nacional de Arbitraje Médico desde el contexto del principio de dignidad de la persona, puesto que no sólo se acude al pensamiento kantiano que se viene empleando. Se aborda también el enfoque de la teoría del personalismo y del neoconstitucionalismo a partir del campo de la medicina y su ejecución dentro del derecho. El protocolo tiene la intención orientadora ante las situaciones que afronta de manera directa el paciente del rol desempeñado por parte del prestador del servicio de salud, conforme a la decisión de carácter judicial, emitida por el juzgador dentro del marco de la protección de la dignidad humana, a partir de la idea matriz del concepto axiológico de la persona, el valor de

1 Cfr. Pfeiffer María Luisa, Investigación en medicina y Derechos Humanos: Andamios vol.6 no.12 Ciudad de México dic. 2009, <https://www.scielo.org.mx/scielo>.

Si bien es cierto que los derechos humanos asisten a la dignidad y se encuentran reconocidos en la Convención Europea de Bioética (Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina: Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, Oviedo, 4 de abril de 1997), no basta con garantizarlos para ser respetados en la praxis médica, porque en la argumentación de que la medicina es una ciencia útil que mejora la vida, con el avance tecnológico existente, contravienen al principio categórico de Kant, y se considere el bien como el fin de sus acciones, en el que se abandona el carácter ético, por el actual intercambio económico del mercado global y se evita tutelarlos dentro del actuar galénico lo que constriñe su validez.

2 Cfr. Gluchman Vasil, sobre “La dignidad humana y la ética médica en Eslovaquia” Revista de Filosofía y Ciencias, p.74 www.prometeica.com núm. 14, año VI (2017).

“La dignidad humana, en la ética médica es reducida solo a un código de ética de conducta y solo prevalece sólo el carácter de respeto a la persona y su autonomía, como se aborda, lo que impide demostrar el carácter ontológico e intrínseco que tiene el mismo como generador de los derechos humanos.”

dicho principio y los mismos derechos fundamentales de acuerdo con la segmentación de las actuales corrientes teóricas, jurídicas y filosóficas dentro de un contexto nacional e internacional.

De este modo, se consolidan ambas corrientes desde un enfoque hacia la dignidad y los derechos humanos, con la perspectiva de la hermenéutica jurídica que se vinculan con la persona, más allá de la misma *praxis hipocrática*, hacia el contexto de la violación de dicho principio y los propios derechos emanados de éste; en correlación con el mismo acto médico y la trasgresión de dichos valores inherentes del usuario de salud, inscritos en una controversia que complementa la resolución de un conflicto médico legal y permita un abordaje al juzgador más adecuado para la protección y garantía de los mismos, desde una perspectiva eminentemente jurídica.

En la presente propuesta de investigación, se plantea de manera sucinta un fundamento teórico que se convierte en un punto de referencia para generar un bloque de certeza. Como lo refiere Fix-Zamudio³, tratar de sistematizar al derecho es una tarea muy compleja, dada la cantidad de teorías, sistemas y principios los cuales suelen ser a veces contradictorios, al estar plagados de tratados, códigos y leyes que consisten en considerar una separación entre la misma dogmática y la práctica. En este sentido, se identifican teorías coincidentes con los conceptos de persona y dignidad, esta última como generadora de los derechos humanos, a través de su implementación en un conflicto médico-legal por parte del aplicador del derecho.

En este estándar se aborda al personalismo y al neoconstitucionalismo ideológico en la implementación del protocolo orientador para el aplicador del derecho, ante las situaciones que afronta de manera directa el paciente del rol desempeñado por parte del prestador del servicio de salud, conforme a la decisión de carácter judicial, emitida por el juzgador dentro del marco de la protección de la dignidad humana, a partir de la idea central del concepto axiológico de la persona, el valor de dicho principio y los mismos derechos fundamentales de acuerdo a la segmentación de las actuales corrientes teóricas, jurídicas y filosóficas dentro de un contexto nacional e internacional. De este modo, se consolidan ambas corrientes desde un enfoque hacia la dignidad y los derechos humanos, que complementan la resolución de un conflicto médico legal y permita un abordaje al juzgador más adecuado para la protección y garantía de los mismos, desde una perspectiva eminentemente jurídica.

Por lo anterior, se propone establecer este principio como una herramienta dentro de la estructura ontológica de la persona, que, ante una mala *praxis*, no pueda ser justificada, solo desde un solo parámetro, de acuerdo al acto médico, sin abordar al paciente mismo. En otras palabras, como una cosmovisión constructivista de la persona, es decir, el hombre como un fin en sí mismo.

A partir de la tutela de este principio, como tema central en los debates en este caso de la medicina, del derecho y de la misma ética contemporánea, dentro de las sociedades actuales plurales y multiculturales, alrededor de la condición actual del mismo; el presente se realiza desde la óptica y al tenor de los actores de la atención clínica, conforme a la relación médico y paciente, bajo el paradigma ético al involucrar “personas que tratan a personas”⁴. Es decir,

3 Cfr. Fix Zamudio Héctor “metodología , docencia e investigación jurídica” , México, Porrúa, 2007. Pp13.14,

Dentro de la diversidad de teorías filosóficas y jurídicas existentes, en el derecho y la filosofía se aborda en el presente trabajo al neoconstitucionalismo ideológico y al personalismo como teorías que convergen en los conceptos de persona y el mismo principio de dignidad

4 Cfr. León Correa, Francisco J “Dignidad humana y derechos humanos en bioética” Biomedicina, 2007,3(1) ISSN; 1510-9747, p., 74

“Es decir, Buscar no solo los modelos éticos dentro de las decisiones clínicas, sino bajo la máxima de que un paciente es una persona con derechos derivados de la dignidad en una constante vinculación con un deber ético de parte del prestador del servicio.”

se sujete el actuar del prestador del servicio de salud conforme al respeto de la persona entre la argumentación de la vida y la muerte y ante la intangibilidad de dicho principio enlazado a la misma considerada, como un fin y no como un medio.

Así lo entiende María Luisa Marín Castán cuando plantea que “la dignidad de la persona ha encontrado, pues, su mejor definición operativa y su concreción más palmaria en el concepto de derechos humanos universales”; es la causa de que se reconozcan derechos, es su justificación. Esta idea la expresa magistralmente A. Heller y la escuela de Budapest, en el sentido de señalar que: “El derecho a tener y a poner en práctica derechos es la especificación del valor de la dignidad humana”⁵. En este hilo la propuesta de implementar dicho protocolo a través del análisis de los peritajes emitidos por la Comisión Nacional de arbitraje Médico, resulta más consolidado al retomar el personalismo, teoría filosófica que centra a la persona y al modelo neoconstitucionalista ideológico, que con su metodología interpretativa, objetiva y verdadera, aparejado con la propia Constitución y ley general de salud, ayuda a consolidar el principio de la dignidad y la no discriminación, como lo establece actualmente nuestra carta magna dentro del quehacer del operador jurídico.

De acuerdo con esta tesitura, de manera sucinta se aborda la concepción del principio dignidad tanto en el contexto internacional como en el nacional para determinar la importancia del principio de la dignidad en la persona en el caso específico del paciente y la necesidad de la propuesta de la implementación de su estándar a través de la construcción en su fase de preparación, de un protocolo que establezca la obligación a los profesionales implicados de la pertinencia de dicho principio dentro de la peritación en un conflicto médico-Legal con un carácter orientador para el aplicador del derecho.

En este sentido, el protocolo desarrolla para el aplicador del derecho una reconstrucción, no sólo de la praxis médica, sino conforme a la eticidad constitucional, respecto a los valores implícitos de dicho principio y de los derechos inherentes a la persona, paradigma que le permite al juzgador realizar un juicio jurídico sobre la validez de dicho principio, desde una perspectiva axiológica, que dependerá tanto de una configuración objetiva y verdadera de la propia Constitución y de la reconstrucción peculiar por parte del aplicador del derecho conforme a la concepción ontológica para todos desde cualquier ámbito del Derecho.⁶

Antecedentes

Aunque es de conocimiento amplio el concepto del principio de dignidad como cimiento de los derechos fundamentales, se ha enriquecido a lo largo de la historia de la humanidad conforme al desarrollo tecnológico y científico y el desarrollo de normas relativas a dicha transformación. Es a partir de la terminación de la Segunda Guerra Mundial y con el nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas, que se convirtió en tema central del Derecho Internacional en el mundo contemporáneo, donde es recogido dentro de la Declaración

5 Cfr. Marín Castán María Luisa. En torno a la dignidad humana como fundamento de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, Bioética y Derecho no.31 Barcelona 2014, en <https://dx.doi.org/10.4321/S1886-58872014000200003.P3>.

“en esta línea de investigación el abordaje del sustrato axiológico, preestablecido en la legislación interna como en la internacional será acorde a los derechos humanos generados por la dignidad de la persona, para efectos de su legitimación.”

6 Cfr. Cruz, Luis M. “La Constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo” *Dikaion*, vol. 23, núm. 18, diciembre, 2009, Universidad de La Sabana, Cundinamarca, Colombia, p. 12

“En el que el aplicador del derecho realice una interpretación teleológica y sistemática, de acuerdo al contenido esencial de los derechos fundamentales.”

Universal de los Derechos Humanos⁷, cuya función es permitir y garantizar su respeto dentro de su campo de acción que se ha extendido de igual forma en la medicina.

Por lo anterior, es posible discernir la importancia de dicho principio y su implicación como un parámetro dentro del reconocimiento, respeto y tutela del mismo en el ámbito internacional e interno como principal objetivo que oriente el respeto y promoción de la persona humana en su dimensión individual y el valor inherente que posee la misma, de ahí la importancia vertida de dicho principio establecido en la Declaración de Helsinki de la asociación médica mundial; llevada a cabo en la 18° Asamblea Médica Mundial de Helsinki, Finlandia en junio de 1964 y enmendada por la 29° Asamblea Médica Mundial celebrada en Tokio Japón, en octubre 1983, en la actualidad se considera esta declaración como el nuevo juramento hipocrático, mismo que se expone más adelante.

Bajo este paradigma, conforme al pensamiento de Kant, es importante abordar el mismo concepto de “calidad de vida” y el discernimiento entre quien debe amparar el Derecho y quien debe ser dejado al margen de protección legal,⁸ en esta misma línea, afirma Gros Espiell “respecto de la necesidad de fijar un significado actual a la expresión de la dignidad humana a pesar de sus orígenes grecolatino y cristiano, que ha pasado desde de Pico della Mirándola, Pascal, Pufendorf y el mismo Kant, basado en un paralelismo de la racionalidad y una dimensión moral ética que incidieron en el pensamiento occidental, donde su negación o desconociendo de alguno de ellos implica su negación, para el desarrollo de su personalidad,”⁹ en este tenor, también de su calidad de vida.

Estas reflexiones apuntan a León Correa Francisco, quien manifiesta que las personas cambian, pero la dignidad no; y bajo este precepto, todo acto humano, afecta la dignidad. Es la propia humanidad quien toma conciencia a través de normas morales y criterios éticos, dentro de las sociedades actuales plurales y multiculturales basadas en diversas posiciones éticas. Sobre la idea de construir un puente, en este caso, en la medicina alrededor de dicho principio para ser trasladada del contexto de los actores de la atención clínica a la relación médico y paciente y su implicación en un conflicto médico legal, respecto del quehacer del aplicador del derecho, bajo la primicia “personas que tratan a personas.”¹⁰

Sobre lo anterior, en el 2019, se recibieron en la Comisión Nacional de Arbitraje Médico 17 mil 358 inconformidades. En tanto que en el 2018 fueron 15 mil 283, de las cuales, el 80% se trata de una negligencia médica, logrando solo 31 de éstas una sentencia condenatoria.

7 Cfr. Martínez bullé-Goyri Víctor M, “Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Vol. 46 No. 136, México; ene. /abr.2013, p. 42-43

“Se deriva porque la dignidad a pesar de los problemas que implica en el campo del derecho, su definición y su concepto al fundar su argumentación, es porque sólo se plasma el acto médico con su carácter instrumental de la praxis médica que solo identifica la conducta que lesiona o daña y por otro lado se deja a un lado el respeto y valor de la persona, lo que implica que el mismo a la vez tenga un uso ambiguo”

8 Cfr. Aparisi Ángela M. “El Principio de la Dignidad Humana como Fundamento de un Bioderecho Global,” Cuadernos de Bioética Vol. XXIV, mayo-agosto2013, núm.2 , ISSN; 1132-1989, p.16 disponible en <https://www.redalilyc.org/articulo> “Ante una realidad evidente conforme a la naturaleza intrínseca y ontológica de la dignidad se debe de tutelar su respeto y protección conforme a acciones que aspiren buscar a la misma, como el fundamento de los Derechos humanos y como un fin de la justicia.”

9 Cfr. Gros Espiell Héctor, “la dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos,” Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, Vol. 4, 2003, p.198

“A efecto de abordar el estándar del principio de la dignidad dentro de los precedentes que se ventilen ante el aplicador del derecho en un conflicto médico legal como un tema de justicia y protección de dicho principio.”

10 Cfr. León Correa, Francisco J “Dignidad humana y derechos humanos en bioética” Biomedicina, 2007,3(1) ISSN; 1510-9747, p., 74

Es bajo esta vertiente la discrepancia que impacta en las resoluciones de un conflicto médico legal y la problemática a la cual se enfrenta el Juez al tratar de determinar si afecta la esfera de dicho principio, respecto del actuar del prestador de servicio médico, al solo contar con la praxis galénica y dejar en segundo término el valor de dicho principio o de los derechos generados por este respecto del paciente (persona).

Por citar un caso de negligencia médica presentado en el 2020,¹¹ una paciente que acudió solicitando atención médica, en su carácter de embarazada, y el cirujano le indicó que requería una cesárea. Al salir de la operación, le informó al familiar que le había pinchado el útero y tenía que volver a ser intervenida. Además, requería una transfusión sanguínea y un tanque de oxígeno. Como el nosocomio no contaba con uno, tenía que ser trasladada a otro, en el cual, la paciente falleció. El expediente clínico estableció que fue otro galeno quien realizó la intervención y no se encontraba capacitado para llevarla a cabo. Al carecer de práctica en su realización, es decir: intrusismo, de acuerdo con la literatura. Esto hace referencia a actos propios de una profesión y carecer de titulación académica, al no contar con una especialización.

La presente negligencia es una omisión culpable por parte del prestador del servicio de salud, en términos de la norma Oficial NOM-007-SSA2-2016¹². Esto constituye una mala praxis y un posible delito. De la anterior conclusión, solo se observa la praxis médica, pero no la implementación del daño a la dignidad o de algún derecho humano concatenado con la misma, situación en la que el juzgador únicamente tiene los datos que arrojó el peritaje conforme al expediente clínico y en ningún momento determina si se afectó a dicho principio. Al sólo existir un daño objetivo, evitando expresar si el mismo puede traducirse en un daño moral respecto al valor de la dignidad o derecho inherente de la paciente en simetría al plan desarrollo de vida o incluso, de su calidad como persona.

