



aequitas

Revista cuatrimestral del Poder Judicial
del Estado de Sinaloa

Núm. 11, Año 5, Enero / Abril de 2016
Tercera Época

Culiacán Rosales, Sinaloa, México

Consejo Editorial: Magda. María Bárbara Irma Campuzano Vega, Magda. Gloria María Zazueta Tirado, Magdo. Enrique Inzunza Cázarez, Magdo. Roberto Gutiérrez, Magdo. Juan Zambada Coronel, Magda. Ana Karyna Gutiérrez Arellano, Magda. María Gabriela Sánchez García, Magdo. José Manuel Sánchez Osuna, Magdo. Canuto Alfonso López López, Magdo. José Antonio García Becerra, Magdo. Claudio Raymundo Gámez Perea.

Comité Editorial: Mtro. Enrique Inzunza Cázarez, Dr. José Antonio García Becerra, Mtro. José Antonio García López.

Jefe de redacción: Francisco Meza Sánchez.

Diseño de portada: Jesús Ramón Ibarra Ramírez.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización del Instituto de Capacitación Judicial del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa.

**PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE SINALOA
SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA**

Magdo. ENRIQUE INZUNZA CÁZAREZ
Presidente

Primera Sala:

Magda. Gloria María Zazueta Tirado
Magda. María Bárbara Irma Campuzano Vega
Magda. María Gabriela Sánchez García

Segunda Sala:

Magdo. Roberto Gutiérrez
Magdo. Juan Zambada Coronel
Magda. Ana Karyna Gutiérrez Arellano

Tercera Sala:

Magdo. José Antonio García Becerra
Magdo. José Manuel Sánchez Osuna
Magdo. Canuto Alfonso López López

Cuarta Sala:

Magdo. Claudio Raymundo Gámez Perea

ÍNDICE

Editorial | 9

Estudios de doctrina

La ciudadela de la moral en la corte de los juristas | 13
José Juan Moreso Mateos

Teoría y argumentación jurídica en las órdenes de
protección | 43
Iván Alfredo Montes Flores

Estudios legislativos

Reformas al Código de Comercio | 75

Jurisprudencia y tesis sobresalientes

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos
Humanos | 81

Jurisprudencia y tesis relevantes de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación y tribunales colegiados
de circuito | 103

Criterios de las Salas del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa

Criterios de la Primera Sala | 117

Criterios de la Tercera Sala | 123

Reseña Jurídica

Lineamientos prácticos de teoría del delito y proceso penal acusatorio | 133

Juan Ignacio René Bastidas Lomelí

Ágora

Entrevista con la Magistrada Adda Lucelly Cámara Vallejos | 145

Justicia y Cultura

La justicia (no) tiene precio | 151

Ernesto Diezmartínez Guzmán

Tzvetan Todorov dialoga con los bárbaros | 157

Francisco Meza Sánchez

Información Institucional | 165

EDITORIAL

La décima primera entrega de la revista ***Aequitas*** da la bienvenida a sus lectores y lectoras con dos trabajos académicos del mayor interés para quienes se desenvuelven en la esfera de lo jurídico. En el primero de ellos, el doctor José Juan Moreso Mateos discurre sobre la relevancia de la consideración de la moral dentro del ámbito del Derecho, así como los pormenores de su incorporación constitucional; defendiendo una versión del llamado positivismo jurídico que admite, aunque de forma limitada, la incorporación de la moral en el Derecho. En el segundo artículo, el especialista en Derecho constitucional, licenciado Iván Alfredo Montes Flores, indaga profundamente en lo concerniente a las «órdenes de protección»; advirtiendo que por la realidad de las mujeres dentro del estado de Sinaloa las órdenes de protección son necesarias y que sólo podrán modificar su procedimiento cuando el varón reconozca como válido el principio de igualdad, es decir, cuando exista un verdadero cambio en el paradigma cultural de nuestra entidad.

En el apartado de «Estudios Legislativos», se presentan los datos más relevantes sobre las reformas que se han dado en marco jurídico nacional. En este periodo el Código de Comercio fue motivo de algunas reformas que trascienden en el quehacer jurídico, las cuales permiten la digitalización y modernización de los documentos y registros que manejan los comerciantes.

En este número se muestran las tesis de jurisprudencia, así como los criterios de mayor calado emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y las Salas Colegiadas del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa. Por cuanto hace a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se anota la doctrina de la Corte concernida al derecho de identidad.

En la sección de «Reseña Jurídica», el Juez Juan Ignacio René Bastidas Lomelí nos introduce detenidamente al libro *Lineamentos prácticos de teoría del delito y proceso penal acusatorio*.

Además en la entrevista, dentro del apartado de «Ágora», la Magistrada Adda Lucelly Cámara Vallejos discurre ampliamente sobre el impacto y los retos que tiene la implementación de los mecanismos alternativos de solución de controversias a nivel nacional.

Por su parte, en «Justicia y Cultura», Ernesto Diezmartínez, habitual colaborador de esta publicación, se ocupa del manejo del concepto de justicia en diversas películas, con su artículo «La justicia (no) tiene precio». Asimismo, aparece una reseña del título *El miedo a los bárbaros* del gran intelectual búlgaro Tzvetan Todorov.

Finalmente, se consigna información institucional sobre las intensas actividades de capacitación y vinculación del Poder Judicial, realizadas en el primer cuatrimestre del año en curso.

ESTUDIOS DE DOCTRINA

LA CIUDADELA DE LA MORAL EN LA CORTE DE LOS JURISTAS*

José Juan Moreso Mateos**

*As if i had performed a strategic
retreat into an inner citadel.
Isaiah Berlin (1958, 135).*

Sumario: 1. Un caso hipotético, tres contemporáneos y una de romanos. 2. La certeza del Derecho. 3. Recuperando las intenciones del constituyente. 4. La solución está en las encuestas. 5. El positivismo jurídico excluyente (I). 6. El positivismo jurídico excluyente (II). 7. Interludio: pertencia y aplicabilidad. 8. La incorporación de la moral en el Derecho.

Resumen:

Este artículo versa sobre la incorporación de la moral en el Derecho. En concreto, y a partir de algunos supuestos extraídos de la jurisdicción constitucional, se analiza si la inclusión en nuestros textos constitucionales y legales de conceptos morales comporta la entrada de la argumentación moral en las tareas de identificación y aplicación del Derecho. Se estudian y rechazan algunas objeciones a dicha posibilidad y se defiende una versión del llamado positivismo jurídico incluyente que admite, de una manera limitada por la

* Este trabajo fue presentado en las XXIII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social celebradas en Jaén los días 7 y 8 de Abril de 2011. Agradezco a sus organizadores, y en especial al profesor José Antonio López García, la amable invitación y su hospitalidad, y todas las observaciones y comentarios que la ponencia suscitó en el auditorio.

** Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona. Fue rector de la Universidad Pompeu Fabra desde mayo de 2005 hasta junio de 2013.

estructura institucional del Derecho, la incorporación de la moral en el Derecho.

Palabras clave: interpretación constitucional, incorporacionismo moral, positivismo jurídico excluyente, positivismo jurídico incluyente.

1. Un caso hipotético, tres contemporáneos y una de romanos

Es un hecho habitual que algunos textos jurídicos usen términos valorativos, expresiones con cierta carga moral y, de este modo, al menos aparentemente, remitan a la moralidad. Algunas de estas expresiones, conocidas en nuestra literatura jurídica como *conceptos jurídicos indeterminados*, son al menos tan antiguos como nuestro Derecho privado: *buena fe*, *diligencia de un buen padre de familia*, etc. Otras llegaron con las declaraciones de derechos incluidas en constituciones y tratados internacionales: *dignidad humana*, *igualdad*, *prohibición de tratos inhumanos o degradantes*, etc. Me valdré de esta última expresión, que parece remitir a aquellos tratos que la moral identifica como degradantes, para plantear la cuestión siguiente: ¿al usar en los textos jurídicos este tipo de expresiones el Derecho realmente incorpora las pautas morales o la argumentación moral? Como veremos, hay varios modos de ofrecer una respuesta negativa a esta cuestión que serán analizados aquí. Hay también diversas formas de contestar afirmativamente a la cuestión. Una de ellas será vindicada en este trabajo.

En primer lugar, consideremos el siguiente caso hipotético. En la novela de Philip Kerr, *Una investigación filosófica*,¹ se describe el Londres de 2013 como una ciudad insegura, con un alto grado de delincuencia. Entre las medidas que se toman para reducirla,

¹ Kerr 1992. Creo que escuché relacionar este ejemplo literario, por primera vez, con la cuestión de la incorporación de la moralidad al Derecho a Juan Carlos Bayón en una conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el invierno austral de 1996 y lo he usado ya en diversas ocasiones anteriormente Moreso 2008, 11; 2009a, 33 y 2010a, 15-16.

se encuentra la imposición de un nuevo tipo de pena: dado que la ciencia médica ha conseguido inducir y revertir el estado de coma en los humanos, se sustituye la pena de prisión por el denominado *coma punitivo*. De este modo, a los condenados a dicha pena se les induce el coma por el tiempo de la condena y son confinados en una especie de hospitales en donde, como es obvio, no hay peligro de fugas ni de motines, sólo hay que conservarlos con alimentación y respiración asistida. Por otro lado, el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948 establece que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Si el coma punitivo se estableciera como castigo para diversos delitos en determinada jurisdicción, sujeta al texto internacional, ¿sería, entonces, esta pena una medida conforme con la Declaración Universal de los Derechos Humanos? O, dicho en otros términos: ¿depende de la verdad de la proposición según la cual el coma punitivo es (o no es) conforme con la declaración universal de la corrección moral de dicha medida?, ¿cómo debe determinarse si el coma punitivo es o no un trato cruel, inhumano o degradante?

A continuación, veamos un caso real. La Constitución española, en el primer enunciado de su artículo 15, establece lo siguiente: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes». Pues bien, el Tribunal constitucional español se refirió a ello² (en una jurisprudencia que después ha continuado más o menos invariable) para determinar si la sanción de aislamiento en celda prevista en la Ley General Penitenciaria (y en el reglamento que la desarrolla), entonces en vigor, constituían tratos inhumanos o degradantes. La respuesta del Tribunal es negativa con el argumento de que, si bien la reclusión en *celdas negras* privando a la persona de cualquier contacto con el exterior sería claramente un trato degradante, las condiciones que la legislación penitenciaria exige (duración, condiciones de alimentación y habitabilidad fundamentalmente) la hacen compatible con la dignidad de los sancionados.

² En la STC 2/1987, de 21 de enero.

Por otro lado, la Enmienda Octava de la Constitución de los Estados Unidos (casi idéntica a la formulación del Bill of Rights inglés de 1689) establece: «Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted». Aunque la Corte Suprema de los Estados Unidos considera que la pena de muerte es «una sanción extrema» no considera que sea «inherentemente cruel».³ Sin embargo, dicha Corte ha considerado recientemente que la ejecución de delincuentes con determinado grado de retraso mental vulnera la Enmienda Octava porque es un castigo cruel e inusitado.⁴

El 19 de agosto de 1996 en un municipio de la comunidad indígena colombiana de los paeces fue asesinado su alcalde. Los representantes de los cabildos indígenas decidieron la detención de Francisco Gembuel acusado de haber propiciado el homicidio del alcalde al haberlo señalado como blanco propicio a la guerrilla. Juzgado por la asamblea de acuerdo con las normas indígenas fue castigado a sesenta fuetazos (el fute es un castigo consistente en golpear con una especie de bastón la parte inferior de las piernas), expulsión, y pérdida del derecho a elegir y ser elegido para cargos públicos y comunitarios. El artículo 12 de la Constitución colombiana establece también que «[...] nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes [...]», con lo que el condenado recurrió la decisión que llegó a la Corte Constitucional colombiana. En la sentencia del alto tribunal colombiano,⁵ la Corte no concede el amparo al recurrente, con dos argumentos básicamente: por un lado, no considera la sanción excesivamente penosa; por otro, considera que tiene una función simbólica en la comunidad indígena y que, en dicho contexto, no se trata de una sanción ni degradante ni humillante.