Esto último se observa como una práctica recurrente, desarrollada dentro de los peritajes que omiten el principio de dignidad sin tomar en consideración el valor que representa para el paciente y su discordancia en un conflicto médico-legal por parte del aplicador del derecho, respecto del actuar del prestador del servicio basado solo en la práctica galénica y dicho principio conforme a la connotación “yo creo que tengo un valor, porque soy valioso”.¹³

Fundamento Teórico

El análisis documental cualitativo de carácter dialéctico, inductivo de temporalidad longitudinal retrospectiva de los últimos cinco años de los productos sociales (peritajes), se propone como una herramienta, orientadora para auxiliar al juzgador en la interpretación y aplicación del principio de dignidad de conformidad con la misma Constitución, los tratados internacionales y la misma ley General en Materia de Salud, así como dentro de la emisión de la resolución en un conflicto médico, conforme al neoconstitucionalismo que proclama el cambio de paradigma jurídico que se postula como una teoría del derecho, con el objetivo principal de garantizar los derechos fundamentales, confluye con el pensamiento filosófico del personalismo, que se orienta en el respeto y promoción de la persona.

11 Cfr.. Revista de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico vol., 26, no. 2, Conamed, México 2021, Caso clínico p.68 disponible en <https://www.gob.mx/conamed/articulos/biblioteca-virtual-conamed-27674>.

12 Cfr.. Norma Oficial Mexicana NOM-007-SSA2-2016, Para la atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, y de la persona recién nacida, 7 abril 2016 disponible en <https://www.cndh.org.mx/sire/all/doc>.

13 Cfr.. Iñigo de Miguel Beriain, “Consideraciones sobre el Concepto de dignidad humana” Anuario de filosofía del derecho. 194, disponible <https://Dialnet.uniroja.es/servlet/articulo>

“Los derechos humanos requieren una justificación y una respuesta a las exigencias de inclusión del paciente como persona vulnerable, a través del principio de la dignidad y del derecho como el medio para evitar la erosión de los mismos.”

Lo anterior conlleva a establecer la correlación de dicho principio con el concepto de persona, es decir; abordarlo acorde con su dicotomía y constructo, sobre todo cuando se trata de los derechos fundamentales conforme a su origen y complejidad. Para José Ortega y Gasset¹⁴ *“El significado de una palabra es como el pequeño abismo de la palabra”*, en este sentido, cobra importancia este término, con relación a la dignidad de la misma y los derechos fundamentales.

Ciertamente, definir a la *“persona”* implica un alto grado de dificultad dado que el concepto está envuelto en cierto halo de ambigüedad, pues para referirse a ella, son muchos los que hablan indistintamente de naturaleza humana, de hombre, de individuo, de yo, de persona u otras expresiones cuya auténtica significación, aunque aparentemente expresa lo mismo, es muy diferente, sobre todo, cuando se plasma solo persiguiendo valores. Kierkegaard manifiesta¹⁵ que *“El hombre verdaderamente extraordinario es el verdadero hombre ordinario,”* así como Spaemann *“el ser humano no es algo es alguien”*. Sin embargo, el origen del problema se encuentra en la concepción de lo que significa persona. Bajo este paradigma, no se puede prescindir solo de la interpretación del aplicador del derecho que, si bien ya se enfrenta a un dilema en la praxis médica, al no ser un campo de su dominio, por ser una ciencia ajena a su contexto cognoscitivo, es necesario tener que acudir a la ética del prestador del servicio hipocrático, en un conflicto médico-legal.

La filosofía personalista de Mounier, cuya complementariedad posibilita la construcción de su singularidad hacia el otro, es decir, lo que lo llevará a trascender en su misma identidad: *“... la persona es el volumen total del hombre...”*¹⁶. Bajo este paradigma se aborda a la persona como un fin en sí misma desde un punto antropológico y gnoseológico,¹⁷ que León Guevara instaura cómo:¹⁸ *“Reconocer el valor absoluto de la dignidad de la persona. El valor y dignidad...es algo inalienable, de todo ser humano, independiente de su condición social, raza, sexo... la persona humana... es esencial; todo hombre y todos los hombres son personas, con igual valor y dignidad...”*¹⁹

En este sentido, el neoconstitucionalismo ideológico, según la perspectiva que expone Paolo Comanducci²⁰, al establecer las diferencias entre el neoconstitucionalismo teórico, metodológico e ideológico, es la herramienta que establece la conexión necesaria entre derecho y moral. Lo que consolida la función del aplicador del derecho para una ponderación y argumentación moral, conforme a una actividad interpretativa que soporte la concepción de justicia desde el entramado axiológico de la dignidad y los derechos humanos como generadores de ésta.

14 Cfr.. Ortega y Gasset J. *“ Que es la filosofía”* Madrid, alianza, 1997, cit. por Jiménez Garrote José Luis, *“Los fundamentos de la dignidad de la Persona Humana”* revista bioética ,habana, Cuba enero-abril 2006, P. 20 disponible <https://www.cbioetica.org/revista/61/611821.pdf>

15 Cfr.. Mounier E, *“El Personalismo”*, trad. Aisenso A, y Dorriots B, revisión a cargo del Doctor León Rozitchner *“El Personalismo”*. Argentina: Eudeba s.e.m. 64 Cuadernos novena edición 1972,32

“Esta teoría nos permite una a mejor conceptualización de la persona al centralarla como eje de la misma, e insistir que la noción de persona no es objeto de una definición, porque la persona, es la misma en el hombre y por ende no es susceptible de definición”

16 Cfr.. Mounier *“El personalismo...”*p, 463 cit. por Ramos Rosete Carlos *“El universo Personal de Emmanuel Mounier”* revista metafísica y persona, filosofía, conocimiento y vida, año 6, julio diciembre 2014, No. 12, p.58

17 *“No puedo pensar sin ser, ni ser sin mi cuerpo, yo estoy expuesto por él, a mí mismo, al mundo de los otros, por el escape de la soledad de un pensamiento, que no sería más que pensamiento de mi pensamiento, al impedirme ser totalmente transparente a mí mismo, me arroja sin cesar fuera de mí en la problemática del mundo y las luchas del hombre”* Mounier E, *“El personalismo”* p. 16 cit. Por Llorca Albert, *“Emmanuel Mounier o el filosofar al servicio...”*, p.57

18 Cfr. León Guevara J. *“La persona Vista desde Emmanuel Mounier y su repercusión en la misión educativa”*, Ediciones Universidad de Salamanca, vol21, 2015, pp.179

19 León Guevara J, op. cit. pág. 192

20 Comanducci Paolo, *“ Formas de (neo) constitucionalismo; Un análisis Metateórico; Isonimia 16 (2002); P. 100 “Como una innovadora teoría en el campo del derecho que se aplica desde la reforma constitucional del 2011”*

En el campo del derecho, en la actualidad, el concepto de persona definida jurídicamente, es aquella capaz de tener derechos y obligaciones²¹; como reflexiona Riccardo Guastini,²² en su teoría de interpretación jurídica, estos son de carácter natural y, por ende, inviolables. Ante ello, los jueces deben atender de manera preferente sobre cualquier situación o disposición normativa, que afecte y atente a los mismos, por el sólo hecho de gozar del reconocimiento y tutela constitucional, al ser indispensables para el libre desarrollo de su personalidad. Por lo que, esta teoría aporta la dimensión individual del reconocimiento del valor y la tutela de los derechos fundamentales del paciente, respecto al abuso o trasgresión de éstos y su alcance dentro del quehacer jurisdiccional.

Conforme a este paradigma, la dignidad será la generadora de los derechos humanos, pero en una última instancia, un valor y un derecho, porque toda persona posee la misma, por el hecho de serlo y debe ser reconocida y garantizada por el derecho, sin ningún tipo de discriminación, para lograr el desarrollo de la personalidad y la calidad de vida del paciente. De ahí la necesidad de abordar el acto médico ante el deber de respetar el derecho a la vida y la integridad física, a pesar de la aparente simplicidad admitida en la normatividad y su realización, que, en la práctica, ha presentado y sigue presentando enormes dificultades.

En particular, como lo menciona Montoya Camarena Ramsés,²³ la interpretación de la dignidad tiene un carácter esencialista al ser propia de la esencia humana; con un carácter de tipo metafísico, al considerarla inherente a la persona bajo una perspectiva kantiana; por lo tanto, no puede ser tratada como un medio sino como un fin en sí misma, como un valor intrínseco que posee, es decir, el respeto mínimo a su condición de ser humano, donde su vida o su integridad no puede ser sustituida por otro valor, como una cualidad diferente en cada hombre. En otras palabras, el hombre es digno y por ende, valioso, al contener dicho concepto de manera implícita: el valor. Bajo esta hipérbola, se enfrenta al paradigma sobre diferentes perspectivas, como la felicidad, la utilidad, o lo más valioso, todo esto bajo la satisfacción que proporciona cada una de ellas.

Por lo anterior, abordar el fundamento racional axiológico o valorativo de la dignidad como generadora de los derechos humanos es buscar no solo el desarrollo de la personalidad, sino la calidad de vida, independiente de cualquier contingencia física, cultural o social de la persona. Sobre todo en el desarrollo de la medicina y el derecho, donde se requiere elaborar instrumentos legales apropiados para fijar las normas generales para su protección, que garanticen el respeto a su integridad, salud y vida misma; por lo que no se puede soslayar la importancia de considerar en la *lex artis*, a la misma como un elemento primordial en los peritajes (productos sociales), que emite la Comisión Nacional de Arbitraje Médico en un conflicto médico legal, con un carácter orientador para el aplicador del derecho.

21 Cfr.. Abadalejo, Manuel, Derecho Civil I, (Introducción y parte general) Barcelona, BOSCH, 2002. P213.

"Criterio que prevalece para ser sujeto de un valor intrínseco el cual debe ir más allá de todo si se considera el principio de dignidad que permea sobre la misma."

22 Cfr.. Guastini Riccardo, Estudios de Teoría Constitucional, (Trad. Miguel Carbonell) IIJ- UNAM, México, 2001. P222

"la valoración del principio de dignidad no puede quedar al arbitrio discrecional judicial sino a la tutela y reconocimiento del mismo en una interpretación apegada a la justicia"

23 Cfr.. Aguilar Morales Luis María, Ministro compilador "perspectivas de la interpretación Constitucional", Suprema Corte DE Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales, México, 2018, p. 1- 36.

"El reto en la actualidad de pensar y actuar conforme a la realidad a fin de evitar un tema utópico, ante la ambivalencia del principio de dignidad al adoptar una perspectiva idealista, en contra de los derechos humanos y su protección; es decir, una dignidad igual para todo paciente"

Bajo este paradigma, es entendible la complejidad que representa dicho principio, sobre todo en un conflicto médico-legal, respecto a la violación y vulneración del mismo y la implicación en la decisión del aplicador del derecho, que, en determinado momento sólo tiene la praxis médica como una herramienta; pero que se complementaría si se vincula con dicho principio. Esto facilitaría sus resoluciones, que no diferirían de la realidad y el acto médico llevado a cabo por el prestador del servicio de salud.

La dignidad humana en el contexto internacional

Los derechos humanos aparecieron en la Declaración de los Derechos del Hombre y ciudadano en 1789 y fueron fundamentados en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Esta última es considerada como un código de ética universal en el mundo jurídico que, entre otras cosas, garantiza la dignidad de la persona, con la protección al derecho a la igualdad, de la salud, la vida y la no discriminación.

Bajo esta perspectiva, la Carta de los derechos fundamentales, publicada el 14 de diciembre de 2017 por la Unión europea, señala que “la dignidad humana es inviolable, será respetada y protegida”,²⁴ y sus valores éticos universales conllevan como punto angular establecer su respeto, desde una concepción de justicia, como lo confirma Delgado Parra C.²⁵ Estos emanan en el reconocimiento de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y se potencializan a través de la dignidad, que lleva aparejada a los mismos o en último caso, justifica el fin protector de la persona, como parte de la justicia, en el campo judicial, el cual, recobra importancia frente a los nuevos retos en la actualidad en los que se ponga en riesgo al mismo y a la humanidad.²⁶

Esto último desde la perspectiva del artículo 1° de la declaración Universal de los Derechos Humanos, que establece la siguiente afirmación: “*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”²⁷, además de enfatizar en la dignidad humana y los derechos del hombre al afirmar que “*la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona*”²⁸.

En correlación, con esta declaración, la 29° Asamblea Médica Mundial celebrada en Tokio Japón, en octubre 1983, cita en los incisos 8, 9 y 10, “*...La investigación médica está sujeta a normas que sirven para promover el respeto a todos los seres humanos y para proteger su salud y sus derechos individuales... No se debe permitir que un requisito ético legal o jurídico disminuya o elimine cualquier medida de protección para los seres humanos... En la investigación médica es deber del médico proteger la vida, la salud, la intimidad y la dignidad del ser humano...*” y que es considerada actualmente en el contexto

24 Cfr.. Unión Europea, Carta de los derechos fundamentales de la unión europea, disponible en <http://eurolex.europa/lexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:3030001:0016:ES:PDF>.

25 Cfr.. Delgado Parra Concepción, “Perplejidades de la dignidad humana en el marco de los Derechos Humanos”, Praxis Filosófica, No. 50 Cali, junio 2020

“La dignidad es algo único y determinable en toda persona por su naturaleza ontológica como generadora de los derechos humanos y el último fundamento del derecho dentro del contexto de la justicia.”

26 “Lo que nos lleva a reconocer el papel preponderante de su reconocimiento de dicho principio a pesar de sus diferencias axiológicas dentro de la historia, por parte de defensores del mismo, como en el caso de Mahatma Gandhi, Nelson Mandela, o Martín Luther King entre otros, derivado del rol desempeñado, y que puede desempeñar en la interpretación de los mismos derechos humanos”

27 Cfr. Habermas J. “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, Revista diánoa vol. 55 no. 64 México, mayo- junio 2010, pág.4

“Establecer el tema de la protección de la dignidad humana dentro de los tratados internacionales respecto al campo de la medicina será una exigencia conforme al derecho en el tema de la justicia.”

28 Cfr.. UNESCO. (2015). Declaración Universal de los derechos humanos. Estados Unidos de Norteamérica: Naciones Unidas

médico como el nuevo juramento hipocrático.²⁹

Lo anterior, de acuerdo con los diferentes significados, con los que se pretende definir a la dignidad. Se destaca como un principio ético-jurídico fundamento de la bioética y a la misma medicina o como una concepción ontológica e intrínseca del ser humano como un derecho de consonancia igualitaria, de naturaleza inalienable, como cita el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser humano, respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina del Consejo de Europa,³⁰ y la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los derechos Humanos, aprobada en la conferencia de la Unesco el 11 de noviembre 1997,³¹ y como en la realidad se advierte la existencia de una gran discrepancia con la misma práctica.

En este mismo sentido, para abordar las declaraciones bioéticas o de la medicina a nivel internacional, se requiere establecer si las mismas poseen realmente el carácter de estatuto jurídico, derivado del alcance de los mismos tratados internacionales, en la realidad jurídica y eficacia, para determinar su naturaleza jurídica, al establecer a dichos instrumentos como principios generales del derecho, dentro de los ordenamientos jurídicos internos, es decir; saber si los mismos son parte del derecho sanitario o del derecho privado, todos estos como parte del principio de la dignidad y los derechos humanos, sobre todo, cuando se trata de preceptuarlos en las resoluciones que emite el aplicador del derecho dentro de un conflicto médico legal.

Como correlato de lo anterior, se desprenden las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Poblete Vilches Y otros Vs. Chile del 8 de marzo de 2018³² o la sentencia Carmen Susana Cornejo Alarcón de Albán y otros vs. Ecuador³³ del 22 de noviembre de 2000 y Damiao Ximénez López Vs. Brasil el 1 de octubre de 2004³⁴ siendo estos instrumentos que reflejan las condiciones actuales en materia de salud y aplicación de la justicia en materia de conflictos médicos legales, ante el paradigma del derecho a la salud fundamental de que toda persona tiene derecho en términos de su dignidad, desde el punto de vista del derecho internacional.

En este contexto se observa la necesidad de consolidar las declaraciones bioéticas en materia de medicina a los códigos de conducta y que sean considerados como principios generales del Derecho, con una jerarquía constitucional como la de los tratados internacionales y de esta manera, aplicados sin inconveniente a nivel judicial, cuya eficacia dependa del instrumento legal

29 Cfr.. Declaración de Tokio, de la Asociación Médica Mundial adoptada por la 29ª Asamblea, Tokio Japón, Octubre de 1975, p.2

30 Cfr.. Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina, Convenio de Oviedo, celebrado el 4 de abril de 1977, 31 Cfr.. Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, UNESCO, aprobado el 11 del 11 de 1997.

32 "Sentencia dictada respecto a las urgencias médicas, respeto a la accesibilidad que establece un sistema de salud basado en los derechos humanos, y el de aceptabilidad, que establece el respeto de la ética médica, respecto de personas en situación de vulnerabilidad garantizando el acceso a los servicios médicos en vía de igualdad y evitar la discriminación de los usuarios de salud, sobre todo en el caso de enfermedades crónicas y en fase terminal, ante la negligencia médica que vulnera la integridad personal y daña al paciente."

33 "Sentencia dictada por la muerte de la hija de la Sra. Cornejo originada por el prestador del servicio de salud, por mala práctica médica, que origino un daño material e inmaterial y que obliga al Estado de Ecuador a difundir una Ley que reconozca una atención digna en el procedimiento médico, así como los derechos humanos de los pacientes, y llevar a cabo la capacitación a los operadores de salud y de operadores de justicia enfoques de los derechos humanos, como una herramienta en la práctica médica; Sentencia relacionada con dos sentencias de una mala praxis galénica, Suarez Peralta vs Ecuador y Vera Vera vs. Ecuador "

34 Sentencia dictada por la muerte de una persona con discapacidad mental en una casa de reposo, que carecía de instalaciones y equipo esencial para emergencias al no haber médico de planta por lo que era incompatible con el ejercicio profesional ético de la medicina porque el personal sólo ejercía tortura, trato cruel que afectó su integridad, psíquica, física y moral lo que afrentó su dignidad al ser esta una persona vulnerable y por ende debió ser respetada y donde la falta de investigación y garantía judicial la mantuvieron en impunidad.

que los acopie, conforme al resguardo de la dignidad como base de los derechos humanos, desde la perspectiva de su protección y fundamento, en la regulación médica, a efecto de ser acogida de manera idéntica su jerarquía con las cartas constitucionales como acontece en nuestro país en el artículo 1º y el 133, que considera con igual jerarquía a los tratados internacionales.

Por lo hasta ahora expuesto, desde el punto de vista del derecho internacional es fundamental el respeto y garantía de la dignidad en armonía con el propio marco legal del país que en el caso mexicano, incluye la ley de Salud, como referente básico que permite la implementación de la dignidad de los pacientes dentro un conflicto médico para consolidar el binomio médico-jurídico en el protocolo de carácter orientador para el impartidor de justicia, ante la eminente realidad de su ausencia en los peritajes emitidos por parte de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico y el vínculo otorgado a este principio, en la relación médico-paciente, en la praxis galénica y los diferentes argumentos asignados al mismo, por parte del prestador del servicio.

La dignidad Humana dentro del escenario nacional

El estado mexicano es responsable de la implementación de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad desde su ámbito interno en materia de protección de los derechos humanos y, en este caso, de la dignidad, al ser esta la garantía de diferentes derechos humanos, reflejada en aspectos como: un conflicto médico-legal en el que la mala praxis de un acto médico, que es un presupuesto *sine qua non* de la falta de responsabilidad médico-legal desde el punto de vista de la *lex artis* y deriva de las acciones u omisiones del prestador del servicio de salud, al evadir una atención profesional y éticamente responsable, que respete a este principio como generador de derechos humanos. En este sentido, se observa la falta de implementación de estándares jurídicos destinados a proteger a los pacientes de los procedimientos médicos, dentro del ámbito de su jurisdicción para asegurar una adecuada reparación.

En nuestro país, la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley General de Salud, las Normas Oficiales, el Código Penal y el Código Civil y el papel de la jurisprudencia como un lenguaje y metalenguaje del concepto de dignidad se construyen dentro del derecho, el cual discierne en función de un carácter híbrido, sobre todo cuando se establece una construcción de Derechos Fundamentales y se recorre una visión convencional y constitucional, conforme a su tratamiento y aplicación, de ahí que a las consideraciones anteriores, hay que sumar la idea sobre el derecho como un fenómeno complejo y producto de la cultura, de la práctica social, de la actividad económica y de la política, cuyo lenguaje y discurso, en la emisión de las ejecutorias de los juzgadores difiere en su aplicación conforme a la realidad jurídica.

En la actualidad, es clara la idea ontológica de la dignidad, es decir, la misma para todos, al ser única con un valor inherente para toda persona por el solo hecho de existir, independientemente de su condición social, económica, física, etc., la misma tiene la connotación de ser digna. Bajo esta tesitura, al abordar el orden jurídico mexicano a través de la Suprema Corte de Justicia, se observa cómo se le reconoce su condición y base de los demás derechos fundamentales, conforme al artículo 1º constitucional donde la dignidad sea respetada como un derecho fundamental y se le considere como un mínimo vital, en términos del artículo 25 constitucional y que de igual manera se establece en el presente caso su protección en materia de salud consagrada en el artículo 4 constitucional.³⁵

35 Cfr.. Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos, Secretaría de Gobernación, septiembre 2014.

En este marco, se reflexiona el criterio de nuestro máximo tribunal que establece que *“la dignidad humana es una norma jurídica, que consagra un derecho fundamental a favor de las personas y no una simple declaración ética”*³⁶. Situación que de igual forma, prevalece, en este caso, con la Ley General de salud,³⁷ cuyo carácter de norma general con la reforma publicada en DOF el 24 de enero de 2020, del artículo 51, establece el derecho a recibir un trato digno de los prestadores de salud, que en la realidad, en temas de ética médica, es reducido solo a un código de ética de conducta, derivado del hecho de que en la medicina, es un concepto que usan para describir un agregado de valores que al estar basado en argumentos éticos insostenibles, sobre todo en los problemas de la clínica, no implica estar comprometido a aceptarlo siempre.

En la realidad, se observa cómo este principio, en temas de ética médica, a menudo es reducido solo a un código de ética de conducta. Idea derivada del hecho de que en la misma bioética y la ética médica, son un concepto que se usa para describir un agregado de valores y cualidades de alguien o algo que merece estima y respeto, porque en los círculos bioéticos, solo se llega a hablar de la inutilidad de la misma, o de su vaguedad, al estar basada en argumentos éticos insostenibles, sobre todo en los problemas de la ética médica y especialmente la clínica.

A partir de la reforma constitucional del 10 y 11 de junio del 2011, se constituye el eje que modula al principio de dignidad en su tratamiento filosófico, lo que dice el derecho o debe decir, como una herramienta racional en la aplicación de los derechos humanos que conforme a la jurisprudencia constitucional establece el reconocimiento de la migración de lo moral hacia los textos jurídicos positivos en su función integradora a partir de los valores³⁸. Es decir, toda persona debe ser tratada como tal y no como objeto,³⁹ afirmación que en la realidad parece ser distante y diferente sobre todo en los conflictos médicos legales en materia de salud que forman parte de este discurso jurídico, que cobra un nuevo sentido en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos conforme a su artículo 11, que expresa su protección; “toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.⁴⁰

Actualmente, la mejor manera posible de armonizar la jurisprudencia interamericana con la nacional, ante el caso de incompatibilidad de las mismas, es aplicar el criterio que más favorezca la protección de dicho principio, conforme al privilegio establecido de acuerdo con las razones y motivaciones emitidas respecto a los criterios de la Corte Internacional de los Derechos Humanos que en el modelo neoconstitucionalista a través de su metodología interpretativa, no depende de una configuración objetiva y verdadera de la propia constitución, sino que se basa más bien en “una reconstrucción peculiar por parte de los intérpretes”⁴¹, por lo que se habla de una constitución desde una perspectiva axiológica.

La anterior connotación considerada por la autoridad médica, lleva a la necesidad de

36 J. Cfr.. jurisprudencia (Constitucional) Décima Época Primera Sala 1a./J. 37/2016 (10a.) Núm. de Registro: 2012363; México, SCJN.

37 Cfr.. Ley General de Salud, diario oficial de la federación, 1984, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, p.p.1-13, últimas reformas publicadas en el diario oficial de la Federación el 24 de enero del 2020.

38 Cfr. Avendaño González Luis Eusebio Alberto, et al, “El principio de dignidad en la jurisprudencia constitucional mexicana” Porrúa, México, vol.19 núm. 1, 2016.p. 77

“Es importante resaltar que el modelo neoconstitucionalista y su metodología interpretativa, la cual no depende de una disposición objetiva y verdadera de la propia Constitución, sino de una reconstrucción por parte del aplicador del derecho que realiza una ponderación sobre la validez del derecho humano, desde una perspectiva axiológica.”

39 Avendaño González Luis Eusebio Alberto, et al, op.cit. pp. 163-171

40 Avendaño González Luis Eusebio Alberto, et al, op.cit.,p78

41 Avendaño González Luis Eusebio Alberto, et al, op.cit.,p.81

superar dichas visiones y establecer su máxima protección a través de las resoluciones que emita el juzgador en un conflicto médico legal, en el cual, el protocolo orientador permita al aplicador del derecho, una alternativa para frenar los abusos del acto médico y de esta forma, acceder a la justicia para replantear los paradigmas del acto médico y la ortodoxia jurídica, partiendo desde el uso del lenguaje, hasta el sentido de dichos conceptos, en pro de la persona, lo que consolidará a dichos principios y los derechos emanados de la misma y genera certeza en los conflictos médico legales.

Estándar transversal del principio de dignidad

Toda persona posee derechos humanos, por el hecho de serlo y deben ser reconocidos y garantizados por el derecho, sin ningún tipo de discriminación. También deben encontrarse estrechamente conectados con la dignidad humana para lograr el desarrollo de su personalidad y su calidad de vida. De ahí la necesidad de abordar en un conflicto médico legal, al acto médico, ante el deber de respetar el derecho a la vida y la integridad física de la misma, por parte del aplicador del derecho, esto a pesar de la aparente simplicidad admitida en la normatividad, donde su realización en la práctica ha presentado y sigue presentando una enorme dificultad. Por ello, la defensa de la dignidad y los derechos generados por esta, representan la auténtica piedra angular para llegar a la justicia y legitimidad de la persona.

Lo anterior, sobre todo, en la práctica médica caracterizada por su multidisciplinariedad, la cual se ha vuelto paradigmática, al ser la protagonista de la vida y la muerte, así como de abatir a las enfermedades que, en algunas ocasiones, llevan a considerar que hay vidas no dignas de ser vividas. Casos en los que se exige el reconocimiento y la tutela de sus derechos fundamentales y su dignidad a través de la implementación de una conducta ética que permee el acto médico, que tenga el carácter orientador para el juzgador en un conflicto médico legal, con el reconocimiento de manera plena y total, ante el paradigma de antivalor al que se ha enfrentado, ante el hecho de reconocer la vulnerabilidad de dicho principio dentro de las funciones y acciones del prestador del servicio de salud respecto a su responsabilidad en un conflicto médico - paciente.

En la actualidad, el acto médico, está sujeto a la *lex artis ad hoc*, conforme al desarrollo científico y las circunstancias específicas de la enfermedad en un conflicto médico - legal, ante las consecuencias de las omisiones y errores cometidos en el ejercicio de la profesión galénica. Desde un enfoque objetivo que, en determinado momento, represente no solo el daño físico en el cuerpo o la salud del paciente, desde una lesión, hasta la muerte; sino que conlleve desde un enfoque tanto objetivo como subjetivo, derivado de la culpa por negligencia, impericia, imprudencia e iatrogenia, entre el acto médico y el daño ocasionado físico y a la dignidad del paciente y los derechos generados por ésta, de acuerdo con la responsabilidad del prestador del servicio de salud.

En este nuevo escenario en el cual se incorporan el conocimiento científico y biológico y en especial en el campo de la medicina, se requiere, ante la falta de nuevas normas concretas en el derecho positivo, evitar establecer una posible interpretación equívoca en la legislación existente, por ello, mediante un protocolo orientador para el aplicador del derecho del acto médico, es posible preconizar sobre si existe una violación o vulneración a dichos valores de la persona, tomando el principio del proyecto de vida, el desarrollo de la personalidad y el principio de la calidad de vida. Ante la perplejidad del mismo concepto de la dignidad y los derechos humanos que se bifurcan en varios contextos y connotaciones en nuestra legislación

actual, tanto nacional como internacional y ante la incertidumbre de diversas interpretaciones que pueda generar del mismo.