³ Gregg v. Georgia 428 U.S. 153, 96 S. Ct. 2909, 49 L. Ed. 2d 859 [1976].

⁴ Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304, 122 S. Ct. 2242, 153 L. Ed. 2d 335 (2002). Atkins anula la decisión contraria establecida solo trece años antes en Penry v. Lynaugh, 492 U.S. 302, 109 S.Ct. 2934, 106 L. Ed. 2d 256 (1989).

⁵ SCC No. T-523/97, de 15 de octubre. Estoy agradecido a Oscar Pérez de la Fuente que amablemente me hizo acceder al conocimiento de este interesante caso.

Nadie pondrá en duda, sin embargo, que la sanción que el derecho romano –la *Lex Pompeia*– establecía para el parricidio, la *poena cullei*, consistente en encerrar al condenado en un saco junto con un perro, un gallo, una serpiente y un mono y arrojarlo a las aguas del mar o del río más cercano; sea una pena cruel. Es más, precisamente por ser cruel los romanos pensaban que era una pena merecida para un delito tan atroz. Como nos recuerda Max Radin (1920, 119) cuando se produjo el *crack* financiero de 1720, debido a una burbuja especulativa generado por la compañía inglesa de los Mares del Sur, «[...] un miembro apasionado del Parlamento británico apeló a la aplicación de la *Lex Pompeia* para los parricidas a aquellos que han estafado a la nación. Del mismo modo que los romanos, argumentaba, enfrentados a un tan monstruoso e inusitado delito, idearon un castigo así de monstruoso e inusitado, del mismo modo invitaba a los británicos a colocar a los directores de la compañía de los mares del sur en sacos con un perro, un gallo, una serpiente y un mono en cada uno y arrojarlos al Támesis». Olvidemos ahora las crisis económicas generadas por burbujas especulativas y atendamos al argumento del parlamentario británico: la pena del saco es una pena cruel y por eso se impone para castigar comportamientos especialmente graves.

Lo que hacen las declaraciones de derechos humanos contemporáneas, no obstante, es comprometerse a no aplicar este tipo de sanciones. Ahora bien, ¿qué es lo que hace la pena del saco cruel, y no —en el caso que los Tribunales a los que me he referido tengan razón— el fute, el aislamiento en celda o la pena de muerte? ¿No son argumentos morales los que conducen a una u otra conclusión? Veremos primero algunos modos de sostener que para establecer si determinada sanción es cruel o degradante no hay que recurrir al razonamiento moral y las razones por las cuales no me parecen plausibles. Finalizaré con una vindicación de la incorporación de la moralidad en el Derecho en estos supuestos.

2. La certeza del Derecho

En muchos casos, los autores más contrarios a la incorporación de la moralidad en el Derecho están guiados por la idea según la cual si el Derecho usa conceptos valorativos los comportamientos prohibidos devendrán inciertos, indeterminados. A menudo este ideal de la certeza del Derecho está asociado con la Ilustración jurídica y, en concreto, con el positivismo jurídico. Sin remontarnos a Beccaria o a Bentham, ésta es la razón (por ejemplo) por la cual Kelsen (1931) se mostraba contrario a la incorporación de conceptos morales (como Igualdad o Justicia) y ésta es la razón que anima las defensas recientes (Campbell 1996, Waldron 2001) o no tanto (Scarpelli 1965) del denominado *positivismo jurídico normativo*.⁶

Reducir el ámbito de la discrepancia y disciplinar la actividad de los jueces es el propósito de todas estas posiciones. Sin embargo, ni los presupuestos ni la estrategia para llevar a cabo estas operaciones son los mismos.

3. Recuperando las intenciones del Constituyente

Una estrategia consiste en sostener que cuando la Constitución usa conceptos valorativos en realidad únicamente incorpora aquello que encerraron en ellos deliberadamente los autores de la Constitución. Determinar el contenido de estas cláusulas consiste en recuperar las intenciones explícitas de los que las dictaron. En la discusión norteamericana se conoce esta posición como *originalismo*.⁶ De este modo, consideran estos autores, la indeterminación se reduce: sólo son crueles (en nuestro ejemplo) los comportamientos considerados crueles por los constituyentes.

No es preciso, por cierto, que esta posición provenga de un punto de vista escéptico acerca de la moralidad (no es el caso de Scalia ni de otros originalistas), puede que sea una estrategia que tiende

⁶Y su más ilustre representante tal vez sea el magistrado de la Corte Suprema, Antonin Scalia 1997.

a reducir la discreción de los jueces porque desconfía de la capacidad de los jueces de acertar en cuestiones morales.

Esta posición ha sido criticada muchas veces con los mismos argumentos que había sido criticada la denominada *interpretación subjetiva*: las conocidas dificultades de establecer plausiblemente cuáles eran las genuinas intenciones de los constituyentes, las intenciones de quiénes son relevantes (de los que votaron a favor, de los redactores...). Es más: aun en casos en donde es claro que no estaba en sus intenciones, como el coma punitivo, entonces ha de resultar excluido sin más argumentación. Y esto es muy implausible. Antes de la reforma reciente de nuestra legislación procesal civil, la vieja Ley de Enjuiciamiento (como la nueva) establecía que son inembargables los instrumentos necesarios para el ejercicio de un oficio, con esta doctrina de la interpretación hay que suponer que hasta el año 2000 los ordenadores podían ser embargados a un abogado, por ejemplo, dado que los legisladores del siglo XIX no podían pensar en ellos.

4. La solución está en las encuestas

Algunas veces se ha argüido que los jueces deben decidir cuál sea el contenido de expresiones como «tratos degradantes» no apelando a sus convicciones morales sino a cómo dichas expresiones son entendidas y usadas en la sociedad de la que ellos forman parte. Así se entiende algunas veces la referencia del artículo 3 de nuestro Código Civil a la interpretación de las normas de acuerdo con la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas.⁷ De este modo, se piensa, no caeremos como rehenes de la voluntad de los jueces.

El problema de esta concepción es doble: por una parte, en todas las cuestiones controvertidas la opinión pública acostumbra a

⁷ Este argumento en Alchourrón y Bulygin 1991. Valdría la pena considerar la vinculación de este argumento con el llamado constitucionalismo popular que han defendido, por ejemplo, Tushnet 1999 y Kramer 2004. Véase también Gargarella 2006.

estar dividida cuando no perpleja; por otra parte, si se quiere construir un punto de vista articulado, como parece exigible a los jueces y tribunales, entonces será imprescindible moldear las actitudes y creencias de la mayoría social para presentarlas en una doctrina razonable y ello, me parece, es ya indistinguible del razonamiento moral (Moreso 2009a, 192).

5. El positivismo jurídico excluyente (I)

Tomemos como tesis definitoria del positivismo jurídico excluyente la siguiente formulación de Raz (1979, 185) de la tesis de las fuentes sociales del Derecho:⁸

Una teoría jurídica es aceptable sólo si sus criterios para identificar el contenido del Derecho de una determinada sociedad dependen exclusivamente de un conjunto de hechos de la conducta humana descritos en términos valorativamente neutrales y aplicados sin recurrir a la argumentación moral.

Esta tesis puede ser aceptada por dos razones verdaderamente diferentes entre sí. Puede ser aceptada, en primer lugar, como consecuencia de una posición escéptica acerca de la moralidad conforme a la cual, dado que no hay pautas morales objetivas, el Derecho no puede incorporar la moralidad porque no hay nada que pueda ser incorporado. Es una razón ontológica: la inexistencia de la moral objetiva es la razón de la no incorporación.⁹ Y, obviamente, cuando se usan estos términos en los textos legales se remite a la discrecionalidad, no controlable racionalmente, de los jueces; de hecho, a la arbitrariedad. Para este tipo de positivismo jurídico, el originalismo o la deferencia a las actitudes de la mayoría son

⁸ La misma idea en Shapiro 2011, cap. 9 y en Marmor 2011, cap. 4.

⁹ Esta es la posición, por ejemplo, de Bulygin 2006. Tal vez eran también, al menos parcialmente, las dudas acerca de la objetividad de la moral las que condujeron a este tipo de positivismo a Kelsen (1957), Ross (1958), Bobbio (1965) y el realismo jurídico americano (véase Leiter 2001). A ello puede sumarse lo que podemos denominar el realismo jurídico italiano y francés. Véanse respectivamente: Guastini 2006 y Troper 2001.

intentos, algo desesperados, de evitar la discreción judicial y restaurar algún grado de certeza.

La refutación de esta posición debería argüir a favor del objetivismo en moral. Esta es una cuestión más allá del alcance de este trabajo, sin embargo tal vez merezca la pena destacar aquí que no conozco a nadie razonable que sostenga que es correcto torturar a los niños para divertirse o que no es cruel la pena del saco.¹⁰

6. El positivismo jurídico excluyente (II)

Ahora bien, el modo escéptico no es el modo más habitual de defender la versión fuerte de la tesis de las fuentes sociales del Derecho. El modo más habitual es el que ha venido defendiendo desde hace más de treinta años Joseph Raz (1979, cap. 3; 1994, cap. 9; 2004).¹¹ Raz no es, en absoluto, un escéptico en materia moral; al contrario, considera que hay razones y, también, hechos morales. Considera, a su vez, que es falso que todas las proposiciones morales sean controvertidas (Raz 1994, 218).

El argumento de Raz es un argumento conceptual. Dicho ahora muy resumidamente, un rasgo definitorio del Derecho es que pretende autoridad y pretender autoridad comporta la capacidad de suministrar, a los destinatarios de las normas promulgadas por la autoridad, razones que desplacen las razones a favor y en contra que ellos tienen de comportarse de determinado modo. Si el Derecho incorporara pautas morales, entonces no podría pretender autoridad puesto que dichas pautas son válidas para sus destinatarios con independencia de lo que la autoridad establezca. Por lo tanto, por razones conceptuales, el Derecho no puede incorporar el razonamiento moral.

¿Qué sucede entonces, según Raz, cuando nos encontramos con estas expresiones valorativas en los textos jurídicos? Pues bien, sucede que los jueces gozan de *discreción* para completar o *cam-
biar el Derecho* de acuerdo con la moralidad. Raz (1994, 310-324)

¹⁰ En Moreso 2009a, ensayo 2, he definido un modo ecuménico de objetivismo moral, compatible con diversos enfoques metaéticos.

¹¹ Véase también Shapiro 1998 y Marmor 2002.

distingue entre el razonamiento para establecer el contenido del Derecho, sujeto a la tesis de las fuentes, y el razonamiento con arreglo al Derecho, que puede requerir el recurso de los jueces a las razones morales.

Creo que hay razones para dudar de la plausibilidad de esta posición. Veamos el siguiente pasaje de Raz (1979, 75):¹²

Supongamos, por ejemplo, que según el Derecho los contratos son válidos sólo si no son inmorales. Cualquier contrato puede ser considerado *prima facie* válido si se conforma a las condiciones «neutras valorativamente» establecidas jurídicamente para la validez de los contratos. La proposición «es jurídicamente concluyente que este contrato es válido» no es ni verdadera ni falsa hasta que un tribunal dotado de autoridad determina su validez. Esta es una consecuencia del hecho según el cual, por la tesis de las fuentes, los tribunales tienen discreción cuando son requeridos a aplicar consideraciones morales.