Cabe destacar la centralidad de los derechos fundamentales y la dignidad misma al ser considerados como valores de la persona y como garantía jurídica que los hace efectivos, porque las leyes mismas valen, en la medida que se respetan los mismos. En este sentido, el neoconstitucionalismo ideológico da lugar a la consideración de la persona humana y sus derechos como eje del sistema jurídico⁴², de ahí que la armonización de la centralidad de la persona considerada en el personalismo, vendrá a complementar la directriz en la propuesta de implementar un protocolo orientador, que permita al juez dilucidar sobre la violación o no de dicho principio y los derechos generados por el mismo, al considerar el estándar de ésta en la emisión de peritajes médicos, por parte de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

Un estándar transversal no significa una negación del principio de dignidad, sino un complemento en la aplicación de éste en un conflicto médico legal. Este permitirá al aplicador del derecho dirimir de una manera más adecuada y apegada a la ley en la búsqueda de la justicia, sin constreñir a la dignidad misma, sino tutelándola, en la relación médico-paciente. Evitará establecer solo patrones absolutos, porque éstos solo se alejan de la realidad que representa la misma persona humana, esto último acorde a la conceptualización definida dentro del personalismo⁴³.

El estudio del acto y sus implicaciones debe mantenerse como objeto en futuras investigaciones bajo esta postura, como la de Manuel Atienza, que si bien es cierto no es respecto a la peritación que emite la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, cuando sostiene sobre juridificar la Bioética, que el derecho es o debe ser una prolongación de la moral, un mecanismo para positivar la ética, en virtud de que los principios de la bioética no ofrecen respuestas a cuatro problemas generales. Es decir, ¿Quién debe decidir? el enfermo, el médico, los familiares, el investigador. ¿Qué daño o que Beneficio se puede (o se debe) causar?; ¿Cómo debe tratarse a un individuo con relación a los demás?; y ¿Qué se debe decir y a quién? Propone como principios secundarios, al paternalismo justificado, con niños inconscientes, eutanasia, al utilitarismo restringido, a efecto de que sea lícito trasplantar un órgano de un fallecido sin el consentimiento de sus familiares y al de trato diferenciado, a efecto de ser lícito preferir para un trasplante al enfermo que pueda pronosticarse una mayor cantidad y calidad de vida y al del secreto, en el enfermo que participa en un ensayo deba ser informado⁴⁴. Aspectos todos que deben analizarse con precisión para dar respuestas particulares sobre premisas universales.

Citado autor especifica su posición respecto del paradigma de la persona y su dignidad, que en realidad son un estándar del principio de la dignidad, cuya importancia podrá llevar a una solución adecuada.⁴⁵ En virtud de que esta posición solo considera transferir el derecho del paciente

42 Cfr.. Zagrebelsky, Gustavo, "El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia", Madrid, Trotta, 1995

"De ahí que se busque que la dignidad y la persona, (paciente) en un conflicto médico legal concuerden en las resoluciones que emita el aplicador del derecho de forma abierta conforme a un neoconstitucionalismo ideológico. "

43 Cfr.. Mounier, E; El Personalismo, trad. Aisenson A, y Dorriots B, edit. Eudeba, 64 cuadernos, novena edición, 1972, Argentina, p, 30

44 Cfr.. Vázquez Rodolfo, Bioética y Derecho (fundamentos y Problemas actuales) Distribuciones Fontamara SA primera edición aumentada 2012, México Distrito Federal, pág. 55-76

45 "Dentro del contexto que establece el doctor Manuel Atienza respecto al Principio de Paternalismo Justificado, donde establece que es lícito tomar una decisión que afecta a la vida o salud de otro o el Principio de Utilitarismo Restringido, el cual establece que es lícito emprender una acción que no supone un beneficio para un apersona (o incluso que le supone un daño) si con ella se produce (o es racional pensar que podría producirse), se cuenta con el consentimiento del afectado(o se puede presumir racionalmente que consentiría) y se trata de una medida no degradante, o el Principio de Trato Diferenciado, donde es lícito tratar a una persona de manera diferente que otra si, la diferencia del

hacia un tercero, implica una trasgresión de la persona y a sus derechos fundamentales, de ahí que abordar la implicación del estándar de la dignidad en la emisión de los peritajes médicos de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico se observa cómo la herramienta más adecuada para evitar una posición que pudiera ser contrapuesta a intereses o bienes jurídicos de mayor rango.

En este sentido, apunta Giovanni Berlinguer que ante la interrogante de la posibilidad de desarrollar principios universales en la bioética; el fundamental sería “Igual dignidad para todos los individuos, equidad frente a la vida, la enfermedad y la muerte”⁴⁶. Bajo esta tesitura, la implementación del principio de dignidad de manera específica en la peritación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico adquiere una significación muy amplia, sobre todo por la connotación humanista, dentro del ejercicio hipocrático, pues la elevaría la calidad de los servicios de salud, desde un contexto ético en pro del paciente.

Por lo anterior, no se trata de establecer un código moral o ético, sino la implementación de un sistema en construcción, el cual implique no solo reforzar la protección y el reconocimiento de dicho principio generador de los derechos fundamentales y de los valores como responsabilidad, honestidad, respeto, altruismo, sinceridad o profesionalismo, sino que los mismos se complementen y adquieran un valor metodológico, cuando confluyan en una relación dialéctica. Sobre todo, en el contexto vida y la salud y que no solo sea suficiente el conocimiento de las normas y principios éticos, sino que en la práctica, se establezca una obligación dentro de la acción médica, cuya omisión implique una sanción por la misma normatividad tanto administrativa como jurídica que permita al aplicador de la ley tener las herramientas hermenéuticas que proporcionen una determinación apegada a la justicia.

La Comisión Nacional de Arbitraje Médico, como órgano desconcentrado de la Secretaría Salud, al estar influido del principalismo anglosajón, es decir, conforme a los principios de beneficencia, no maleficencia, de justicia y de autonomía; los cuales, permean dentro de un corte utilitarista, secundados por un pragmatismo clínico y seguido de un casuismo; es comprensible hasta cierto punto que sus peritajes emitidos, solo reflejen de manera general un proceso institucional. De ahí que se muestre la limitada profundidad de los mismos al abordar la implementación de la dignidad o a cualquier otro fundamento ético o epistemológico impidiendo el abordaje desde un paradigma positivista o bioético.

De esta forma, la propuesta de dicho protocolo orientador es establecer la concordancia entre el actuar médico y sus efectos en dicho principio, respecto al usuario del servicio de salud dentro del ámbito de la atención médica y en su caso, de la misma biomedicina, desde las perspectivas antes abordadas, en el que se anule cualquier escenario de exclusión, ansiedad, dolor, humillación, sufrimiento e incluso discriminación del mismo paciente, cuyo contenido y ejecución sea aplicable dentro de la praxis médica, para que al ser conjugado con los mismos derechos fundamentales, permita al juzgador, identificar dentro de un conflicto médico legal la predictibilidad de dichos valores desde un carácter tanto individual como colectivo conforme a la seguridad jurídica.

Es de resaltar que la dignidad, sobre todo en el campo hipocrático, es desvalorada ante el sufrimiento, vulnerabilidad, indiscriminación o cualquier otra violación de los derechos

trato se basa en una circunstancia que sea universal, que produce un beneficio apreciable a otras, y se puede presumir razonablemente que el perjudicado consentiría si pudiera decidir en circunstancias de imparcialidad.”

46 Cfr. Belinguer G. Bioetics, Health, and Inequality, *Lancet*, 2004, volumen 364; 1086-91, p. 1091

“Cuando se evoca un daño inmaterial recurrir al modelo kantiano que establece un valor interno absoluto de la dignidad que no tiene un precio sino un fin en sí mismo, implica el respeto de los demás y consigo mismo”

fundamentales, en cuyas soluciones solo se recurre de manera reiterada a argumentos laicos, algunos racionales y otros lógicos, pero de igual manera, de tipo retórico, metafísico, ecléctico, escolástico y en algunos casos hasta de un tinte religioso. Lo que termina en sostener a la misma con un carácter de sofisma, utopía o falacia.

En el caso de condiciones reales y no ideales, se observa cómo en la práctica se llevan a cabo en la actualidad violaciones a dicho principio o algún derecho inherente al paciente de manera clandestina, derivado del hecho que la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, ante la falta de contemplar el concepto de la dignidad en un conflicto médico legal, en la emisión de sus peritajes, se limita a presentar un carácter técnico práctico en los mismos, ante el advenimiento de las nuevas tecnologías. Esto ha concluido en una deshumanización al centrarse más en los hechos y en la práctica que en los valores, situación a la que se enfrenta en la actualidad el Juzgador al emitir su fallo y determinar si se afecta o no la esfera de dicho principio. De ahí que este sea necesario y primordial establecer una herramienta que le permita dilucidar la violación de este.

En este punto conviene señalar que discurrir en la falta de justicia en la decisión jurídica emitida por el juez en un conflicto médico legal por la omisión del principio de dignidad, conlleva a carecer de un carácter ecuánime, imparcial y razonable. Como se puede observar en las emisiones periciales de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico al solo establecerse la aplicación de la praxis médica, desde un concepto más amplio respecto de los derechos y el valor que representa dicho principio; el cual es el mismo, para toda persona, tanto en el campo médico como en el campo jurídico, simplemente por ser persona.

En este contexto, será viable considerar a la misma medicina como un campo de pluralidad, con carácter interdisciplinario, donde el binomio vida y ser humano, se trastocarán de manera directa en el plano de la realidad dentro de su misión, su quehacer y su acción de carácter médico, en los diferentes enfoques para buscar su cristalización. A pesar de la tensión que represente el acto médico y la *lex artis* que se convulsionan desde la percepción de los problemas que se derivan de un conflicto entre el prestador del servicio de salud y el usuario, cuya resistencia oscila entre lo ético y lo médico, que con la implementación del protocolo orientador de actuación en el acto médico establecerá su obligatoriedad en términos constitucionales e internacionales en pro de los derechos humanos de los pacientes en un conflicto médico legal.

Para Ronald Dworkin; las normas, principios o reglas del derecho, confieren derechos e imponen obligaciones. En el caso de que no sean suficientes en la solución a un caso concreto, el principio es vigente, porque cumple con alguna exigencia de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad, al ser la justificación de las normas y representa la solución para todos los casos por más difícil que sea⁴⁷.

Es importante considerar el amplio abanico de paradigmas respecto al principio de la dignidad de acuerdo con sus diferentes connotaciones dentro del pensar jurídico, sobre todo en torno de la exigencia de respeto y protección de dicho valor; respecto al usuario de salud, que con la inclusión de dicho principio en los peritajes, permita al aplicador del derecho tener una herramienta hermenéutica más para ser considerada en el momento de emitir su fallo judicial a efecto de complementar a la praxis médica y dicho principio como parte de este discurso jurídico.

47 . Cfr. DWORKIN, RONALD, *Taking Rights Seriously*, Londres, Gerald Duckworth & Co. Ltd., 1977. Pp.24-25 citado en los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional.

"Se propone establecer una interpretación creativa con estándares que se apliquen como directrices, en pro de la justicia en un conflicto médico-legal por parte del aplicador del derecho de acuerdos a los cánones internacionales como internos."

Bajo este contexto, la propuesta de un protocolo orientador para el aplicador del derecho en un conflicto médico legal deberá ajustarse a ciertos principios metodológicos, por lo que el mismo se encuentra dentro de la fase de construcción en su etapa de preparación. Es decir, al tener conocimiento del problema, con los datos analizados de los peritajes que emite la Comisión Nacional de Arbitraje Médico en un conflicto médico legal, y la necesidad prioritaria del paciente y el aplicador del derecho, ante la frecuencia y gravedad con que se presenta la ausencia del principio de dignidad en un conflicto médico-legal, a efecto de contar con un documento el cual su implementación justifique y asegure su legalidad.

La propuesta inicial para someterse a consideración de un grupo multidisciplinario que se encuentre integrado por un Juez, un médico, un experto en derecho nacional, uno en derecho internacional y un representante de CONAMED, es la siguiente:

Problema a protocolizar: El principio de dignidad humana.

1. La pertinencia del problema: La CONAMED en la peritación prioriza la mala praxis en un conflicto médico legal sin considerar a la dignidad del paciente con el riesgo inminente de convertir a dicho término en una ficción jurídica.

2. La magnitud del problema: La dignidad humana debe encontrarse presente como un elemento en la praxis médica.

3. La trascendencia o repercusión: Situación contraria la reforma constitucional del 2011 y lo sustentado en los instrumentos internacionales.

4. La vulnerabilidad: Pese a ser un parámetro dentro del reconocimiento, respeto y tutela de éste en el ámbito internacional e interno no siempre se respeta y promociona la persona humana en su dimensión individual y el valor inherente que posee la misma.

5. La factibilidad: La inexistencia del principio de dignidad desde un enfoque de los derechos humanos dentro de los peritajes de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico es viable de integrarse conforme al derecho nacional e internacional.

Teorías asociadas: Neoconstitucionalismo ideológico de nuestro actual sistema jurídico constitucional y personalismo de Mounier que centraliza a la persona

Documento operativo.



Conclusiones

Es de suma importancia reconocer la vulnerabilidad sobre el principio de dignidad del paciente en el contexto de funciones y acciones del prestador del servicio de salud respecto a su responsabilidad en un conflicto médico-paciente, derivado de la falta de precisión a la que se enfrentan los aplicadores del derecho en un conflicto médico legal, la propuesta de la aplicación de un protocolo orientador como un estándar de este principio dentro de la misma moral y sus implicaciones que infieren sobre ésta con el fin de evitar que se trastocuen o vulneren los derechos fundamentales del ser humano.

Este protocolo permitirá al aplicador del derecho poder dirimir de una manera más adecuada y apegada a la ley en la búsqueda de la justicia, porque en la realidad, nadie puede ser discriminado respecto a otros hombres ni ser tratado de una forma completamente diferente a los demás. Es necesario que conforme a este paradigma en condiciones reales, el Juez se encuentre en la posibilidad de replantear no solo la relación entre el método clínico, la evolución medica tecnológica y su alto poder resolutorio en el diagnóstico terapéutico, sino la relación entre la dignidad y el valor intrínseco de la persona desde una contextualización de la objetividad y subjetividad, la cual le permita abordar una predictibilidad legal, dentro de una buena práctica hipocrática.

Desde esta contextualización al parafrasear a Luigi Ferrajoli, el derecho que se descubre debe ser realizado y garantizado en la práctica de modo efectivo⁴⁸. Bajo esta tesis, el neoconstitucionalismo ideológico conjugado con la filosofía del personalismo establecida por Emmanuel Mounier, plasmado en un protocolo orientador para el aplicador del derecho, permitirá contextualizar la dignidad y los derechos humanos de la persona, cuya dicotomía de ambas ramas, le permitirá distinguir el valor que representa el paciente en un conflicto médico legal.

Resulta pertinente recordar a Jürgen Habermas⁴⁹, quien vislumbra al derecho moderno, como una reacción ante los problemas, en donde la realidad se observa como la normatividad de la ley de Salud, como de la misma constitución pueden dirigirse solo a intereses propios de los prestadores del servicio de salud, en complicidad con los mismos profesionales y autoridades de la salud, en el que el protocolo orientador, apoye al aplicador del derecho en un conflicto médico-legal, para prevenir una arbitrariedad judicial entre el acto médico y la misma norma, desde la perspectiva y el interés de proteger a los pacientes.

Lo hasta ahora expuesto versará en un protocolo desde un enfoque hacia los derechos humanos y la dignidad en la ejecutoria que emita el aplicador del derecho en un conflicto médico-legal. Busca ir más allá del mecanismo de la misma praxis hipocrática hacia el contexto de la violación de dicho principio, con un enfoque en los derechos humanos, en la emisión de los peritajes médicos emitidos por la Comisión Nacional de Arbitraje Médico y la implicación de los mismos respecto la ejecutoria que tendrá que emitir el aplicador del derecho en un conflicto médico-legal, en el contexto de la violación de dicho principio y los propios derechos que de él emanen en correlación con el acto médico y los valores inherentes

48 Cfr. Ferrajoli, Luis, "Garantías jueces para la democracia", Núm., 38, Madrid, 2000, PP.39 y ss.

"En la actualidad es de importancia mayúscula la implementación del estándar de la dignidad, como un coadyuvante para el aplicador del derecho en un conflicto médico legal."

49 Cfr. Habermas J. "El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos", Revista diánoa vol. 55 no. 64 México, mayo- junio 2010, p.35

"Para justificar el paradigma de la dignidad como la justificación de los derechos humanos, desde una concepción ética y jurídica que implique el acto médico en relación al paciente sobre el inicio y fin de la vida"

del usuario de salud, inscritos en una controversia en una emisión jurídica y la utilización de un protocolo orientador para el juzgador.

Referencias

Bibliografía

Aguilar Morales Luis María “Perspectivas de la Interpretación Constitucional”, México, talleres XXXXXXXX, S.A. de C.V. 2018, Centro de Estudios Constitucionales SCJN, *Suprema Corte de Justicia de la Nación*.

Albaladejo, Manuel “*Derecho Civil (Introducción y parte General)*”, Edt. Edisofer Barcelona 2013 Vol 1.

Aristoteles, Versión española “Introducción Gómez Robledo Antonio” *Aristoteles Etica Nicomachea*. Mexico: Miguel Porrúa, 2022 Colección Sepan Cuantos.

Burgos Juan Manuel “El Personalismo Hoy” reconstruir a la persona. *Ensayos personalistas, serie pensamiento 37, 5ª ed. España 2021*, ed. Palabra.

Becchi Paolo “*El principio de dignidad la dignidad humana*”, Mexico, Fontamara 2016, colección B. de ética filosofía del derecho y política..

Borgoño Cristián, L.C, *Bioética Global y derechos Humanos*, Roma; Tesi dottorato, Bioetica, Ateneo pontificio Regina Apostolorum, talleres RSB international 2015.

Cobo, Cobo, José “*El Concepto de reflexión en el joven Mounier*”. Tesis España, 2006, Universidad de Granada.

Cruz, Luis, M “*La constitución como orden de valores*”. Colombia: Cundinamarca 2009, edit. comarez.

Ferrajoli, Luigi “*Epistemología Jurídica y Garantismo*”. México 2015, 5ª ed. fontamara.

Ferrajoli, Luigi “*Democracia y Garantismo*”. Madrid, 2ed, 2010. trota.

Fiz-Zamudio Héctor “Metodología, docencia e investigación Jurídicas” México, Edt. Miguel Porrúa, 2016.

Gonzalez Perez Jesus (1996). “*La dignidad de la persona*”. ed. Aranzadi / Civitas, Madrid, España, 2017 edición 3rd.

Guastini, Riccardo, Trad. Miguel Carbonell. “*Estudios de teoría Constitucional*”. Mexico, 2001, UNAM, p.278

Isaiah Berlin “*Cuatro ensayos sobre libertad*”, Madrid España, 1998 3ª ed. ed. Alianza..

Kant, Imanuel “*Fundamentación de la metafísica de las costumbres “Crítica de la Razon practica la Paz Perpetua*”, México No 212, Miguel Porrúa.

Mounier, Emmanuel, trad de la 5ª edición 1957, por Aída Aisenso y Beatriz Dorriots revisión a cargo del Doctor León Rozitchner “*El Personalismo*”. Argentina : Eudeba s.e.m. 64 Cuadernos novena edición 1972.

Peces, Barba, Martínez, Gregorio “*La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*” Madrid, España 2004, editorial DYKINSON Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.

Pérez, Gonzalez, Jesus “*La dignidad de la persona*”. Madrid, España 2017, editorial Civitas. 3ª ed.

Rojas Amandi Victor Manuel “*Ronald, Dworkin y los Principios Generales del Derecho*”, Ed. Miguel Porrúa, Mexico 2007.

Sánchez Marquez, Ricardo, “*Derecho Civil (parte general personas y familia)*”. Mexico, 2012, Miguel Porrúa.

Santiago Nino Carlos, “*Ética y Derechos humanos*”, un ensayo fundamentación Mexico” 2ª edición 1989, ampliada y revisada 5ª reimpresión, colección filosofía y derecho. México Edt. Astrea, 2020.

Sirven Gutiérrez, Consuelo, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, México, 2022, 24° edición, edit. Miguel Porrúa.

Tamayo y Salmoran, Rolando “*El derecho y la ciencia del derecho, Introducción a la ciencia jurídica*”. México 1986, UNAM.

Vazquez, Rodolfo “*Bioética y Derecho*” (*Fundamentos y problemas actuales*) Mexico, 2016 Fontamara, 2016.

Zagrebelsky Gustavo, “*El derecho Ductil, los derechos, justicia*”. Madrid: Trota 1997, vol. 4 clásicos de la cultura.

Hemerografía

Aparisi Angela Miralles “El Principio de la Dignidad Humana como Fundamento de un Bioderecho Global,” Cuadernos de Biótica, Vol. XXLV.2013, núm.2, ISSN; 1132-1989, [Consulta 19 de enero de 2021] disponible en <https://www.redalilyc.org/articulo>

Avendaño Gonzalez Luis Eusebio Alberto, et al, “*El Principio de Dignidad en la Jurisprudencia Constitucional mexicana*”. *Revista foro nueva epoca* Vol. 19 núm1 2016, [Consulta 16 de febrero de 2021] disponible en <https://revistas.ucm.es/index.php/foro/article/download/53388>.

Belinguer Giovanni. “*Bioetics; health and Inequalit*”. Estados Unidos the lancet.com. vol 364, september 2004 [consulta 17 de abril de 2022] visible en <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/15380970>

Comanducci Paolo, “Formas de (neo) constitucionalismo; Un análisis Metateórico; Isomimía 16 (2002), [Consulta 12 de mayo de 2023] visible <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=500663>

Cornejo Plaza María Isabel “Naturaleza Jurídica de las Declaraciones Internacionales sobre Bioética”. *Revista No. 34 Bioética y Derecho*, Barcelona 2015 [consulta 26 de enero de 2021] disponible en <http://scielo.isciii.es/scielo.php?version=on-line> ISSN188, 5887

Gros spiell, Héctor “La dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos”. *Anuario de derechos humanos*, ISSN0212-0364 No. 4 2003, revistas,ucm.es/index.php/foro/articleLconsulta 14 de enero de 2021] disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/Articulo>.

Guchman, Vasil “La dignidad humana y la ética médica en Eslovaquia”. *Revista de filosofía y Ciencias Proheteica*, 2017 [Consulta 23 de mayo de 2022]. disponible <https://Dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5835365/pdf>.

Habermas, Jürgen “El concepto de Dignidad Humana y la utopía realista de los derechos humanos”. revista de filosofía *Diánoia* Vol 55 no. 64, 2010, ISSN1870-4913, disponible en: <https://dianoii.Filosoficas.unam.mx/index.php>. [Fecha de acceso 22 de mayo de 2022]

Iñigo de Miguel Beriain “Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana. *Anuario de Filosofía del Derecho* 2006, [Consulta 23 de junio de 2022]. disponible <https://Dialnet.unirioja.es/servlet/articulo>.

Jimenez Garrotte José Luis (2006). “Los fundamentos de la dignidad de la persona humana”. *Revista bioética* vol 61, 2006 [Consulta 23 de junio de 2022]. disponible <https://www.cbioetica.org/revista/61/611821.pdf>

León Correa Francisco, Javier (2007). “Dignidad humana y derechos humanos en bioética”. *Revista Biomedicina*, 2007, Vo. 3 No. 1 ISSN-e1688-2504 [Consulta 13 de junio de 2021]. disponible <https://Dialnet.unirioja.es/servlet/articulo>

León Guevara Judith (2015). “*La persona vista desde Emmanuel Mounier y su repercusión en la*

misión educativa”. revistas Usual, aula España: Salamanca, 2015 [Consulta 14 de octubre 2021] disponible en <https://doi.org/10.14201/aula.201521177192>

López, Sánchez Rogelio, “*La dignidad Humana en México; su contenido esencial a partir de la Jurisprudencia Alemana y Española*”, Revistas Jurídicas UNAM, 2018 [Consulta disponible en <https://www-scielo.org.mx/pdf>

Llorca Albert (1984). “Emmanuel Mounier o filosofar al servicio de la persona”. Revista *Espíritu*, XXXIII, 1984, [Consulta 17 de agosto 2022] disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7498836.pdf>

Marín Castán María Luisa. (2104). “*En torno a la dignidad humana como fundamento de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*” Bioética y Derech no. 31 Barcelona 2014, [Consulta 17 de agosto 2022] disponible en <https://dx.doi.org/10.4321/S1886-58872014000200003pdf>

Martínez Bullé -Goyri Victor,M”Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Mexico*, 2013 ISSN:0041-8633 [Consulta 5 de enero de 2022]disponible <https://www.readalyc.org/articulo>

Parent Jacquemin Juan María (2017). “ Emmanuel Mounier”. Revista *la colmena UAE-MEX* [Consulta 12 de mayo de 2021} disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/61447884.pdf>

Pele, Antonio “Kant y la dignidad humana”. *Belo Horizonte (Revista Brasileira de estudos políticos, 2015* [consulta 18 de agosto de 2021] disponible en <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/article>.

Pfeiffer María Luisa, “Investigación en medicina y Derechos Humanos” Revista Andamios vol.6 no.12, México,2009, [Consulta 6 de enero de 2021] disponible en <https://www-scielo.org.mx/scielo>.

Quesada,Rodriguez, Francisco “La Bioetica y los derechos Humanos ,Una perperspectiva filosofica sobre justicia en la investigación científica y esperimentación clínica con seres humanos. *Medicina Legal de Costa Rica*, vol. 20,no. 2 heredia, sep. 2013, [Consulta 2 de marzo de 2022] disponible en <http://scielo.sa.cr/scielo.ph.version-on-line> ISSN2215, 5287.

Ramos, Rosete, Carlos “El Universo Personal de Emmanuel Mounier”. *Revista metafísica, persona, filosofía, conocimiento y vida*, No. 12, 2017 [consulta 22 de marzo de 2021] disponible en <https://dianlnet.unirioja.es/servlet/articulo10.2431>.

Taboada, Paulina “*El Respeto de la persona y su dignidad como fundamento en la bioética*”. Argentina: Universidad Catolica de Chile, Instituto de Bioética EDUCA. 2008, [consulta 17 de octubre de 2021] disponible en <https://repositorioUCA.edu.ar/handle/123456789/1552>

Legisgrafía

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (2020). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Mexico: Secretaria de Gobernación ;http://WWW.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_080520.pdf

Convenio Europeo de Derechos Humanos (2000). European court of human rights, 440; https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf.

Convenio de Oviedo. Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano, respecto de las aplicaciones de la biología y medicina, Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina, 1997 Europa : Consejo Europeo.<http://Civica.comes/wp-content/uploads/2018/07/convenio-de-Oviedo-1997.pdf>.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto San José Costa Rica). OEA, *San José Costa Rica*, 18/12/1969, Aprobado por el Senado de la República, México, 18/12/1980, publicado en el DOF 09/01/1981, Adhesión de México, 24/03/1981 DOF 07/05/1981.

Declaración Universal de los derechos humanos, Naciones Unidas, 2015, <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.

Diario Oficial de la Federación (2022). *Ley General de Salud*, México, http://WWW.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Ley_General_de_Salud.pdf.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2012.

Norma Oficial Mexicana NOM-007-SSA2-2016, Para la atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, y de la persona recién nacida, 7 abril 2016 disponible en <https://www.cndh.org.mx/sire/all/doc>.

Jurisprudencia

Semanario de la federación; Jurisprudencia (Constitucional) Décima Época Primera Sala I a./J. 37/2016 (10a.) Núm. de Registro: 2012363.

Cibergrafía

Asociación Médica Mundial. Declaración de Tokio. *Declaración de Tokio* 1975, Tokio Japón, 29 asamblea Médica Mundial, disponible <https://archivos.juridicas.unam.mx>

Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, visible en https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_spa

Declaración Universal Sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, París Francia 1997, disponible en www.unesco.org/shs/bioethics please enter the page you want to vshare 1 to 19 unesdoc.unesco.org/in/rest/

Larroyo Francisco “El concepto de persona”. *Primer congreso nacional de filosofía*, Argentina, 1949 [consultado el 13 de marzo de 2022] visible en <https://www.filosofia.org/aut./003/m49a1297.htm>.

Revista de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico vol., 26, no. 2, Conamed, México 2021 [consulta 14 de enero de 2021] disponible en <https://www.gob.mx/conamed/articulos/biblioteca-virtual-conamed-27674>.

Vásquez, Rodolfo. “Entrevista con Manuel Atienza”. *Isonomía, Rev. Teoría y Filosofía del Derecho* 2016, No. 45, [Consulta 22 de marzo de 2021], disponible en <https://isonomia.itam.mx/doi.org/10.5347/45.2016.62>.

**RELACIÓN ESPECIAL DE SUJECCIÓN
Y LEGALIDAD EN BRASIL. ANÁLISIS DE LA
APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE SUJECCIÓN
ESPECIAL EN EJECUCIÓN PENAL BRASILEÑA***

SPECIAL RELATIONSHIP OF SUBJECTION AND LEGALITY
IN BRAZIL. AN APPLICATION ANALYSIS OF THE SPECIAL
RESTRAIN THEORY IN BRAZILIAN EXECUTION.