Si la versión raziana de la tesis de las fuentes implica que siempre que el Derecho incorpora conceptos o consideraciones morales, entonces los jueces tienen discreción (como el anterior pasaje de Raz sostiene), entonces hay buenas razones para dudar de la plausibilidad de dicha tesis. Si A firma con B un contrato por el cual se obliga a asesinar a C antes de un mes, transcurrido el mes A no ha asesinado a C y B presenta una demanda contra A por incumplimiento contractual, ningún jurista diría que debemos esperar a la decisión del juez para saber si el contrato entre A y B es válido: el contrato entre A y B es nulo porque es inmoral, y los jueces no tienen discreción alguna en este caso. Del mismo modo, si una disposición constitucional prohíbe los castigos crueles y el legislador dicta una norma que establece, como en el derecho romano, la pena del saco. Podemos preguntarnos, ¿es ésta pena cruel? Creo que todos reconoceríamos que se trata de un castigo cruel —también los romanos que, precisamente por ello, consideraban que era la pena merecida para los parricidas— y que, por lo tanto, es inconstitucional. Aunque «cruel» es, sin duda, un término mo-

¹² Véase sobre este punto Endicott 2003.

ral, «cruel» se aplica sin controversia ninguna a la *poena cullei*, no hay aquí espacio para la discreción.¹³

7. Interludio: pertenencia y aplicabilidad

Antes de presentar el modo, en mi opinión, en el cual el Derecho incorpora la moralidad, voy a tratar de mostrar en qué sentido el debate entre el positivismo jurídico excluyente y el positivismo jurídico incluyente no es una mera cuestión de palabras.¹⁴

En la Teoría del Derecho positivista, se distingue algunas veces entre dos sentidos de *validez*: validez como *pertenencia* y validez como *aplicabilidad*. Una norma es válida, en el sentido de que pertenece a un sistema jurídico S, si y sólo si es identificada como miembro de S por los criterios de la regla de reconocimiento de S. Una norma es válida, en el sentido de que es aplicable a un caso, si y sólo si existe otra norma, que es un miembro de S, que autoriza u obliga a los órganos de aplicación de S a aplicarla a ese caso.¹⁵ En el contexto de discusión entre el positivismo excluyente y el incluyente J. L. Coleman (1998: 404-405) plantea así la cuestión:¹⁶

Una estrategia mejor descansa en la distinción que Joseph Raz destaca entre validez jurídica y obligatoriedad para los encargados de aplicar el Derecho. Todas las normas jurídicamente válidas son obligatorias para los aplicadores del Derecho, pero no todas las pautas que son obligatorias para los jueces son jurídicamente válidas, en el sentido de ser parte del Derecho de la comunidad. Las leyes extranjeras, las normas de los clubes sociales como otros sistemas normativos generalmente pueden ser obligatorios para los aplicadores en ciertos contextos jurisdicciona-

¹³ Se trata de un argumento presentado en Moreso 2004.

¹⁴ Se trata de un argumento que se remonta a Moreso 2009a, cap. 10.

¹⁵ Puede verse la distinción en estos términos en Bulygin 1982, Moreso 1997, cap. 3, Moreso-Navarro 1997 y Vilajosana 1998.

¹⁶ Coleman 1998. El origen de la distinción en estos términos en Raz, 1979, 101-102, 119-120. Véase también Waluchow 1994, 157, Shapiro 2008, 506 y Kramer 2000, 103-107.

les, aunque no forman parte del Derecho de la comunidad «huésped». Los jueces pueden estar autorizados, incluso obligados, por normas válidas a aplicar tales principios. No necesitan ser parte del Derecho de la comunidad a la que los jueces pertenecen para ser requeridos a apelar a ellas en el contexto de un proceso particular. De este modo, no se sigue del hecho de que los jueces puedan algunas veces ser obligados por ciertos principios morales que dichos principios sean ellos mismos parte del Derecho o jurídicamente válidos.

Es decir, según esta distinción, es posible que un estándar moral no sea parte del Derecho y, sin embargo, sea obligatorio para los jueces decidir de acuerdo con él. En este sentido, un defensor del positivismo excluyente podría argüir señalando que la lectura restrictiva de la tesis de las fuentes sociales es la adecuada, aunque ello no impide que las pautas morales sean, algunas veces, obligatorias para los jueces. Podría añadir que no hay más razones para contemplar dichas pautas morales como parte del Derecho de las que hay para suponer que cuando una disposición jurídica prohíbe la construcción de edificios de más de diez metros de altura en determinada zona, o limita el peso al que determinados ascensores pueden ser sometidos a cuatrocientos kilogramos, el Derecho incorpora el sistema métrico decimal. Si bien este argumento puede convertir el debate entre ambos tipos de positivismo en un debate de palabras, esto es, en la adecuación de reconstruir el concepto de validez jurídica de una u otra manera, la tesis de la discreción judicial sigue siendo polémica. Y es así porque aunque no se incorpore al Derecho el sistema métrico decimal, las reglas (tal vez, constitutivas) de dicho sistema han de ser usadas por los jueces cuando deciden los casos a los que aplican normas que contienen expresiones que hacen referencia a tal sistema. Los jueces no tienen discreción en dichos casos. El problema que plantean las pautas morales es el de si son aptas para guiar el comportamiento de los jueces o, más bien, remiten a la discreción. Esta cuestión no puede ser resuelta por la distinción entre validez como pertenencia y validez como aplicabilidad.

8. La incorporación de la moral en el Derecho

Según el positivismo jurídico incluyente es posible que la identificación del Derecho dependa de argumentos morales, aunque también es posible que no sea así. La conexión del Derecho con la moralidad no es ni necesaria, ni imposible, sino que es contingente.¹⁷ Aunque esta cuestión suele vincularse con la de la posibilidad de que la propia regla de reconocimiento incluya razones morales entre los criterios de validez jurídica (como es claro en Hart 2004), basta que tomemos ahora para nuestra discusión una tesis incorporacionista más débil (Leiter 2002, 978): «[...] las fuentes usuales del Derecho —como las leyes y las disposiciones constitucionales— pueden incluir conceptos y consideraciones morales».

Según dicha concepción, entonces, cuando las normas jurídicas incorporan conceptos o consideraciones morales, el Derecho ha de identificarse mediante el uso de dichos conceptos y consideraciones. Y, por lo tanto, los jueces han de aplicar el Derecho identificado mediante el recurso a la moralidad en los casos pertinentes. Así ocurre, según creo, en el caso de que los jueces hayan de decidir si determinadas sanciones son o no tratos inhumanos o degradantes: en dichos supuestos el razonamiento de los jueces deviene un razonamiento genuinamente moral.

Contra esta posibilidad se han presentado, en los últimos años, diversos argumentos. Me propongo, para concluir, analizar algunos de ellos con la esperanza de hacer, de este modo, más aceptable la tesis incorporacionista.

a) Joseph Raz

Veamos, en primer lugar, la siguiente objeción formulada por Joseph Raz (1979, 47 nota 8 y 2004, 17):

¹⁷ Los precedentes de tal concepción pueden hallarse en Carrió 1971, Lyons 1977, Soper 1977, Coleman 1982 y Hart 1994. Las dos defensas más articuladas en Waluchow 1994 y Coleman 2001. Véase una presentación general en Himma 2002 y Moreso 2009a, cap. 10.

Los defensores de tal concepción [del positivismo jurídico incluyente] del Derecho tienen que proporcionarnos un criterio adecuado para separar las referencias legales a la moralidad, que hacen de su aplicación un caso de aplicación de normas jurídicas preexistentes, de los casos de discreción judicial en las que el juez, al recurrir a consideraciones morales, está cambiando el Derecho. No conozco ningún intento serio de proporcionarnos tal criterio.

Creo que en esta crítica es preciso aclarar el significado de «discreción». Si por «discreción» se entiende la posición en la que se halla alguien que debe tomar una decisión en un caso de penumbra de la aplicación de un predicado, entonces los predicados morales están en la misma situación que otros predicados. El predicado cruel tiene casos claros de aplicación y casos marginales, como también lo tiene un predicado como edificio en ruina. El hecho que en los casos marginales la aplicación de las pautas morales lleve a la discreción judicial no ha de representar una situación más grave que lo que sucede con la aplicación a los casos marginales de predicados empíricos.

Si, en cambio, por «discreción» se entiende la competencia del juez para, en determinadas circunstancias, cambiar el Derecho en atención a razones morales; entonces hay que decir que la distinción puede mantenerse. Una cosa es decir, por ejemplo, que determinado comportamiento está castigado con la pena de muerte, pero que un Tribunal puede no usar esta sanción si la considera excesiva. Otra cosa muy distinta es decir que se prohíben las penas crueles, porque entonces si la pena de muerte es cruel estará jurídicamente prohibida. En el primer caso el Tribunal tiene discreción para aplicar la pena de muerte, en el segundo no tiene discreción para ello: si es cruel, no debe aplicarla y, si lo hace, no sólo se aparta sino que incumple el Derecho.

b) Luigi Ferrajoli

Aunque Ferrajoli no objeta directamente el positivismo jurídico incluyente, su argumento vale claramente contra él. Veamos el porqué (Ferrajoli 1989, 100-101):

Una alternativa todavía más clara se produce según que el lenguaje usado por el legislador excluya o incluya términos *valorativos*. Como ejemplo de norma penal que designa un hecho y no un valor se puede señalar el Art. 575 de nuestro código penal [el autor se refiere, es claro, al código penal italiano] que define el homicidio como el acto de «cualquiera que produce la muerte de un hombre»; en el extremo opuesto, como ejemplo de norma penal que expresa un valor y, por lo tanto, infringe el principio de estricta legalidad [«*stretta legalità*» es el nombre que Ferrajoli reserva para el principio de taxatividad], podemos recordar el Art. 529 del mismo código que define los actos y los objetos obscenos como aquellos que «ofenden el pudor según el sentir común». La aplicación de la primera norma supone un juicio de hecho, del tipo «Ticio ha producido la muerte de un hombre»; la aplicación de la segunda supone, por el contrario, un juicio de valor del tipo «Ticio, según el sentir común, ha ofendido el pudor». El primer juicio, al referirse a un hecho empírico objetivo, es (relativamente) verificable y falsable, y es de esta manera un acto de conocimiento y de jurisdicción; el segundo, al referirse a una actitud de desaprobación del sujeto que lo pronuncia, es absolutamente inverificable e infalsable, y es, por lo tanto, un acto de valoración basado en una opinión subjetiva y meramente discrecional.

Si Ferrajoli tuviera razón, esto es, si todas las proposiciones que presuponen un juicio de valor, no fueran aptas para la verdad y la falsedad (fuesen, como a veces se ha dicho, únicamente expresiones de emociones), entonces habría una razón muy fuerte para eliminar los términos valorativos de la formulación de las normas jurídicas: en presencia de conceptos valorativos nunca podríamos establecer si un caso individual es o no una instancia del concepto valorativo en cuestión.

Es importante darse cuenta de que la presencia de conceptos valorativos en las normas jurídicas constituiría un problema mucho más grave que el de la vaguedad de los conceptos, porque al fin y al cabo los conceptos vagos sólo son problemáticos en los casos marginales de aplicación, mientras que los conceptos valorativos, con arreglo a esta concepción, serían pro-

blemáticos en *todos* sus casos de aplicación (este argumento en Moreso 2009a, cap. 11).

Sin embargo, ¿qué razones tenemos para adoptar esta concepción de los conceptos valorativos? Parece que dicha concepción presupone la admisión de un enfoque escéptico en materia moral, es decir, un enfoque según el cual los juicios morales son sólo expresiones de emociones o bien prescripciones acerca de cómo debemos comportarnos y, por lo tanto, no pretenden describir el mundo. Aquí, como ya he dicho previamente, no es el lugar para una defensa del objetivismo en moral. Baste con apreciar que el argumento de Ferrajoli presupone el rechazo del objetivismo.

c) Scott J. Shapiro

Shapiro (2011: 279-28, también 2009) ha elaborado un argumento tratando de mostrar que la distinción entre aplicar y crear el Derecho no es exhaustiva. Este es su argumento:

[Los positivistas jurídicos incluyentes] imaginan que si los jueces encuentran el Derecho en los casos difíciles, no pueden crearlo. La verdad, sin embargo, es que los jueces pueden hacer ambas cosas. Pueden aplicar el Derecho actuando como la moralidad les requiere y aplicando derechos preexistentes decidiendo a favor de la parte con el mejor título moral. Aún así, pueden crear nuevo Derecho y nuevos derechos al reconocer que una de las dos partes en litigio debe vencer. Bajo una descripción, «decidir por la parte con el mejor derecho desde el punto de vista moral», la decisión es jurídicamente requerida; bajo la otra, «decidir por el destinatario de la promesa», es jurídicamente no regulada.

Este parece un extraño argumento. Vayamos a nuestro ejemplo: según Shapiro, los castigos crueles desde el punto de vista moral están prohibidos por el Derecho y, bajo esta descripción, los jueces no tienen discreción; sin embargo, los jueces tienen discreción para aplicar, bajo esta descripción, la pena del saco. Si es verdad que la Constitución prohíbe las penas crueles y es verdad que la

poena cullei es cruel, entonces la pena cruel está prohibida por la Constitución y los jueces no tienen discreción alguna. Sin embargo, para que esta respuesta a Shapiro fuese plenamente convincente debería mostrarse que el Derecho requiere todo aquello que está implícitamente implicado por sus requerimientos. No suponerlo así sería, sin embargo, adoptar una versión algo ingenua del Derecho; como si fuese el resultado deliberado de las órdenes de una sola persona. Sólo en este sentido, podría sostenerse que algo que es querido bajo una descripción, no lo es bajo otra. De un modo, tal vez, semejante a como alguien puede decir que quiere comerse este plato de langosta, bajo la descripción de tomar algo sabroso con este *sauvignon* delicioso, y no lo quiere, bajo la descripción de tomar algo que aumenta el ácido úrico en el cuerpo.

d) Andrei Marmor

Marmor (2011, 97) desarrolla un argumento distinto, relativo a la posibilidad del error en la comunidad jurídica:

[...] si se suscribe el criterio positivista conforme al cual la juridicidad es, al final, una cuestión de reglas sociales, entonces la idea de que una comunidad entera pueda equivocarse acerca de las leyes que la regulan es, como mínimo, misterioso.

Sabemos que, en la literatura iuspositivista, a menudo se ha adoptado un enfoque convencionalista acerca de los criterios últimos de identificación del Derecho. Entonces, arguye Marmor, no es razonable que estemos equivocados acerca de hechos que son convencionales y, en cambio, si es razonable que estemos (incluso todos) equivocados acerca de la moralidad de determinados comportamientos. Hay que reconocer, como veremos un poco más adelante, que es verdad que el Derecho no sería comprensible como práctica social si cupiera el error generalizado sobre todos los aspectos. Sin embargo, esto es compatible con un error generalizado sobre algunos aspectos, precisamente aquellos en los que se remite a la moralidad. Cuando la Corte Suprema de Estados

Unidos decidió que la segregación racial en las escuelas era contraria a la Constitución americana asumió que hasta ese momento había habido un error ampliamente generalizado acerca de lo que la Constitución requería.¹⁸

e) Juan Carlos Bayón

Bayón (2002a, 48; también 2002b) sostiene, convincentemente, que el incorporacionismo supone la posibilidad de que exista una convención para guiarse por criterios no convencionales y, de este modo, puede suponer que la existencia del Derecho depende, en último término, de criterios convencionales aunque su contenido pueda ser identificado mediante criterios no convencionales. Y entonces arguye:

Pero la réplica —que me parece correcta— del partidario de la versión fuerte de la tesis social es que esa vía media es ficticia, porque la idea misma de una convención de seguir criterios no convencionales resulta incoherente. Para que exista una regla convencional es necesaria una práctica social convergente y, por tanto, algún grado de acuerdo. Pero si hay acuerdo acerca del contenido de los criterios a los que esa presunta convención compleja se remite —y se entiende que la extensión de ese acuerdo define la extensión de la convención—, entonces no es cierto que dichos criterios sean no convencionales; y si dicho acuerdo no existe, entonces no hay práctica social convergente alguna y por tanto no hay en realidad regla convencional. En suma, una presunta convención de seguir criterios no convencionales o bien es una convención sólo aparente, o bien su contenido no es en realidad seguir criterios no convencionales. Así que el incorporacionismo queda expuesto al siguiente dilema: o bien abandona el convencionalismo, o bien acaba siendo indistinguible del positivismo excluyente.

Creo, no obstante, que el argumento de Bayón sería correcto si la convención pudiera, por así decirlo, autoanularse siempre. Pero si es posible mostrar que hay algunos elementos del Derecho que no pueden recurrir a la moralidad, entonces es posible sostener un

¹⁸ Véase *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

modo de escapar al dilema. Trataré de mostrar cómo en los dos apartados siguientes.

f) Kenneth E. Himma

K. E. Himma, que había mostrado simpatía hacia el positivismo jurídico incluyente (Himma 1999), ha cambiado su posición convencido de no haber tenido en cuenta anteriormente la importancia de las decisiones de las autoridades finales, es decir, el hecho de que lo que las sentencias que devienen firmes establecen, constituye la última palabra en el Derecho (Himma 2003, 2005, 2009).

Dicho muy resumidamente el argumento de Himma es el siguiente: si el positivismo incluyente llevase la razón y dado que —esto no lo pone en duda el autor— la Constitución americana incorpora pautas morales, entonces el último criterio de validez jurídica en los Estados Unidos sería el siguiente (Himma 2009, 119):

Formulación de la mejor interpretación objetiva: Una norma promulgada debidamente es jurídicamente válida si y sólo si se conforma con aquello que, como cuestión objetiva, es la mejor interpretación desde el punto de vista moral de las normas sustantivas de la Constitución.

Según Himma, este no puede ser el último criterio de validez jurídica en los Estados Unidos, porque las decisiones finales de la Corte Suprema, aun si no toman en cuenta la mejor interpretación desde el punto de vista moral, son las que tienen fuerza de obligar a todos los operadores jurídicos, al resto de Tribunales y a los miembros de la administración, y ésta es una obviedad que conocen todos los familiarizados con el sistema jurídico de los Estados Unidos. Lo mismo sucede con los sistemas jurídicos europeos. Las decisiones finales de nuestros Tribunales Constitucionales tienen fuerza vinculante para todos los jueces y Tribunales y para todos los órganos de la Administración. Y las decisiones finales de nuestros Tribunales Supremos también, aunque de un modo diferente —como es obvio— al del sistema del *binding precedent* anglosajón.

Por esta razón, Himma sostiene que la anterior formulación (y otras muchas que ensaya en sus trabajos) deben ser abandonadas y sustituidas por la siguiente formulación del criterio último de validez (Himma 2009, 120):

Formulación de la mejor interpretación del Tribunal: Una norma promulgada debidamente es jurídicamente válida excepto si es declarada inconstitucional con arreglo a lo que la mayoría de los magistrados deciden que es, como una materia objetiva, la interpretación mejor desde el punto de vista moral de las normas sustantivas de la Constitución.

El problema de esta posición es, simplemente, que se convierte en otra versión del punto de vista según el cual el Derecho es lo que los jueces dicen que es. Y esto no reconstruye razonablemente nuestra práctica que incluye la conciencia de que los jueces se equivocan. No reconstruye la práctica de que, dicho con Hart (2004, 141-147), una cosa es que las decisiones de determinados Tribunales sean finales, y otra muy distinta es que sean infalibles. En otros lugares he denominado a esta doctrina la doctrina *Julia Roberts* (Moreso 2009a, cap. 9 y 2010b) puesto que en un caso relativamente reciente, *Lawrence v. Texas*,¹⁹ el Tribunal Supremo de los Estados Unidos decidió anular *Bowers v. Hardwick*,²⁰ y revocar la sentencia de la Corte del Tribunal de Apelación del Distrito de Texas, al considerar que las imputaciones penales por relaciones sexuales entre adultos en el domicilio vulneran intereses fundamentales como la libertad y la intimidad protegidas por la cláusula del debido proceso de la Enmienda Catorce de la Constitución americana. El Tribunal afirma: «*Bowers* was not correct when it was decided, and it is not correct today. It ought not to remain binding precedent. *Bowers v. Hardwick* should be and now is overruled». Si se me permite una frivolidad, podríamos decir que *Julia Roberts tenía razón*, porque al comienzo de la película *El informe pelícano*, el personaje interpretado por la actriz Julia Roberts, una estudiante de Derecho, discute con su profesor de Derecho

¹⁹ 539 U.S. 558 (2003).

²⁰ 478 U.S. 186 (1986).

Constitucional acerca de *Bowers*, y arguye que la ley de Georgia que califica la sodomía como un delito penal era inconstitucional. El profesor replica: «Well, the supreme court disagree with you, miss Shaw. They found that the state did not violate the right of privacy. Now, why is that?», y la estudiante contesta: «Because, they are wrong».

g) Ronald Dworkin

Una de las críticas más fundamentales de Dworkin al positivismo jurídico (desde Dworkin 1986) reside en que dicha doctrina deja por explicar las discrepancias que se producen entre los juristas (Dworkin 2006, 233): «[...] los juristas discrepan a menudo acerca de lo que el Derecho es en alguna materia, aunque están de acuerdo acerca de todos los hechos históricos que los positivistas citan y que, según su punto de vista, agotan las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas (*propositions of law*)». Es más, arguyendo contra la defensa de Jules Coleman del positivismo inclusivo, Dworkin sostiene que el argumento de Coleman presupone que los jueces en los Estados Unidos están de acuerdo en que la validez de algunas de las leyes depende de su corrección moral, dado que así lo exigen las disposiciones constitucionales, pero añade (Dworkin 2006, 194):

Esto ciertamente no es verdad. Por el contrario, la proposición que la cláusula de la igual protección hace el Derecho dependiente de la moralidad es también profundamente controvertida. Muchos juristas, incluidos algunos de los jueces del Tribunal Supremo, insisten en que es verdadera, mientras otros, incluidos otros jueces del Tribunal Supremo, la rechazan duramente. Muchos de ellos insisten en que la cláusula hace que la ley dependa de hechos históricos acerca de lo que los *framers* consideraban injusto, o de lo que los americanos en general juzgan injusto, o algo similar.