Nilson Dias de Assis Neto**

* Artículo de investigación postulado el 15/03/2023 y aceptado para publicación el 29/06/2023

** Investigador en la Universidad de Barcelona

nilsondiasdeassisneto@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-9212-7978>

RESUMEN

El objetivo de la presente investigación es estudiar el desarrollo histórico que conllevó a la configuración actual de la teoría de las relaciones de sujeciones especiales desde su origen en la doctrina jurídica de la Alemania del siglo XIX hasta su reformulación en el siglo XX con el juzgado del Tribunal Federal alemán en 1972. En la búsqueda, verificamos que, tras permitir una actuación de la Administración sin respeto a la legalidad y, con efecto, sin un control judicial efectivo, la teoría fue cambiada, a partir de la influencia de doctrinas constitucionalistas, para respetar los derechos fundamentales y humanos de todos los ciudadanos. A partir de ello, analizamos la aplicación y la influencia de la relación de sujeción especial en la ejecución penal de Brasil, en la cual hallamos una fuerte resistencia en hacer la mudanza de paradigma que permitió a la teoría respetar a los derechos de los presos.

PALABRAS CLAVES

teoría de la relación especial de sujeción; Administración; derechos fundamentales; derechos humanos; límites; ejecución penal; y Brasil.

ABSTRACT

The purpose of this research is to study the historical development of how the current configuration of relation theory of special restraints transited from its origin in the German Legal Doctrine of 19th century to its reformulation in the 1972 German Federal Court of Justice in the 20th century. The search verifies that allowing the administration to act without regard for legality effects, the effectiveness of the judicial control. The theory was changed, based on the influence of constitutionalist doctrines. It allowed for the citizens fundamental human rights to be respected. The application and influence of the special subjection relationship in criminal execution in Brazil produces resistance in the paradigm change. This change would allow the theory to respect the prisoner's human rights.

KEYWORDS

Theory of the Special Subjection Relationship; Administration; Fundamental Rights; Human Rights; Limits; Criminal Execution; and Brazil.

SUMARIO

Introducción.

La Teoría de la Relación Especial de Sujeción o de Sujeción Especial.

La Teoría de la Sujeción Especial en la Ejecución Penal en Brasil.

Conclusiones.

Referencias.

Introducción

En Brasil, no son raras las limitaciones de derechos de las personas privadas de libertad realizadas por la Administración penitenciaria como, por ejemplo, restricción de consumo de determinados alimentos y obligación de los hombres de quitarse todo el pelo y la barba. Algunas pocas veces, las limitaciones impuestas por la Administración carcelaria llegan a salir en la prensa, cuando involucran derechos más sensibles como los del preso asistir al funeral de familiares y recibir visitas.¹

Eso es exactamente el tema de la presente investigación: la teoría de la relación de sujeción especial como fundamento para limitaciones de derechos fundamentales y humanos de los presos. Más específicamente, estudiaremos cómo la relación de sujeción especial nació y cómo pasó por un verdadero cambio de paradigma sin el cual la teoría deja de ser compatible con los ordenamientos jurídicos de los países democráticos, principalmente para su aplicación en el ámbito de la ejecución penal.

Preguntémonos: ¿qué es la doctrina de la relación de sujeción especial y cómo ella fue desarrollada?; ¿por cuáles cambios pasó la relación especial de sujeción que produjeron su arquetipo actual?; ¿cómo la teoría de la relación de sujeción especial influencia la ejecución penal, de forma más delimitada el sistema penitenciario de Brasil?; y ¿cómo el Poder Judicial brasileño compatibiliza actualmente en su jurisprudencia mayoritaria el principio de la legalidad con aquella relación?

Por lo tanto, nuestro objetivo general es investigar cómo la doctrina de la relación de sujeción especial surgió, con qué características y con qué configuración, por qué cambios pasó que resultaron en el paradigma actual de aquella doctrina. A partir del general, nuestro objetivo específico es verificar cómo aquella teoría influencia la ejecución penal y principalmente cómo la jurisprudencia dominante de Brasil sufre mayor influencia de su versión más antigua o de su concepción más moderna.

En este estudio, tendremos una metodología de análisis histórico de aquella doctrina en comparación con su consistencia en distintas épocas de la misma teoría, bien como de un análisis por inducción de ejemplos de entendimientos considerados dominantes en Brasil sobre aquella doctrina, por medio de los cuales buscamos verificar qué aplicación le da el Poder Judicial de Brasil.

Detalladamente, la metodología de la investigación de ese trabajo teórico de revisión bibliográfica consistió en la búsqueda de los términos “relación especial de sujeción”, “cárcel” o “prisión” o “penitenciaria” o “penal” y “Brasil”, en portugués, español e inglés, en la base de datos *Web of Science*, durante el curso de la asignatura Organizaciones e Instituciones del Sistema Penal en la Universidad de Barcelona.

Entre febrero y abril de 2022, fueron seleccionados alrededor de diez artículos que componen la bibliografía central del presente estudio con fundamento en el criterio de la relación con sus objetivos, sin perjuicio de que otras fuentes fueran añadidas por su pertinencia y representatividad para el tema. Por tanto, contaremos con marco teórico en investigaciones semejantes como las de Rivera, Adamy, Roig, Melo y Novais.²

1 Melo, João Marcos Braga de, A necessidade de se observar o princípio da legalidade na execução Penal, Consultor Jurídico, Brasil, 2019. Disponible en <https://www.conjur.com.br/2019-fev-14/joao-braga-melo-principio-legalidade-execcao-penal>. Sitio consultado el 15.03.2022.

2 Adamy, Pedro, Direitos Fundamentais e as Relações Especiais de Sujeição, *Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brazilian Journal of Public Policy*, Brasil, Uniceub, Volumen 8, Número 1, Abril de 2018, ISSN 2236-1677.

Así, nuestra investigación está dividida en dos capítulos en un estudio continuo: I) un primero capítulo en relación con el origen de la teoría de la relación de sujeción especial, con su desarrollo histórico que llevó a su configuración actual en los ordenamientos jurídicos de *civil law*; y II) un segundo capítulo relativamente a la aplicación de la doctrina de la relación de sujeción especial en el ámbito de la ejecución penal, especialmente en la aplicación de la jurisprudencia del Poder Judicial de Brasil.

La Teoría de la Relación Especial de Sujeción o de Sujeción Especial

En conformidad con la doctrina jurídica tradicional, no se puede poner en duda que la reclusión en un centro penitenciario origina una relación jurídica especial entre el Estado y la persona. Sin embargo, ¿cuál es la teoría que es fundamento de tal entendimiento jurídico? Esta es la teoría de sujeción especial o de especial sujeción desarrollada desde el final del siglo XIX, para justificar la distinción de algunas relaciones entre algunas personas y el Estado de la relación común Estado-ciudadano.

Desde 1885, el jurista alemán Otto Mayer ya utilizaba las expresiones “relaciones especiales de poder (*besonderes Gewaltverhältnis* en el original)”³ para hacer la oposición con las “relaciones generales de poder (*großes Gewaltverhältnis* en el original)”⁴. En tal diferenciación, Mayer conceptualizaba las relaciones especiales de poder como un espacio jurídico en el cual la Administración tendría un amplio poder de actuación, pudiendo restringir los derechos de los súbditos más fuertemente.

En el mismo camino, el profesor Ernest Forsthoff caracterizaba la relación especial de sujeción como una verdadera “brecha en el derecho”⁵, consistiendo en la posibilidad de determinación de la condición de los sujetos especiales por los poderes estatales que sobre ellos incidieran a partir de una relativización de la legalidad. Aunque sea una creación en el ámbito del Derecho Administrativo, los principales derechos involucrados son los derechos fundamentales, humanos y su protección jurisdiccional.

De hecho, conforme el profesor MONCADA, tales relaciones especiales de sujeción designaría “un sector de la actividad estatal marcado por un enflaquecimiento de la regla jurídica con todas las características que resultan de eso”⁶. Esa teoría, para algunos, representó una disminución de la efectividad de los derechos de las personas bajo sujeción especial, pero, para otros, representó la propia ausencia de juridicidad de las normas que reglaban la relación entre el súbdito y el Estado, que casi todo podía.

La teoría de sujeción especial, creada antes de la Constitución de Weimar, mantuvo su aplicación mismo delante de la Carta Magna de Bonn y, a partir de Alemania, influenció casi toda Europa como, por ejemplo, Italia y España. Mientras en su origen histórico la doctrina jurídica alemana utilizaba el término “relaciones de poder especial”, la expresión consolidada para el mismo objeto fue distinta: relaciones de sujeción especial, que también es la

3 Adamy, Pedro, Direitos Fundamentais e as Relações Especiais de Sujeição, *Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brazilian Journal of Public Policy*, Brasil, Uniceub, Volumen 8, Número 1, Abril de 2018, ISSN 2236-1677.

4 Adamy, Pedro, Direitos Fundamentais e as Relações Especiais de Sujeição, *Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brazilian Journal of Public Policy*, Brasil, Uniceub, Volumen 8, Número 1, Abril de 2018, ISSN 2236-1677.

5 Forsthoff, Ernest apud Adamy, Pedro, Direitos Fundamentais e as Relações Especiais de Sujeição, *Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brazilian Journal of Public Policy*, Brasil, Uniceub, Volumen 8, Número 1, Abril de 2018, ISSN 2236-1677.

6 Moncada, Luís S. Cabral de, *Lei e Regulamento*, Portugal, Coimbra Editora, 2002, p. 439.

utilizada por el Tribunal Constitucional de España.⁷

Según la profesora Ramírez, por la teoría de la sujeción especial o teoría del poder especial, “se diferenciaban dos tipos de relaciones que se tejían entre los ciudadanos y la administración. Así, la primera de las mencionadas conexiones hace referencia al vínculo existente entre el Estado y el ciudadano común: mientras que la segunda relación era la generada entre el Estado y determinados colectivos que ostentaban un estatus especial”⁸.

Exactamente en el segundo grupo de relaciones, estarían lo que hoy se ha consolidado bajo el nombre de relaciones de sujeción especial, es decir, un grupo de persona que, por su tipo de relación distinta delante del Estado, tiene un reglamento diferente de los demás ciudadanos. En esos grupos de personas, aunque surgidos originalmente con relación al Derecho Administrativo, se fueron poniendo colectivos como estudiantes, funcionarios, militares y presos⁹.

Esa teoría, así, tuvo aplicación hasta 1972 en el ordenamiento jurídico alemán, a partir de cuando fue modificada por una importante decisión del Tribunal Constitucional Federal en la cuestión de derechos fundamentales de personas bajo sujeción especial, como los presos. El nuevo planteamiento jurídico, a partir del debate alrededor del derecho constitucional al sigilo de la correspondencia, produjo una reformulación de la relación entre el Estado y las personas en respeto a los derechos fundamentales.

La decisión en cuestión trataba de la posibilidad o no de lectura de la correspondencia de un preso, en la cual él hacía consideraciones ofensivas al director de la institución penitenciaria. Entonces, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania decidió que el preso, aunque sometido a una relación especial, todavía debería tener sus derechos fundamentales garantizados, especialmente, el derecho a la libre manifestación de su pensamiento.

Además, consideramos que la expresión sujeción es preferible a poder, contrariando la doctrina más antigua del instituto, porque consideramos que el poder estatal es uno y permanece siempre lo mismo en un caso u otro. En verdad, en conformidad con profesor el Novais¹⁰, lo que cambia es la sujeción de las personas o no, por alguna razón personal o institucional, que la imponga un régimen jurídico diferenciado o el régimen jurídico general.

Por lo tanto, a partir de 1972, el Tribunal Constitucional Federal alemán impone una nueva lectura de la teoría de la sujeción especial con un nuevo abordaje de las relaciones de especial proximidad entre el Estado y los ciudadanos, bajo la perspectiva de los derechos fundamentales. A partir de ahora, el Estado (la Administración) pierde la facultad de establecer un área afuera de los límites legales, o sea, un espacio que estaba afuera del control judicial (de no derecho).

A partir de la decisión de 1972, tenemos una nueva concepción de la relación entre el Estado y los ciudadanos, en la cual los derechos fundamentales de las personas ganan especial valor, porque, aunque eventualmente estén sometidas al poder estatal, las relaciones especiales de sujeción no están más exentas de la conformación a las normas constitucionales y legales. Esa nueva concepción está basada en una relación de proximidad que ahora pasa a

7 España, Tribunal Constitucional, STC 120 de 27 de junio de 1990.

8 Ramírez, María Lourdes, Consideraciones a la Figura Jurídica de las Relaciones de Sujeción Especial en el Ámbito Español, *Vniversitas*, Colombia, Número 118, pp 273-291, enero-junio de 2009, ISSN: 0041-9060.

9 Ramírez, María Lourdes, Consideraciones a la Figura Jurídica de las Relaciones de Sujeción Especial en el Ámbito Español, *Vniversitas*, Colombia, Número 118, pp 273-291, enero-junio de 2009, ISSN: 0041-9060.

10 Novais, Jorge Reis, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Portugal, 2a Ed., Almedina, 2010.

tener “previsión constitucional y condiciones”¹¹.

Con la decisión del Tribunal Federal de Alemania, las leyes con limitaciones fundadas en necesidad e idoneidad son nuevos parámetros de interpretación de la relación especial de sujeción. Además, para configuración de una relación especial de sujeción, sería necesario la pertenencia¹² de la persona a alguna entidad estatal en una relación de proximidad entre el ciudadano y el Estado, en que se establezca una relación siempre jurídica distinta de la determinada con los demás en general.

Por su turno, esas relaciones de proximidad pueden ser relaciones de: I) pertenencia, en la cual la persona asume una posición que la permite actuar como agente estatal, como, por ejemplo, los funcionarios públicos y miembros del Poder Judicial; o II) sumisión, en la cual la legislación tiene previsión de la proximidad como consecuencia de alguna conducta de la persona, como, por ejemplo, las personas privadas de libertad y el servicio militar obligatorio.

Con ello, a partir de 1972, mientras para algunos se pueda hablar de una muerte de la teoría de la sujeción especial, es más adecuado considerar que hubo una fuerte transformación de teoría que modificó su interpretación con la imposición de límites de aplicación, lo que llevó al profesor Rivera Beiras a afirmar, en conclusión, que, “por primera vez, los fines de la pena no se diseñaban contra el penado sino tratando de comprometerlo en un programa positivo para su propia biografía”¹³.