Me parece que se trata de un argumento convincente. Si la existencia del Derecho es un fenómeno convencional (como quiere el positivismo Hartiano), entonces deberán existir convenciones am-

pliamente compartidas que permitan la identificación del Derecho. Sin embargo, estas convenciones parecen ser desafiadas por las diversas concepciones de lo que el Derecho requiere en una sociedad.²¹

Sin embargo, el positivista incluyente todavía puede replicar con el argumento de que las discrepancias entre los juristas responden, en realidad, a un modo diverso de apelar a un presunto fundamento común. Las diversas concepciones acerca de la incorporación de la moralidad (y también las que niegan dicha incorporación) en el Derecho responden, creo, a este factor.

En este sentido el positivismo incluyente y Dworkin transitan la misma vía. Recientemente Dworkin (2011, cap. 19) ha insistido en este punto de vista sosteniendo que, por una parte, el Derecho es una parte institucionalizada de la moralidad política,²² y por otra que su concepción del Derecho como una práctica interpretativa es compatible (y «esto es crucial» añade) con «no denegar la distinción de las cuestiones relativas a aquello que es el Derecho y a aquello que debe ser» (Dworkin 2011, 407) y aceptar que tiene sentido (para los jueces que creían que *The Fugitive Slave Act* era constitucional)²³ afirmar que dicha ley, por ejemplo, «[...] era Derecho válido aunque demasiado injusto para ser aplicado [...]» (Dworkin 2011, 411). En cambio, afirma (Dworkin 2011, 411) que no es sostenible en el caso de la monstruosa legislación nazi: «[...] es moralmente más adecuado denegar que estos edictos sean

²¹ Un intento de contestar la crítica dorkwiniana desde una posición positivista en Derecho y escéptica en moral en Leiter 2009, consistente en afirmar que cuando los jueces y los juristas en general discrepan en los casos difíciles en realidad o bien están todos en un error generalizado (creen que discrepan genuinamente) o bien fingen discrepar. A Shapiro (2007) la crítica le parece muy importante, aunque intenta una respuesta desde el positivismo excluyente. Mi propia posición en Moreso 2009b.

²² De acuerdo con esta posición y con el espacio de la dimensión institucional del Derecho, Atienza-Ruiz Manero 2001. A los autores, como a Dworkin, les parece por razones parcialmente similares que su posición es mejor caracterizada como antipositivista, Atienza-Ruiz Manero 2007.

²³ Dworkin no piensa así (Dworkin 1975 y 2011, 486 nota 12), sino que considera que la legislación de 1850, que otorgaba el Derecho a los propietarios de esclavos a recuperarlos aún si habían huido a otros estados en donde la esclavitud era ilegal, era inconstitucional y el famoso caso *Dred Scott v. Sanford* 60 U.S. 393 (1856), erróneamente decidido por la Corte Suprema.

Derecho». aunque, añade, tal y como se plantea tradicionalmente el venerable problema del Derecho injusto se asemeja tristemente a una disputa verbal (Dworkin 2011, 412).

Dworkin también critica al positivismo haber sostenido una concepción de acuerdo con la cual el Derecho y la moralidad son dos sistemas diferenciados y sostiene la visión unificada. Y añade (Dworkin 2011, 413):

Sería difícil defender al positivismo, incluso conforme a dicha concepción [la de los dos sistemas diferenciados], si los jueces discreparan acerca de importantes cuestiones de procedimiento constitucional. Pero una vez rechazamos el modelo de los dos sistemas, e identificamos el Derecho como una parte distintiva de la moralidad política, debemos tratar los principios estructurales particulares que separan el Derecho del resto de la moralidad como propiamente principios políticos que necesitan una lectura moral.

No me parece razonable, sin embargo, considerar que todo lo que el Derecho requiere es controvertido y depende de consideraciones valorativas, como en este texto parece sugerir Dworkin. Algunos aspectos de la práctica han de estar protegidos de esta controversia si la práctica debe tener la cualidad procesal de poner un final institucional a las controversias. En mi opinión —y expuesto de modo muy tentativo— al menos el contenido de las reglas jurídicas de las siguientes clases ha de poder identificarse sin controversia ni recurso a valoraciones:²⁴

- a)** Las reglas que confieren poderes y las reglas de adjudicación en aquello que se refiere a la determinación de los órganos jurídicos y de los procedimientos.
- b)** Las resoluciones judiciales y administrativas que establecen las decisiones individuales.
- c)** Las reglas que establecen qué decisiones judiciales son definitivas y los procedimientos para hacerlas cumplir por el resto de órganos judiciales y administrativos.

²⁴ Obviamente que así se concede una parte de la razón a los positivistas exclusivos que sostienen que la existencia y el contenido del Derecho se determina sin recurrir a la moralidad. Es un argumento que ya presenté en Moreso 2010b.

Los tres puntos merecen algún comentario. En relación con el primero, es obvio que las reglas que confieren poderes son controvertidas también por lo que refiere al contenido, a la competencia material, que suele estar limitada por disposiciones superiores ampliamente controvertidas: así el Parlamento limitado por las disposiciones constitucionales. Sin embargo, la determinación de quién sea el Parlamento o el Tribunal Constitucional puede determinarse sin recurrir a juicios de valor.

Las decisiones individuales que ponen fin a las controversias han de atribuir derechos y deberes de un modo claro. Una sentencia penal debe condenar a X por haber cometido el delito D, no puede condenar a X bajo la condición de que no estuviera amparado por una causa de justificación (lo que seguiría siendo controvertible).

Respecto del último punto es importante notar que, por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió en *Bush v. Gore*²⁵ que la decisión del Tribunal Supremo de Florida que establecía la necesidad de recomtar los resultados de la elección presidencial en el estado de Florida era inconstitucional y, de este modo, permitió que George Bush fuera proclamado Presidente. Fue una decisión muy controvertida y destacados juristas piensan que es equivocada,²⁶ pero nadie ha defendido, hasta donde yo sé, que Bush fue proclamado Presidente de los Estados Unidos de modo ilegal.

²⁵ 531 US 98 (2000).

²⁶ Véase por ejemplo, Dworkin 2002.

Bibliografía

- Alchourrón, Carlos E., Bulygin, Eugenio (1991), «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales), 303-328.
- Atienza, Manuel, Ruiz Manero, Juan (2001), «La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica», *Doxa* 24: 115-130.
- _____ (2007): «Dejemos atrás el positivismo jurídico», *Isonomía*, 27: 7-28.
- Bayón, Juan Carlos (2002a), «El contenido mínimo del positivismo jurídico», en V. Zapatero (comp.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho: Homenaje a Luis García San Miguel*, (Alcalá de Henares: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá), vol. 2, 33-54.
- _____ (2002b), «Derecho, convencionalismo y controversia» en P. E. Navarro, M.C. Redondo (eds.), *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, (Barcelona: Gedisa), 57-92.
- Berlin, Isaiah (1958), «Two concepts of Liberty», en I. Berlin, *Four Essays on Liberty* (Oxford: Oxford University Press, 1969), 118-172.
- Bulygin, Eugenio (1982), «Time and Validity», en A. A. Martino (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, (Amsterdam: North Holland), 65-82.
- _____ (2006), *El positivismo jurídico* (México: Fontamara).
- Campbell, Tom D. (1996), *The Legal Theory of Ethical Positivism* (Aldershot: Dartmouth).
- Carrió, Genaro R. (1971), *Principios jurídicos y positivismo jurídico* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot).
- Coleman, Jules L. (1982), «Negative and Positive Positivism», *Journal of Legal Studies*, 11: 139-162.
- _____ (1998), «Incorporationism, Conventionalism, and the Practical difference Thesis», *Legal Theory*, 4: 381-426.
- _____ (2001), *The Practice of Principle: In Defense of*

- a Pragmatist Approach to Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press).
- Dworkin, Ronald (1975), «The Law of the slave-catchers» en *Times Literary Supplement*, december, 5.
- _____ (1986), *Law's Empire*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).
- _____ (ed.) (2002), *A Badly Flawed Election. Debating Bush v. Gore, the Supreme Court, and American Democracy* (New York. The New Press).
- _____ (2006), *Justice in Robes*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).
- _____ (2011), *Justice for Hedgehogs* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).
- Endicott, Timothy A. O. (2003), «Raz on Gaps-The surprising Part», en Thomas Pogge, Lukas Meyer, & Stanley Paulson (eds), *Rights, Culture, and the Law-Essays After Joseph Raz* (Oxford: Oxford University Press), 99-117.
- Ferrajoli, Luigi (1989), *Diritto e Ragione. Teoría del garantismo penale* (Roma-Bari: Laterza).
- Gargarella, Roberto (2006), «El nacimiento del constitucionalismo popular», *Revista de Libros*, 112 (abril), 15-18.
- Guastini, Riccardo (2006), «Lo scetticismo interpretativo revisitato», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 36: 227-236.
- Hart, H. L. A. (1994), *The Concept of Law*, 2 ed. P. Bulloch y Joseph Raz (eds.), (Oxford: Oxford University Press).
- Hierro, Liborio (2002), «¿Por qué ser positivista?», *Doxa* 25: 263-302.
- Himma, Kenneth E. (1999), «Incorporationism and the objectivity of Moral norms», *Legal Theory*, 5: 415-434.
- _____ (2002), «Inclusive Legal Positivism» en J.L. Coleman, S.J. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, (Oxford: Oxford University Press), 125-165.
- _____ (2003), «Making Sense of Constitutional Disagreement: Legal Positivism, the Bill of Rights, and the Conventional Rule of Recognition in the United states», *Journal of Law and Society*, 42: 149-218.

- _____ (2005), «Final Authority To Bind With Moral Mistakes: On The Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism», *Law and Philosophy*, 24: 1-45.
- _____ (2009), «Understanding the Relationship Between The Us Constitution and the Conventional Rule of Recognition», en M.D. Adler, K. E. Himma (eds.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, (Oxford: Oxford University Press), 95-121.
- Kelsen, Hans (1931), *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. de R.J. Brie, (Madrid: Tecnos, 1985).
- _____ (1957), *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science* (Berkeley: California University Press).
- Kerr, Philip (1992), *A Philosophical Investigation* (London: Chatto & Windus), traducida al castellano por M. Bach como *Una investigación filosófica* (Barcelona: Anagrama, 1996).
- Kramer, Larry (2004), *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, (Oxford: Oxford University Press).
- Kramer, Matthew (2000), «How Moral Principles Can Enter into The Law» en *Legal Theory*, 6: 103-107.
- Laporta, Francisco J. (2007), *El imperio de la ley. Una visión actual*, (Madrid: Trotta).
- Leiter, Brian (2001), «Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered», *Ethics*, 111: 278-301.
- _____ (2002), «Law and Objectivity» en J. Joleman, S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, (Oxford: Oxford University Press), 969-989.
- _____ (2009), «Explaining Theoretical Disagreement», *University of Chicago Law Review* 76: 1215-1250.
- Lyons, David (1977), «Principles, Positivism and Legal Theory», *Yale Law Journal*, 87: 415-436.
- Marmor, Andrei (2002), «Exclusive Legal Positivism», en J.L. Coleman, S.J. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, (Oxford: Oxford University Press), 104-124.
- _____ (2011), *Philosophy of Law*, (Princeton: Princeton University Press).

- Moreso, José Juan (1997), *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- _____ (2004), «Positivism jurídico y aplicación del Derecho», *Doxa* 27: 45-62.
- _____ (2008), «La lectura moral del Derecho», *Revista de libros* 142 (octubre), 11-13.
- _____ (2009a), *La Constitución: modelo para armar* (Madrid: Marcial Pons).
- _____ (2009b), «Legal Positivism and Legal Disagreements», *Ratio Juris*, 22: 162-73.
- _____ (2010a), «Tomates, hongos y significado jurídico», en J.J. Moreso, L. Prieto Sanchís, J. Ferrer Beltrán, *Los desacuerdos en el Derecho*, (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo), 15-48.
- _____ (2010b), «La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables» en J.J. Moreso, L. Prieto Sanchís, J. Ferrer Beltrán, *Los desacuerdos en el Derecho*, (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo), 49-86.
- Moreso, José Juan; Navarro, Pablo E. (1997), «Applicability and Effectiveness of Legal Norms», *Law and Philosophy*, 16: 201-219.
- Radin, Max (1920), «The Lex Pompeia and the Poena cullei», *The Journal of Roman Studies*, 10: 119-130.
- Raz, Joseph (1979), *The Authority of Law*, (Oxford: Oxford University Press).
- _____ (1994), *Ethics in the Public Domain*, (Oxford: Oxford University Press).
- _____ (2004), «Incorporation by Law», *Legal Theory*, 10: 1-17.
- Ross, Alf (1958), *On Law and Justice* (London: Stevens and Sons).
- Scalia, Antonin (1997), *A Matter of Interpretation* (Princeton: Princeton University Press).
- Scarpelli, Uberto (1965), *Cos'è il positivismo giuridico* (Milano: Edizione di Comunità).
- Shapiro, Scott J. (1998), «On Hart's Way Out», *Legal Theory*, 4: 469-508.

- _____ (2007), «The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed», en A. Ripstein (ed.), *Ronald Dworkin* (Cambridge: Cambridge University Press), 22–55.
- _____ (2009), «Was Inclusive Legal Positivism Founded on a Mistake?», *Ratio Juris*, 22: 326-338., aju_428 326.338.
- _____ (2011), *Legality* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).
- Soper, Philip: «Legal Theory and Obligation of the Judge: The Hart/Dworkin Dispute», *Michigan Law Review*, 75: 511-542.
- Troper, Michel (2001), «Une théorie réaliste de l’interprétation», en Olivier Jouanjan (ed.), *Dossier Théories réalistes du droit*, (Strasbourg: PU de Strasbourg, 2001), 51-78.
- Tushnet, Mark (1999), *Taking the Constitution Away from the Courts*, (Cambridge., Mass.: Harvard University Press).
- Vilajosana, Josep M. (1998), «Sobre recepció de normes», *Isonomia*, 8:181-191.
- Waluchow W. J. (1994), *Inclusive Legal Positivism*, (Oxford: Oxford University Press).
- Waldron, Jeremy (2001), «Normative (or Ethical) Positivism» en J. Coleman (ed.), *Hart’s Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001), cap. 12.

TEORÍA Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LAS ÓRDENES DE PROTECCIÓN

Iván Alfredo Montes Flores*

Sumario: I. Introducción. II. Cambios de paradigma jurisdiccional. III. Argumentos recurrentes de un presunto agresor. IV. Argumentos recurrentes de la víctima. V. Conclusiones.

I. Introducción

Cada día es más complicado encontrar abogados que puedan identificarse plena e invariablemente con una corriente del pensamiento jurídico. Esto obedece a una razón muy simple: nuestra realidad actual así lo exige.

Al analizar un problema planteado se tiende a identificar los elementos que muestren la posición del interesado. Así, encontramos que pueden existir normas legales vigentes cuya simple y exacta aplicación sea suficiente para obtener una resolución acorde a sus pretensiones. Por otra parte, es posible encontrarnos con normas legales cuya simple y exacta aplicación sea suficiente para propiciar una resolución contraria a sus pretensiones. También, existen situaciones en las que no encontramos normas legales cuya simple y exacta aplicación sea suficiente para resolver el problema, o bien, que existan dos o más normas que lo resuelvan en forma distinta, de tal suerte que se requieren habilidades argumentativas para lograr una resolución favorable.

* Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Sinaloa y especialista en Derecho constitucional por la UNAM.

La identificación de la situación real de la persona frente al ordenamiento jurídico, propicia que la estrategia diseñada refleje su adhesión a la corriente del pensamiento cuyos argumentos contribuyan a una interpretación jurisdiccional acorde a sus intereses.

Considero que la dinámica de las órdenes de protección en el estado de Sinaloa es un ejemplo que nos permite explicar algunos argumentos característicos de diversas corrientes del pensamiento jurídico.

Son diversas las variantes que pueden presentarse en las órdenes de protección, a manera de ejemplo podemos mencionar las que se solicitan por un hombre, por un adulto mayor, un niño o un hermano. Sin embargo, en el presente trabajo nos referimos exclusivamente a aquéllas que solicita una mujer contra actos violentos efectuados por un hombre en una relación de pareja.¹ Lo anterior, en virtud de que dicho supuesto es el más recurrente que se presenta ante los órganos jurisdiccionales.

II. Cambios de paradigma jurisdiccional

Cuando en el seno familiar una mujer es víctima de violencia en cualquiera de sus modalidades,² al grado de decidir acudir a instancias gubernamentales para solicitar ayuda, es común que dicha persona desconozca el contenido de un Código Familiar, del Código de Procedimientos Familiares, de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, de la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el Estado de Sinaloa, de la Ley para Prevenir y Atender la Violencia Intrafamiliar, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Sinaloa,

¹ No se incluyen argumentos relativos a las órdenes de protección solicitadas por adultas mayores, niñas, hermanas, entre otras, debido a que se perdería claridad y precisión, por mezclar situaciones o circunstancias relevantes para la diferenciación.

² El artículo 2 de la Ley para Prevenir y Atender la Violencia Intrafamiliar del Estado de Sinaloa clasifica dicha violencia en: conducta violenta, maltrato físico, maltrato verbal, maltrato sexual, maltrato psico-emocional, celotipia, violencia económica y violencia patrimonial.

de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género; sin embargo, considera que las normas jurídicas no pueden legitimar la acción de quien ejerce violencia y, por tanto, es justo que las instituciones le faciliten un remedio. Esta concepción del Derecho se deriva de un valor o principio general básico y no necesariamente jurídico denominado comúnmente como «respeto». También considera que no es posible que actualmente continúe aplicándose la ley natural del más fuerte; por ende, no pretenderá que el victimario sea sujeto a una ley del talión. En fin, sólo aspira a vivir en un entorno de respeto a su dignidad humana.

La víctima que desconoce el contenido del ordenamiento jurídico sólo partirá de una premisa: si las normas que ha creado el Estado legitiman la violencia que ejerce mi pareja, no pueden ser válidas.

Es así que nos encontramos ante una concepción básica del Derecho natural o iusnaturalista, donde la condición del ser humano nos permite concebir a los principios de justicia o valores como el fundamento de toda normatividad positiva³ y que, por tanto, la norma jurídica que contradiga estos principios es injusta y en consecuencia inválida.⁴

³ Recaséns Siches afirmaba que el Derecho natural no es natural en el sentido que lo conciben las ciencias físicas o biológicas. Los principios del Derecho natural no expresan modos de la realidad, sino exigencias ideales y normativas. Por tanto, en materia jurídica, lo natural no se refiere a lo que es, sino lo que debe ser, aunque eso que debe ser, está fundado y condicionado por la realidad esencial de lo humano, realidad a la cual pertenecen ideas de finalidad esencial. Recaséns Siches, Luis, «Axiología jurídica y derecho natural», en Bagolini, Luigi, *et al.*, *Symposium sobre derecho natural y axiología*, México, UNAM, Centro de Estudios Filosóficos, 1963, p. 141.

⁴ Las doctrinas iusnaturalistas de corte revolucionario coinciden en que por encima del orden positivo existe otro natural, intrínsecamente valioso, cuyas normas deben prevalecer sobre las del primero. García Máynez, Eduardo,

Con plena conciencia de que su situación es injusta y de que aun cuando las normas creadas por el Estado puedan decir lo contrario, alguien debe protegerla de los actos realizados por su pareja,⁵ la víctima acude a las instalaciones de los juzgados familiares a elaborar una solicitud de protección para evitar que continúen produciéndose los actos injustos.

Por su parte, la actuación del juzgador no puede regirse por estos principios de justicia derivados de una concepción natural deontológica, debido a que su posición de autoridad lo obliga a actuar conforme a normas que hayan sido incorporadas al ordenamiento jurídico por una regla de cambio, y aceptadas como válidas por una regla de reconocimiento.⁶

Este paradigma, al no compartir los postulados que nos arroja la visión de la víctima y no reconocer como Derecho aquellos principios de justicia natural que no se encuentren debidamente reglamentados en las normas jurídicas, nos indica que el juzgador parte de una posición iuspositivista.

Por esta razón, con anterioridad al año 2001, los jueces familiares en el estado de Sinaloa se creían impedidos para dictar órdenes de protección con la rapidez y sentido de la urgencia que lo hacen ahora. Es decir, al no existir normas que les otorgaran esta facultad y regularan su procedimiento, que hubieran sido incorporadas al ordenamiento jurídico conforme a una regla de cambio y que se aceptaran como válidas por una regla de reconocimiento, no podían ordenar la exclusión inmediata del domicilio a quien ejerciera violencia familiar y aplicarle medidas restrictivas. Sólo existía la posibilidad de solicitar la separación de personas como acto preju-

«Validez formal y validez material en sentido jurídico positivo, validez objetiva o intrínseca en sentido axiológico», en *Ibidem*, p. 90.

⁵ Al referirse al reduccionismo iusnaturalista, Peces-Barba afirma que cuando los derechos son ese espíritu sin fuerza, el poder puede seguir siendo una fuerza sin conciencia. Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1999, p. 41.

⁶ Para Hart, las reglas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación en el Derecho, son aquellas que remedian los problemas de falta de certeza, del carácter estático y de la difusa presión social, que se derivaría de un sistema normativo no jurídico. Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, 2^a ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, pp. 113-123.

dicial, cuando se tuvieran intenciones de demandar o denunciar a su cónyuge, pero dicha normativa no reflejaba un estado de emergencia por peligro inminente en que pudiera encontrarse la mujer, sino que preveía conflictos que pudieran suscitarse por la decisión de ejercitar una acción.⁷

La visión legalista del juez constituye el paradigma histórico prevaleciente en nuestro Derecho. Los principios sólo eran considerados postulados que justificaban la normatividad ordinaria, pero no elementos de aplicación directa en primera instancia. La premisa mayor dentro del silogismo jurídico siempre debía ser lo establecido por la ley.

Lo anterior nos indica que, bajo el paradigma mencionado, el juez familiar hubiera negado una solución inmediata a la víctima y posiblemente la hubiera conminado a iniciar un procedimiento ordinario o sumario donde se pudiera ventilar el problema, escuchar la postura de la contraparte y se cumplieran las formalidades legales. En otras palabras, el elemento urgencia o peligro inminente, constituía un problema para el cual la norma del Derecho familiar no establecía una solución, existía una laguna jurídica.

Ante esta negativa, la víctima necesitaría asesorarse con un abogado. Dicho profesionista, al analizar la situación y verificar el peligro inminente de su cliente, que además no contaba con otro lugar donde habitar, se percató que efectivamente la normativa legal vigente no establece un mecanismo de protección inmediata, por lo que va a requerir el ejercicio de argumentos de una corriente del pensamiento jurídico no positivista, que fundamenten la procedencia de la protección solicitada.