Así, la relación especial de sujeción es caracterizada por una autorización al Estado para que él interfiera en los derechos fundamentales de alguien, siempre respetando los límites constitucionales y legales. Asimismo, fuera de gran respeto al principio de legalidad (obligación de hacer o no sólo lo que la ley impone)¹⁴ y de reserva legal (las limitaciones solamente pueden ser impuestas por norma con rango de ley)¹⁵, a partir de 1972, la teoría de sujeción especial debe obediencia a algunos otros límites.

Los demás límites, para Rivera Beiras¹⁶, serían los siguientes: I) que haya justificativa de la teoría siempre por la necesidad imprescindible de prestación de un servicio público; II) que las limitaciones no se establezcan en carácter general sino como resultado de un conflicto individualizado; y III) que el núcleo fundamental de los derechos constitucionales y humanos sea respetado por la limitación impuesta por el Estado en sujeción especial.

11 Kielmansegg, Sebastian Graf apud Adamy, Pedro, *Direitos Fundamentais e as Relações Especiais de Sujeição*, Revista Brasileira de Políticas Públicas. *Braslian Journal of Public Policy*, Brasil, Uniceub, Volumen 8, Número 1, Abril de 2018, ISSN 2236-1677.

12 En conformidad con ADAMY, “la pertenencia debe entenderse como una relación jurídica derivada de forma legal y legítima entre el individuo y el Estado, y la sumisión debe entenderse como una relación derivadas de obligaciones y consecuencias impuestas por la constitución o la legislación” (Adamy, Pedro, *Direitos Fundamentais e as Relações Especiais de Sujeição*, Revista Brasileira de Políticas Públicas. *Braslian Journal of Public Policy*, Brasil, Uniceub, Volumen 8, Número 1, Abril de 2018, ISSN 2236-1677).

13 Ribera Beiras, Iñaki, “La Doctrina de las Relaciones de Sujeción Especial en el Derecho Comparado y Español”, Artículo presentado a las alumnas y los alumnos en el Máster de Criminología, Política Criminal y Sociología Jurídico-Penal entre enero y marzo de 2022 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.

14 Mendes, Gilmar Ferreira & Branco, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, Brasil, Saraiva, 12a. Edición, 2017.

15 Mendes, Gilmar Ferreira & Branco, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, Brasil, Saraiva, 12a. Edición, 2017.

16 Ribera Beiras, Iñaki, “La Doctrina de las Relaciones de Sujeción Especial en el Derecho Comparado y Español”, Artículo presentado a las alumnas y los alumnos en el Máster de Criminología, Política Criminal y Sociología Jurídico-Penal entre enero y marzo de 2022 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.

Por lo tanto, en el ámbito de las relaciones públicas entre el Estado y los particulares, conforme al profesor Canotilho¹⁷, la comprensión de la teoría de las relaciones de sujeción especial cambió de una concepción en que la teoría sería impedimento para toda y cualquier eficacia de los derechos fundamentales a un entendimiento, en el cual la teoría no quita la aplicación de aquellos derechos, sino que puede añadir nuevos límites con fundamentación a las restricciones a su ejercicio.

Así, para la manutención del instituto de la teoría de la sujeción especial, creada antes de la moderna teoría constitucional y de los importantes desarrollos de los derechos fundamentales tras la segunda guerra mundial, según Adamy¹⁸, es condición sine qua non para la manutención de ella en los ordenamientos jurídicos democráticos su resignificación, que impone no tanto una relación con el Derecho Administrativo Sancionador en el cual nació, sino ahora con el Derecho Constitucional.

Con efecto, las Constituciones moderna todavía tienen relaciones jurídicas que son establecidas especialmente entre el Estado y las personas, reduciendo la distancia entre ellos. Por ejemplo, en la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988¹⁹, son casos de especial proximidad entre el Estado y los ciudadanos previstos constitucionalmente: I) la limitación a los derechos políticos de militares (art. 14, § 2o, de la CF); y II) la limitación al derecho de huelga a los militares (art. 14, § 3o, de la CF).

Asimismo, también son: III) la limitación a los derechos laborales de los jueces y juezas (art. 95 de la CF); IV) la limitación a los derechos de locomoción de los jueces y juezas (art. 93, VII, de la CF); V) la limitación a los derechos políticos de la magistratura (art. 95 de la CF); VI) la limitación de los derechos laborales de los miembros de la Fiscalía (art. 129, § 5o, de la CF); VII) la limitación a los derechos de locomoción de los miembros de la Fiscalía (art. 129, § 2o, de la CF); entre otros ejemplos.

Por ello, corroborando el pensamiento del jurista Adamy²⁰ (2018), nos parece que sea más provechoso no negar la existencia de la teoría de la sujeción especial en los ordenamientos jurídicos modernos, como proponen algunos que hablan de la muerte de la teoría. En verdad, si el instituto murió, no hace sentido el estudio de su conformación a los derechos fundamentales y humanos para verificar sus puntos en que debe sufrir una limitación.

Así, para un mayor respeto a los derechos de las personas (súbditos, ciudadanos...), es necesaria un cambio de paradigma de la teoría, lo que, por supuesto, presupone su existencia. En el capítulo siguiente, investigaremos la necesidad de aplicación de aquella transformación de la teoría de sujeción especial en un campo específico, la ejecución penal: ¿cómo una perspectiva u otra de la misma teoría pueden tener distintas consecuencias para los derechos de los presos?

La Teoría de la Sujeción Especial en la Ejecución Penal en Brasil

Las teorías de las relaciones especiales de sujeción ejercieron y ejercen enorme influencia en

17 Canotilho, Joaquim José Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Portugal, 7a Edición, Almedina, 2003, p. 468.

18 Adamy, Pedro, Direitos Fundamentais e as Relações Especiais de Sujeição, *Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brazilian Journal of Public Policy*, Brasil, Uniceub, Volumen 8, Número 1, Abril de 2018, ISSN 2236-1677.

19 Brasil, *Constitución de la República Federativa de Brasil* de 1988. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Sitio consultado el 25.02.2022.

20 Adamy, Pedro, Direitos Fundamentais e as Relações Especiais de Sujeição, *Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brazilian Journal of Public Policy*, Brasil, Uniceub, Volumen 8, Número 1, Abril de 2018, ISSN 2236-1677.

el ámbito del derecho, principalmente en el área de ejecución penal de condenas a presos. La influencia, por supuesto, no se restringió a Alemania, país donde fue inicialmente desarrollada, porque, en verdad, tuvo su aplicación a partir de una exportación germánica a distintos países de Europa y de las diferentes metrópolis europeas se hizo el traslado para sus colonias.

En tal punto, es importante percibir la relación entre la teoría de la sujeción especial y la teoría del *less eligibility*. Ya conociendo el origen de la primera, la segunda tiene su génesis en la regulación de las casas de trabajo, como antecedente histórico de la cárcel, a partir de las cuales se intentaba mostrar a la clase trabajadora que la opción por las casas de corrección sería menos ventajosa que vivir libremente, o sea, que el sufrimiento intramuros era mayor que en la fábrica.

En conformidad con profesor Pavarini²¹, la doctrina *less eligibility* estaría inherentemente relacionada con la necesidad correccional de la cárcel por medio del sufrimiento de los penados²². En tal contexto, las dos teorías son, en verdad, medio y fin para un mismo objetivo, es decir: es a partir de las relaciones especiales de sujeción que el Estado, como Administración penitenciaria, gana la libertad normativa para regular la cárcel de forma que produzca aquella *less eligibility*²³.

La ideología de superioridad del Estado, que generaba la inferioridad del preso, llegó a Brasil, donde fue y es el marco teórico para la posibilidad de producir la *less eligibility* por medio de la relativización y alejamiento de los derechos fundamentales y humanos de las personas privadas de libertad, porque “permitirían la inobservancia de derechos fundamentales y flexibilizarían el principio de la legalidad, con permisión de tránsito en un campo enteramente ajeno al derecho, no valorado jurídicamente”²⁴.

De hecho, no sólo en Europa, sino también en América Latina y, por supuesto, en Brasil, las relaciones especiales de sujeción permitieron y permiten que el Estado, como Administración penitenciaria, prive a los presos de derechos no limitados por la ley o por la sentencia penal condenatoria, con lo que se pasó a conocer como privaciones colaterales del estado de cumplimiento de condena, lo que amplió el margen punitivo del Estado brasileño, en violación al principio de legalidad.

En Brasil, todavía hay una gran tendencia, especialmente en los teóricos más tradicionales, de valorar más la teoría de sujeción especial desde su perspectiva original en el ámbito de ejecución penal. De hecho, muchos juristas brasileños definen la naturaleza de la ejecución penal como mixta, porque la ejecución penal sería “la actividad compleja, que se desarrolla conjuntamente en el plan jurisdiccional y administrativo. No se desconoce que de esa actividad participan dos Poderes estatales”^{25,26}.

21 Conforme el criminólogo crítico Pavarini, el modelo carcelario se realiza como pena en un tiempo cronológicamente ulterior a la oferta como lugar de prácticas de exclusión. La prisión surgió originalmente para satisfacer una autoridad disciplinaria, por lo que es ontológicamente un espacio de prácticas pedagógicas, donde las personas son formadas para que sean mejores, es decir, para que vengan a ser más útiles. Recuperando la influencia de profesores como Rusche y Kirchheimer, la prisión mantiene un nivel muy alto de refractabilidad en el enfrentamiento de las relaciones sociales existentes en el libre mercado, aunque éste tiende a funcionalizarse a través de la regla de menor elegibilidad (*less eligibility*).

22 Roig, Rodrigo Duque Estrada, *Execução penal: teoria crítica*, Brasil, 4a Ed, 2018, p. 53.

23 Rusche, G. & Kirchheimer, O., *Pena y estructura social*, Colombia, Temis, 2015.

24 Roig, Rodrigo Duque Estrada, *Execução penal: teoria crítica*, Brasil, 4. Ed, 2018, p. 52.

25 Grinover, Ada Pellegrini, *A natureza jurídica da execução penal*, *Execução penal*, Brasil, Max Limonad, 1987, p. 7.

26 Según la doctrina brasileña, los Poderes estatales que estarían involucrados en la ejecución penal serían exactamente el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo.

Esa teoría de la relación especial de sujeción tuvo como consecuencia alejar, por lo menos parte de los conflictos vividos adentro de la cárcel, de la posibilidad de control por el Poder Judicial. En consecuencia, aislando la prisión de la posibilidad de control jurisdiccional, posibilitaron la creación de normativas internas adentro del sistema penitenciario, verdaderos “códigos de conducta externos al derecho”²⁷, que ponía el penado en una categoría inferior con violación de sus derechos, como ciudadano de segunda clase.

Algunos de los mayores reflejos de tal teoría de la relación de sujeción especial en la ejecución penal de Brasil son los derechos de los presos, más específicamente en el derecho a la convivencia familiar y comunitaria. En conformidad con la Ley de Ejecución Penal (LEP) brasileña, Ley 7.210/1984²⁸, aunque sea producto del régimen militar autoritario de Brasil, a los penados son asegurados todos los derechos no atingidos por la sentencia (art. 3o de LEP).

Aquel derecho a la convivencia familiar y comunitaria está previsto en el artículo tercero de la ley de ejecución penal con el derecho de visita del cónyuge, de la compañera, de parientes y de amigos en días determinados, el cual es una de las expresiones de aquel derecho. Sin embargo, la jurisprudencia superior de Brasil considera que este derecho está bajo las posibilidades y la discrecionalidad de la Administración penitenciaria, necesitando verificar la conveniencia de la administración carcelaria.

De hecho, el Superior Tribunal de Justicia de Brasil, que uniformiza la interpretación de la ley federal brasileña, ya decidió que “el traslado del penado a la unidad penitenciaria más cercana a su familia no constituye su derecho subjetivo y **va más allá del ámbito exclusivamente judicial**. Así, en el análisis de la remoción, el Juez debe guiarse por la conveniencia del proceso de ejecución penal, ya sea por garantizar la aplicación de la ley, o por el propio poder de cautela del Magistrado”²⁹.

Igualmente, el mismo STJ ya decidió que “la transferencia de la pena privativa de libertad aplicada por la Justicia de un Estado (art. 86 de la LEP) para ser ejecutada en otra Unidad Federativa no constituye un derecho absoluto del penado, **aunque se base en la proximidad familiar**. Corresponde al Juez de Ejecución analizar la viabilidad del traslado, basándose en la decisión no sólo en las conveniencias personales del condenado, **sino también en las de la administración pública**”³⁰.

Además, la cuestión de la transferencia de penados para sitios más cercanos de su entorno familiar y social como derecho del preso a la convivencia familiar y comunitaria, a partir del cual se pueda incluso visibilizar la resocialización de penado, no sólo es violado por la ausencia de respeto por la Administración Penitenciaria a ese derecho y por la ausencia de posibilidad del Poder Judicial hacer el control que determine cumplimiento, sino también por la utilización de transferencias como medida de sanción.

Aunque no haya previsión legal en el ordenamiento jurídico brasileño de la transferencia del local de cumplimiento de condena como medida sancionatoria en el ámbito de ejecución

27 Melo, João Marcos Braga de, A necessidade de se observar o princípio da legalidade na execução Penal, *Consultor Jurídico*, Brasil, 2019. Disponible en <https://www.conjur.com.br/2019-fev-14/joao-braga-melo-principio-legalidade-execucao-penal>. Sitio consultado el 15.03.2022.

28 Brasil, Ley 7.210 de 11 de julio de 1984. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Sitio consultado el 15.03.2022.

29 Brasil, Superior Tribunal de Justiça, HC 353.797/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, juzgado el 17/11/2016, DJe 24/11/2016 (traducción propia y énfasis añadido).

30 Brasil, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no RHC 58.528/DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, juzgado el 14/03/2017, DJe 22/03/2017 (traducción propia y énfasis añadido).

penal, no es raro en Latinoamérica y, por supuesto, en Brasil, que el traslado de presos asuma forma de sanción encubierta, en la cual, sin respeto a los derechos fundamentales y humanos y sin respeto a los principios de legalidad y de reserva legal, se impondrá un aumento de la pena con más sufrimiento.

Una verdadera política de emergencia y de excepcionalidad penal produjo lo que es designado por profesor Ribera Beiras como política de “dispersión carcelaria”³¹, o sea, el constante traslado de los presos a las cárceles más alejadas de su entorno socio-familiar. Tal procedimiento, a veces realizado para inducir el recluso al arrepentimiento, representa múltiples violaciones de los derechos no sólo de los presos sino también de las personas de su entorno familiar y social.

Con la política de dispersión carcelaria, los familiares y los amigos pierden el derecho de convivencia con el preso, lo que no debería ser restringido por la limitación de la pena que debería ser sólo de locomoción del recluso, principalmente si no hay previsión legal. Así, los familiares y los amigos son transformados también en figuras delincuentes, al aplicárseles una pena incluso por hecho de tercero, lo que caracteriza nuevamente verdadero derecho penal del autor sin cualquier ideal resocializador³².