De esta manera, el abogado decide poner en práctica la teoría interpretativa de Ronald Dworkin. Basado en dicha corriente del pensamiento, el abogado puede argumentar que si analizamos el problema desde una perspectiva de los principios,⁸ no existen la-

⁷ Así lo establecían los artículos 204 al 216 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Sinaloa. El legislativo sinaloense ha considerado de naturaleza distinta la separación de personas como acto prejudicial y las órdenes de protección, lo que puede constatarse en el Código de Procedimientos Familiares vigente, debido a que coexisten las dos figuras en diferentes capítulos.

⁸ Dworkin utiliza la denominación genérica de principio para referirse a todo

gunas jurídicas,⁹ lo que existen son casos difíciles¹⁰ para cuya solución se requiere la aplicación o ponderación de aquéllos. De esta manera, evitamos el juego de todo o nada al que nos orilla el pensamiento positivista.¹¹

En la solicitud, el abogado argumentaría que el principio de legalidad puede ser contrapuesto al principio de respeto a la integridad personal. Así, la máxima que establece que para la autoridad sólo está permitido lo expresamente señalado en la ley, se vería contrastada por otra que establece que las autoridades se encuentran obligadas a brindar protección inmediata a quien así lo requiera, independientemente de que existan o no normas legales que las faculten expresamente para actuar en el caso concreto.

Esta ponderación, no pretendería una declaratoria de invalidez respecto del principio de legalidad, simplemente aspiraría al ejercicio de la dimensión del peso, cuyo resultado sería determinar que para ese caso concreto, tiene mayor aplicabilidad el principio que proporcione una máxima protección inmediata a la integridad personal. De tal suerte que en otros casos, es posible que tenga mayor peso el principio de legalidad.

Una vez recibida la solicitud, el juez se puede mostrar escéptico y cuestionar al abogado sobre el fundamento jurídico de la máxima que permita a la autoridad actuar aun cuando no lo faculte expresa-

el conjunto de estándares que no son normas. Principios, directrices políticas y otros tipos de pautas. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2002, pp. 72 y 73.

⁹ Según Kelsen, se otorga a la interpretación un papel esencial de llenar lagunas de la ley. Sin embargo, no existen auténticas lagunas, en el sentido de que un caso no pueda resolverse por las normas vigentes. Lo que pueden existir son lagunas técnicas, cuando el legislador omite dictar normas respecto de un tema que se cree que debió regular. Pero ello no significa que exista laguna, sólo refleja que el legislador delegó su reglamentación a una norma de grado inferior. Las lagunas no son otra cosa que la diferencia entre el Derecho positivo y un orden que se considera mejor, más justo y más recto. Kelsen, Hans, *La teoría pura del Derecho*, México, Editorial Época, 2008, pp. 109-116.

¹⁰ Hart afirmaba que las lagunas jurídicas o casos difíciles se producían por la textura abierta de las normas.

¹¹ Las normas son aplicables a la manera de disyuntiva, en cambio los principios tienen una dimensión del peso o importancia. Dworkin, Ronald, *op. cit.* nota 8, pp. 75-80.

mente la ley. El abogado, actuando apegado a la teoría de Dworkin, le respondería que dicho principio de justicia no requiere cumplir con una regla de reconocimiento para su validez y aplicación práctica en los casos concretos. Según esta teoría, el predominio del principio de legalidad produciría una resolución injusta, puesto que permitiría al agresor continuar ejerciendo violencia contra la otra persona.

Sin embargo, el juez identificado como un ser inanimado destinado a aplicar invariablemente la ley,¹² decretará improcedente la solicitud, argumentando que requiere una reglamentación que le indique cómo actuar en dichos casos.

Con la entrada en vigor de la Ley para Prevenir y Atender la Violencia Intrafamiliar del Estado de Sinaloa,¹³ se facultó normativamente al agente del Ministerio Público adscrito a los juzgados especializados en materia familiar para solicitar las órdenes de protección al juez, quien las recibiría y, sin necesidad de acreditarse fehacientemente el dicho de la víctima, concedería la medida cautelar de exclusión del domicilio al agresor.

Dicha facultad se vio respaldada posteriormente con la entrada en vigor de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia,¹⁴ la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el Estado de Sinaloa¹⁵ y del Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Sinaloa,¹⁶ en virtud de que, con algunas variaciones, regulan también esta atribución jurisdiccional.

Debido al carácter urgente de la medida, se ha establecido un procedimiento sencillo y accesible para la víctima. Se elabora la solicitud con base en formatos preestablecidos para tal efecto;¹⁷ se

¹² Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 110.

¹³ Publicada en el Periódico Oficial “El Estado de Sinaloa”, el 07 de diciembre de 2001.

¹⁴ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 01 de febrero de 2007.

¹⁵ Publicada en el Periódico Oficial “El Estado de Sinaloa” el 30 de julio de 2007.

¹⁶ Publicado en el Periódico Oficial “El Estado de Sinaloa” el 27 de noviembre de 2013.

¹⁷ Así lo ordena el artículo 53 de la Ley para Prevenir y Atender la Violencia Intrafamiliar del Estado de Sinaloa.

presenta ante el juez familiar;¹⁸ al presentarla se elabora un acta de comparecencia para su ratificación;¹⁹ en ese momento se ordena la exclusión del domicilio del presunto agresor²⁰ y se señala fecha para una audiencia con su presencia;²¹ la exclusión se realiza por medio de un actuario, quien puede ser auxiliado por elementos policiacos;²² el actuario notifica al presunto agresor que debe retirarse del domicilio y que tiene prohibición de acercarse a los familiares. En la audiencia, si no se acredita una causa de indudable improcedencia de la medida, se confirma la orden de exclusión.

Es importante resaltar que con la entrada en vigor de esta normatividad, la visión positivista del juez ahora opera a favor de la víctima, puesto que la simple y exacta aplicación de la legislación mencionada, es suficiente para conceder la medida cautelar. Esto ocasiona que en lo subsecuente, la defensa del presunto agresor es quien deberá recurrir a argumentos de una corriente del pensamiento jurídico que sustenten sus pretensiones.

Al notificarse al presunto agresor la orden de exclusión del domicilio, éste inmediatamente se siente agraviado por una resolución injusta, que sin concederle la posibilidad de defenderse, lo obliga a alejarse de su hogar. Es ahora dicha persona quien inme-

¹⁸ La posibilidad de que la víctima presente la solicitud directamente ante el juez es una particularidad incluida por el artículo 449 del Código de Procedimientos Familiares, debido a que las legislaciones anteriores sólo facultaban a los Agentes del Ministerio Público para tal efecto.

¹⁹ El artículo 453 del Código de Procedimientos Familiares y el 49 de la Ley para Prevenir y Atender la Violencia Intrafamiliar del Estado de Sinaloa conceden un margen de 24 horas para que el juez ordene la ratificación, pero en la práctica se efectúan inmediatamente.

²⁰ El artículo 454 del Código de Procedimientos Familiares faculta al juez para ordenar la exclusión de manera provisional desde el momento de la ratificación, aunque después pueda modificar sus términos en la audiencia. Por su parte, la Ley para Prevenir y Atender la Violencia Intrafamiliar, no prevé esta posibilidad sino que las medidas se decretan hasta el momento de la audiencia.

²¹ Dicha audiencia es regulada en términos similares por el artículo 50 de la Ley para Prevenir y Atender la Violencia Intrafamiliar y por el 453 del Código de Procedimientos Familiares.

²² Artículo 55 de la Ley para Prevenir y Atender la Violencia Intrafamiliar. El precepto 454 del Código de Procedimientos Familiares también lo prevé, pero precisa que la intervención de la fuerza pública debe ser mínima, debido a las tensiones que puede provocarse en los niños y niñas.

diatamente recurre a un razonamiento propio de la concepción iusnaturalista, donde considera que no es posible que se le cause este tipo de perjuicio sólo porque otra persona lo acuse verbalmente de violento. Si acaso existen normas jurídicas que sustenten esta medida, no pueden ser consideradas válidas puesto que atentan contra principios básicos de justicia natural.

Convencida de ello, esta persona decide que dicha injusticia debe impugnarse ante los tribunales, y por tal razón acude a asesorarse con un abogado. El profesionalista, al analizar el caso, observa que efectivamente el juez está actuando con base en una legislación vigente que lo faculta para tal efecto, por lo que abordar el problema desde un punto de vista del positivismo duro, sólo arrojaría un resultado contrario a los intereses de su cliente, puesto que dicha corriente apoya la aplicación de la norma de manera pura; esto es, al margen de cualquier consideración de tipo valorativo, moral, religioso, económico, entre otras.

Ante esta circunstancia, es ahora el abogado del presunto agresor quien se ve en la necesidad de recurrir a una corriente del pensamiento jurídico que proporcione argumentos que desvirtúen la medida cautelar ordenada. Dicha corriente necesariamente debe ser distinta al positivismo duro, pero también sabe que invocar principios de justicia natural que no se encuentren sustentados en una regla de reconocimiento, no sería de gran utilidad en nuestra tradición jurisdiccional.

Por tal razón, el asesor decide adherirse a una corriente neoconstitucionalista,²³ es decir, una concepción del Derecho donde la validez de las normas legales depende de su conformidad con principios básicos del orden jurídico. Principios que deben ser reconocidos por la norma fundamental.²⁴

²³ Para Rodolfo Luis Vigo, la corriente neo constitucionalista es una especie del género de las teorías no positivistas. Vigo, Rodolfo Luis, «Lectura no-positivista (neo-constitucionalista) e iusnaturalista del derecho actual», en Arriola Cantero, Juan Federico y Rojas Amandi, Víctor (coords.), *La filosofía del derecho hoy*, México, Porrúa, 2010, pp. 73-88.

²⁴ Según Manuel Aragón, tanto el neo constitucionalismo como el garantismo representan dos problemas falsos. El verdadero problema es la aplicación judicial de la Constitución. Aragón Reyes, Manuel, «Dos problemas falsos y uno verdadero: 'neoconstitucionalismo', 'garantismo' y aplicación judicial de

Así, se solicita al juez la no aplicación de las normas legales que sustentan la orden de protección, debido a que contravienen a los derechos humanos de audiencia, máxima posibilidad de defensa y debido proceso, reconocidos en los artículos 14 y 16 de la Constitución federal. Además, conforme a la segunda parte del artículo 133 constitucional, todos los jueces se encuentran obligados a observar la ley suprema aun cuando existan normas legales que establezcan lo contrario.

El juez que hasta ese momento continúa con una concepción legalista del Derecho, argumenta que su función es aplicar cuestiones de legalidad, no de constitucionalidad, por lo que no se encuentra facultado para decretar la no aplicación de una norma legal por considerarla contraria a la Constitución. Incluso la posición del juez familiar va a encontrar sustento en los criterios jurisprudenciales emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, donde sostenía que el artículo 133 no debía interpretarse como fundamento de un modelo de control difuso de la constitucionalidad, sino que debía recurrirse a una interpretación sistemática de la ley suprema para definir que en nuestro país los únicos tribunales facultados para ejercer un control de constitucionalidad son los que conforman el Poder Judicial de la Federación.²⁵

Con las reformas constitucionales en materia de derechos humanos, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, así como el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente Varios 912/2010, relativo a la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla Pacheco, el paradigma jurisdiccional ha cambiado. Este cambio se debe a la incorporación a nuestro modelo semi-concentrado de control constitucional, de un matiz o característica propia del sistema americano o difuso. Se facultó a los jueces de primera instancia para ejercer un control difuso de constitucionalidad o convencionalidad en materia de derechos humanos.

la Constitución», *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 29, julio-diciembre de 2013, pp. 4-25.

²⁵ Tesis: P./J. 74/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, agosto de 1999, p. 5.