Aquí, es importante recordar que el traslado ilegal de presos ya fue objeto de decisión por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), cuando concluyeron por la inconvencionalidad de las medidas de emergencia y de excepcionalidad penal aplicadas por la República Argentina con la política de dispersión carcelaria en el CASO LÓPEZ Y OTROS VS. ARGENTINA (TRASLADOS) juzgado por sentencia de 25 de noviembre de 2019³³ en relación con conducta muy común en Brasil.

Con efecto, exactamente para garantizar el principio de la legalidad establecido en el Pacto de San José de Costa Rica y considerando el derecho a no sufrir injerencias arbitrarias (art. 11.2)³⁴ y el derecho a la familia (art. 17.1)³⁵, la CIDH determinó a la República Argentina que “el Estado adoptará todas las medidas necesarias de orden legislativo, administrativo o judicial para reglamentar los traslados de personas privadas de libertad condenados de acuerdo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos”³⁶.

Por lo tanto, lo que se verifica a partir del estudio del estado actual de la jurisprudencia en ejecución penal en Brasil es que hay una aplicación muy fuerte de la teoría de las relaciones especiales de sujeción sin influencia del cambio que se produjo en ella a partir de 1972. Sin un respeto a los principios de legalidad y de reserva legal, la jurisprudencia dominante brasileña

31 Ribera Beiras, Iñaki, *Recorridos y Posibles Formas de la Penalidad*, España, 1a. Ed. Anthropos Editorial, Universidad de Barcelona, 2005, p. 125.

32 Rivera Beiras, Iñaki, *Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y Nuevas Racionalidades Punitivas*, España, 2a Ed. Anthropos Editorial, 2011.

33 Organización de los Estados Americanos (OEA), Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso López y Otros Vs. Argentina*, Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_396_esp.pdf. Sitio consultado el 08.11.2021.

34 Art. 11.2: “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación” [Organización de los Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)* de 22 de noviembre de 1969. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>. Sitio consultado el 15.03.2022].

35 Art. 17.1: “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado” [Organización de los Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)* de 22 de noviembre de 1969. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>. Sitio consultado el 15.03.2022].

36 Organización de los Estados Americanos (OEA), Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso López y Otros Vs. Argentina*, Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_396_esp.pdf. Sitio consultado el 08.11.2021.

permite que la Administración penitenciaria limite derechos fundamentales y humanos de presos, creando verdaderos espacios de no derecho.

Por ejemplo, creaciones jurisprudenciales que permiten a la Administración carcelaria hacer traslado de presos para prisiones más lejanas a su entorno familiar y social, bajo el argumento de conveniencia y discrecionalidad de la Administración, que incluso instrumentaliza eso como herramienta de sanción encubierta (dispersión carcelaria), construyen una zona sin control judicial de no derecho, en la cual los derechos fundamentales y humanos de los presos son violados sin ceremonia.

Por ello, el profesor brasileño Rodrigo Roig, criticando la jurisprudencia de Brasil, afirma que “ya no hay lugar para los legados de ideas de retribucionismo, menor elegibilidad o supremacía estatal especial. Estos legados deben dar paso a la posición concreta de que, salvo las restricciones manifiestamente inherentes a la propia condición de reclusión, todos los demás derechos y garantías de los internos deben ser preservados escrupulosamente”³⁷.

Los derechos fundamentales y humanos de los presos sólo pueden ser reglados por ley y, en aquella protección, el Poder Judicial tiene una función fundamental, aunque haya resistencia en Brasil. Asimismo, ya antes de la decisión del Tribunal Federal de Alemania de 1972, era posible verificar que los ordenamientos jurídicos de los países occidentales y democráticos seguían en dirección hacia la necesidad de respeto a la legalidad en el ámbito penitenciario.

Un ejemplo de ello anterior a la decisión alemana de 1972 fue el caso *Coffin Vs. Reichard*, juzgado en 1944 en Estados Unidos de América por la *United States Court of Appeals for the Sixth Circuit*³⁸, en el cual se aseguró que los presos tienen derechos sustanciales que deben ser garantizados por el Poder Judicial, bien como que sólo la ley puede limitar derechos individuales de los penados, lo que va en el sentido contrario a la poca valorización del principio de legalidad penitenciaria en Brasil.

Igualmente, en el plan internacional, todavía podemos citar la necesidad de respeto al principio de legalidad en la ejecución penal en el caso *Neira Alegria y Otros Vs. Perú*³⁹, en que la CIDH decidió que, aunque haya una relación específica entre el Estado y el preso, eso no justifica ninguna flexibilización o relativización de las garantías reconocidas a todas las personas. Por lo contrario, la relación específica produce garantías acentuadas, conjugando garantías generales con especiales (posición de garante).

Así, asegura el profesor Melo que “el hecho es que existe una tradición bien asentada [en Brasil] en el sentido de otorgar menor protección jurídica a los penados y existe la necesidad de una actuación sustancial del Poder Judicial para garantizar una protección especial a la persona presa”⁴⁰. En ese objetivo, aquel respeto al principio de la estricta legalidad y de la reserva legal es fundamental, a partir de los cuales las personas privadas de libertad sólo pueden tener sus derechos limitados por la ley y por la sentencia.

37 Roig, Rodrigo Duque Estrada, *Execução penal: teoria crítica*, Brasil, 4a Ed, 2018, p. 57 (traducción propia).

38 Estados Unidos de la América, Tribunal de Apelaciones de EE.UU para el Sexto Circuito, *Coffin V. Reichard*, 143 F.2d 443 (6º Cir. 1944). Disponible en <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/143/443/1478341/>. Sitio consultado el 15.03.2022.

39 Organización de los Estados Americanos (OEA), Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Neira Alegria y otros Vs. Perú*, Sentencia de 19 de enero de 1995. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf. Sitio consultado el 15.03.2022.

40 Melo, João Marcos Braga de, A necessidade de se observar o princípio da legalidade na execução Penal, *Consultor Jurídico*, Brasil, 2019. Disponible en <https://www.conjur.com.br/2019-fev-14/joao-braga-melo-principio-legalidade-execucao-penal>. Sitio consultado el 15.03.2022.

Conclusiones

Personas privadas de la libertad, que sólo pueden comer algunos alimentos y otros no, donde los hombres están siempre sin pelo, no pueden recibir visitas de familiares y amigos; porque hay una prohibición por un acto administrativo penitenciario o fueron trasladados para muy lejos de su entorno social y no tienen condiciones para verlos; esa es una imagen relativamente común en el sistema carcelario de Brasil, pero ¿cómo es posible la creación de esos espacios sin control judicial, de no derecho?

La teoría de la relación especial de sujeción o de sujeción especial, antigua doctrina del poder especial, y su configuración actual está en el origen de la manutención de aquel sistema de violación de los derechos fundamentales y humanos de los presos. Aquella teoría surgió en Alemania ya en el siglo XIX y del pensamiento jurídico alemán influyó toda Europa, principalmente España e Italia, así como a los países que fueron colonias de metrópolis europeas como Brasil.

Una relación especial de sujeción originalmente es una relación en la cual el Estado, la Administración, puede imponer un régimen jurídico distinto y, en general, más restrictivo del régimen a los que están sujetos los demás ciudadanos sin necesidad de una observación fuerte del principio de legalidad y de reserva legal. Para algunos, sería una mitigación de los derechos fundamentales y humanos y, para otros, sería la propia ausencia de juridicidad de las normas de la Administración que, así, todo podría.

Tal concepción originaria de la doctrina fue cambiada en el ordenamiento jurídico alemán por una decisión de su Tribunal Federal en 1972, a partir de la cual la teoría ganó una nueva conformación con la imposición de límites constitucionales y legales proporcionales y fundamentados a las restricciones que la Administración intente poner a las personas sujetas a una relación de proximidad con ella. Por ello, con los límites, la relación de sujeción especial ganó contenido jurídico y, con efecto, control judicial.

Sin embargo, investigando la ejecución penal en Brasil, se verifica una fuerte influencia de la teoría de la sujeción especial en su concepción más antigua. De hecho, quizás para posibilitar a que la Administración penitenciaria produzca un ambiente carcelario adecuado en respeto a la teoría de la menor elegibilidad, el ordenamiento jurídico brasileño permite que la Administración cree normas de restricción a los derechos de los presos sin previsión legal y basadas en su propia conveniencia y discrecionalidad.

Los ejemplos de decisiones de la jurisprudencia mayoritaria brasileña que legitiman la imposición de espacios de no derecho para los presos como verdaderos ciudadanos de segunda categoría son muchos. Uno de los ejemplos más importantes de eso y que produce más daños es la posibilidad de que la Administración de prisiones realice traslado de presos lejos de su entorno socio-familiar, como herramienta de punición encubierta consistente en la dispersión carcelaria ya condenada por la CIDH.⁴¹

Por lo tanto, en el caso del mantenimiento de la teoría de la relación especial de sujeción
41 La contradicción no es sólo con las modernas decisiones de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos, sino también con la propia normatividad internacional. Con efecto, la Regla 5 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para Tratamiento de los Reclusos, Reglas Nelson Mandela, determina que “el régimen penitenciario procurará reducir al mínimo las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad que tiendan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a su **dignidad como ser humano**” [Organización de las Naciones Unidas (ONU), Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) de 17 de diciembre de 2015. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf. Sitio consultado el 15.04.2022 (énfasis añadido)].

en Brasil, es necesario y fundamental su adecuación a los cambios por los cuales ya pasó la teoría, en *Civil Law*, con la decisión del Tribunal Federal de Alemania en 1972 y, en *Common Law*, con, por ejemplo, la sentencia *Coffin V. Reichard* de 1944 en Estados Unidos. Por ello, sólo así sería posible compatibilizar la teoría que explica una mayor proximidad del Estado con los modernos derechos fundamentales y humanos.

En consecuencia, interpretada a partir de la moderna hermenéutica constitucional y no como mero instituto administrativo, la teoría de la relación especial de sujeción no permite que la Administración carcelaria cree zonas de no derecho en las cuales pueda imponer restricciones a derechos de los reclusos sin previsión legal, sino impone una protección especial a los presos por la posición especial de garante del Estado. Ello, porque, como ya aseguró la Suprema Corte de los Estados Unidos: “no existe ninguna cortina de hierro entre el preso y la Constitución”⁴².

Referencias

Bibliografía

Adamy, Pedro, Direitos Fundamentais e as Relações Especiais de Sujeição, *Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brazilian Journal of Public Policy*, Brasil, Uniceub, Volumen 8, Número 1, Abril de 2018, ISSN 2236-1677.

Bernal Sarmiento; Cabezas Chamorro; Forero Cuellar; Rivera Beiras & Vidal Tamayo, *Estudio preliminar a la obra de Wayne Morrison. Criminología, civilización y nuevo orden mundial*, España, Anthropos, 2012.

Canotilho, Joaquim José Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Portugal, 7a Ed., Almedina, 2003.

Grinover, Ada Pellegrini, A natureza jurídica da execução penal, *Execução penal*, Brasil, Max Limonad, 1987.

Hillyard, P. & Tombs, S., ¿Más allá de la criminología?, *Revista Crítica Penal y Poder*, España, N° 4, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, 2013.

Melo, João Marcos Braga de, A necessidade de se observar o princípio da legalidade na execução Penal, *Consultor Jurídico*, Brasil, 2019. Disponible en <https://www.conjur.com.br/2019-fev-14/joao-braga-melo-principio-legalidade-execucao-penal>. Sitio consultado el 15.03.2022

Mendes, Gilmar Ferreira & Branco, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, Brasil, Saraiva, 12a. Ed., 2017

Moncada, Luís S. Cabral de, *Lei e Regulamento*, Portugal, Coimbra Editora, 2002.

Novais, Jorge Reis, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Portugal, 2a Ed., Almedina, 2010.

Ramírez, Maria Lourdes, Consideraciones a la Figura Jurídica de las Relaciones de Sujeción Especial en el Ámbito Español, *Vniversitas*, Colombia, Número 118, pp 273-291, enero-junio de 2009, ISSN: 0041-9060.

Ribera beiras, Iñaki, *Recorridos y Posibles Formas de la Penalidad*, España, 1a. Ed., Anthropos Editorial, Universidad de Barcelona, 2005.

42 Melo, João Marcos Braga de, A necessidade de se observar o princípio da legalidade na execução Penal, *Consultor Jurídico*, Brasil, 2019. Disponible en <https://www.conjur.com.br/2019-fev-14/joao-braga-melo-principio-legalidade-execucao-penal>. Sitio consultado el 15.03.2022 (traducción propia y énfasis añadido).

Rivera beiras, Iñaki, *Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y Nuevas Racionalidades Punitivas*, España, 2a Ed., Anthropos Editorial, 2011.

Ribera Beiras, Iñaki, La Doctrina de las Relaciones de Sujeción Especial en el Derecho Comparado y Español, Artículo presentado a las alumnas y los alumnos en el Máster de Criminología, Política Criminal y Sociología Jurídico-Penal entre enero y marzo de 2022 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.

Roig, Rodrigo Duque Estrada, *Execução penal: teoria crítica*, Brasil, 4a Ed., 2018.

Rusche, G. & Kirchheimer, O., *Pena y estructura social*, Colombia, Temis, 2015.

Normas

Brasil, *Constitución de la República Federativa de Brasil* de 1988. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Sitio consultado el 25.02.2022.

Brasil, *Ley 7.210* de 11 de julio de 1984. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Sitio consultado el 15.03.2022.

Organización de las Naciones Unidas (ONU), *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos* (Reglas Nelson Mandela) de 17 de diciembre de 2015. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf. Sitio consultado el 15.04.2022.

Organización de los Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)* de 22 de noviembre de 1969. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>. Sitio consultado el 15.03.2022.

Procesos

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *HC 353.797/SP*, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, juzgado el 17/11/2016, DJe 24/11/2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *AgRg no RHC 58.528/DF*, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, juzgado el 14/03/2017, DJe 22/03/2017.

España, Tribunal Constitucional, *STC 120* de 27 de junio de 1990.

Estados Unidos de la América, Tribunal de Apelaciones de EE.UU para el Sexto Circuito, *Coffin V. Reichard*, 143 F.2d 443 (6° Cir. 1944). Disponible en <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/143/443/1478341/>. Sitio consultado el 15.03.2022.

Organización de los Estados Americanos (OEA), Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso López y Otros Vs. Argentina*, Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_396_esp.pdf. Sitio consultado el 08.11.2021.

Organización de los Estados Americanos (OEA), Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Neira Alegria y otros Vs. Perú*, Sentencia de 19 de enero de 1995. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf. Sitio consultado el 15.03.2022.