Esta nueva facultad permite a los jueces familiares decretar la no aplicación de normas legales cuando consideren que contravienen el parámetro de control de regularidad constitucional.²⁶ Esto implica que, si en el ejemplo que hemos mencionado, el abogado defensor del presunto agresor, hubiese solicitado el control de constitucionalidad con posterioridad al año 2011, el juez hubiera contado con facultades, por no decir la obligación, de realizar el examen de validez de la norma legal al confrontarla con los principios constitucionales. De esta manera, en su resolución, se vería obligado a exponer los razonamientos lógico-jurídicos de la aplicación o no aplicación de la norma.

Es posible que, en ejercicio de esta nueva facultad, el Juez familiar determine la no concesión de la orden de protección, por considerar que su procedimiento viola los derechos humanos de audiencia, máxima posibilidad de defensa y debido proceso. Por lo que decide substanciar un trámite en forma de juicio donde se respeten las formalidades esenciales.

En este caso, nuevamente, es el abogado de la víctima quien necesita recurrir a argumentos de corrientes del pensamiento jurídico para convencer al juez de la concesión de la medida cautelar. Pero a estas alturas, sabe que no basta realizar un ejercicio de grados; esto significa que no nos serviría pretender la contraposición de una regla con un principio, puesto que lo que el juez está aplicando es precisamente un principio.

Tampoco operaría a favor de su cliente la invocación de principios de justicia anteriores a toda normatividad escrita y que no requieren cumplir con una regla de reconocimiento para su validez. Esto, debido a que en el juego de la argumentación jurídica sólo

²⁶ Tesis: P./J. 20/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 202. Es común que se identifiquen como sinónimos el bloque de constitucionalidad y el parámetro de control de regularidad constitucional, sin embargo, existen distinciones en cuanto a sus acepciones descriptivas y prescriptivas. Astudillo, César, «El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación», en Carbonell, Miguel, *et al.* (Coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, t. IV, vol. I, pp. 119-122.

son válidas las jugadas propias del mismo, y no las de otros juegos; es decir, si utiliza argumentos no jurídicos, estaría recurriendo a la retórica y abandonando el campo de la argumentación aplicable.²⁷

Por lo anterior, la defensa de la víctima decide recurrir a la misma corriente del pensamiento jurídico que sustentó la postura del abogado del presunto agresor. Pero, claro está, utilizando argumentos, matices e interpretaciones distintas.

En esta ocasión, el abogado argumenta al juez que si bien es cierto nuestra Constitución federal reconoce los derechos humanos de audiencia, máxima posibilidad de defensa y debido proceso, también lo es que la misma ley fundamental establece como derecho humano la no discriminación en razón de género. Además, el artículo 4 prevé el principio de igualdad entre varón y mujer.

Como podemos apreciar, ahora nos encontramos ante un conflicto entre principios contemplados en la norma fundamental,²⁸ cuya resolución va a requerir ejercicios de ponderación, criterios de proporcionalidad y valoración del estado de necesidad.

Es en estos momentos donde el juez actual se encontraría ante un caso difícil. Esa disyuntiva entre ordenar un acto de molestia contra una persona sin valorar pruebas que sustenten su actuar indebido, o bien, negar la protección a una persona que posiblemente se encuentre ante un peligro grave e inminente.

El positivismo nos indicaría que en este caso el juez se encuentra facultado para aplicar una potestad creadora de Derecho con base en su apreciación de la realidad, por lo que de las diversas posibilidades de solución al problema, éste cuenta con discrecionalidad para elegir la que considere más justa. Cualquiera que elija va a ser correcta.²⁹ Por tal razón, si el juez familiar determina que tiene mayor peso el debido proceso, será correcto. Y si decide que

²⁷ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 195-201.

²⁸ Las normas legales son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales relativas a derechos y justicia son prevalentemente principios. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 109 y 110.

²⁹ Sin embargo, la elección no puede ser arbitraria o irracional, debido a que su solución se integraría a la lista de ejemplos dotados de autoridad, también conocidos como precedentes. Hart, Herbert, op. cit., nota 6, p. 159.

debe protegerse a la víctima aun cuando implique violación a los derechos humanos del presunto agresor, también será correcto.

En cambio, la teoría de Ronald Dworkin se opondría a esta discrecionalidad del juzgador, afirmando que de todas esas posibilidades de solución existe una que tiene mayor peso que las demás. Esa, es la única respuesta correcta a la luz de la justicia.³⁰

Ahora bien, tomando en cuenta la idea neoconstitucionalista, dicha respuesta correcta deberá derivarse de principios reconocidos por la Constitución.

Para efecto de definir cuál es la respuesta correcta, el juez debe analizar los argumentos de las diversas opciones.³¹ Con ello pretenderá identificar falacias argumentativas. Esto a su vez le evitará incurrir en falacias interpretativas.³² Por tanto, abordaremos los posibles argumentos del presunto agresor en la siguiente parte de nuestro trabajo.

III. Argumentos recurrentes de un presunto agresor

El artículo 1 de la Constitución federal establece que toda persona que se encuentre en territorio mexicano goza de los derechos humanos y garantías que ella reconoce. Además, prevé una cláusula de integración a la misma respecto de todas las normas que contengan derechos humanos y que formen parte de instrumentos internacionales ratificados por el Estado mexicano.

De acuerdo con el mencionado artículo, dichos derechos y garantías no pueden suspenderse ni restringirse salvo en los casos y condiciones que la misma ley fundamental establezca.

³⁰ Dworkin, Ronald, *op. cit.* nota 8 pp. 396-411. También, Dworkin, Ronald, «No right answer?», en Hacker, P. M. S. y Raz, Joseph (eds.), *Law, morality and society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977, pp. 58-84.

³¹ Zagrebelsky identifica a la libertad y la justicia como los dos grandes horizontes de los derechos. Zagrebelsky, Gustavo, *op cit.* nota 28, pp. 75-77.

³² Tribe y Dorf identifican por lo menos tres falacias que se producen al intentar interpretar la Constitución: el originalismo, la desintegración y la hiperintegración. Tribe, Laurence y Dorf, Michael, *Interpretando la Constitución*, trad. de Jimena Aliaga, Lima, Palestra, 2010, pp. 58-73.

Lo anterior nos indica que el presunto agresor goza de los derechos humanos y garantías que la Constitución reconoce, por tratarse de una persona que se encuentra en el estado de Sinaloa, que a su vez forma parte de la Federación mexicana. Además, sus derechos no pueden suspenderse ni restringirse salvo que se ubique en un supuesto donde la norma fundamental lo permita.

Además, el párrafo segundo del mismo precepto, fija como regla interpretativa en materia de derechos humanos el principio pro persona. En consecuencia, el Juez se encuentra obligado a aplicarlo a favor de quien pudiera resultar afectado por un acto de autoridad y buscar la protección más amplia. En este caso, el destinatario del acto de autoridad es el presunto agresor, por lo que debe operar dicho principio a su favor.

El artículo 14 prohíbe los actos de autoridad privativos de derechos y libertades cuando no se efectúen como consecuencia de un juicio substanciado con base en leyes vigentes con anterioridad al hecho, ante tribunales previamente establecidos y en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento.

Es cierto que la orden de protección no constituye propiamente un acto privativo, sino una medida cautelar. Sin embargo, se efectúa un perjuicio de manera irreparable al gobernado, debido a que podrá transcurrir algún tiempo sin convivir con sus hijos, además que implica la erogación de recursos para obtener un nuevo lugar donde habitar.

En ese sentido, el acto de autoridad debe derivarse de un trámite en forma de juicio en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, que debe incluir el derecho de audiencia y máxima posibilidad de defensa, principios básicos que deben observar todas las autoridades jurisdiccionales aun cuando las normas procedimentales establezcan lo contrario.

Por otra parte, resulta innegable que la medida cautelar sí constituye un acto de molestia, que a su vez, sólo puede efectuarse por orden escrita de autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En este caso, la fundamentación se cumple con citar los preceptos legales aplicables, en un plano de lógica formal. En cambio, se torna más complicado cumplir con la

exigencia de motivación, puesto que para ello es necesario expresar los razonamientos de lógica material por los que se consideran aplicables los fundamentos jurídicos a los hechos.

En las órdenes de protección no se exige la acreditación de hechos, por lo que el juzgador carece de elementos fácticos para justificar la aplicación de los preceptos jurídicos. En otras palabras, la concesión de la medida bajo los lineamientos normativos vigentes torna imposible que se cumpla con la debida motivación.

El artículo 17 prevé como derecho humano el acceso a la justicia de manera imparcial, precepto que también se vería vulnerado al existir la predisposición judicial de aplicar la medida cautelar en contra del presunto agresor simplemente por su condición de hombre, lo que implica una actuación parcial a favor de la mujer.

Por otra parte, el derecho a la presunción de inocencia reconocido por la fracción I del apartado B del artículo 20 constitucional, no debe circunscribirse únicamente a la materia penal en sentido estricto, sino a toda aquella área del Derecho donde exista la posibilidad de imponer una pena en sentido amplio, que generalmente se le denomina sanción. Esto significa que al existir acusación contra una persona, en la que se le atribuyen actos violentos en el seno familiar, debe presumirse su inocencia hasta en tanto se demuestra lo contrario. La concesión de la orden implicaría presumir la culpabilidad del acusado.

Ahora bien, en cuanto a las restricciones constitucionales a derechos humanos, el artículo 16 refleja lineamientos propios del Derecho penal del enemigo, donde se permite actuar con cierto grado de arbitrariedad cuando se trate de delincuencia organizada. Pero dichos lineamientos jamás se refieren a su aplicación en casos de violencia familiar, por lo que ni el Constituyente originario, ni el Constituyente permanente han materializado alguna forma de Derecho familiar del enemigo. Lo que imposibilita su establecimiento por la vía legislativa ordinaria.

El mismo precepto prevé los casos urgentes como causales de restricción de la libertad de tránsito sin necesidad de cumplir momentáneamente con el debido proceso, en su vertiente de obligación de ser consecuencia de una orden dictada por autoridad

judicial que funde y motive la causa legal del procedimiento. No obstante, en estos casos la autoridad competente para actuar es el Ministerio Público, y siempre que se cumplan las circunstancias de modo, tiempo y lugar que impidan la observancia del derecho humano originario. Además, sólo procede dicha restricción cuando se trate de delitos calificados como graves por la ley. En Sinaloa, el delito de violencia familiar no se encuentra calificado como grave por el artículo 117 del Código de Procedimientos Penales. Tampoco lo considera así el artículo 150 del Código Nacional de Procedimientos Penales. Por el contrario, dicho ordenamiento establece como obligación del juez aplicar la medida cautelar que resulte menos lesiva para el imputado, en caso de ser estrictamente necesario y conforme al principio de proporcionalidad.

Otro supuesto de restricción, regulado por el mismo artículo, es el relativo a la flagrancia. Sin embargo, por la mecánica en que se ventilan las órdenes de protección, no sería aplicable.

También son causales para la restricción o suspensión de derechos humanos y sus garantías, las descritas en el artículo 29, tratándose de casos de excepción. Pero la violencia familiar no constituye una situación de emergencia de las ahí contempladas. Además, no es el juez familiar el facultado para emitir tal declaratoria. Por si fuera poco, dicha suspensión o restricción no se puede dirigir a una sola persona.

En cuanto a los instrumentos internacionales que forman parte del parámetro de control de regularidad constitucional, tenemos que el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, al cual se adhirió México el 24 de marzo de 1981, y fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo del mismo año, establece en su artículo 14 la obligación de los Estados parte a garantizar el derecho de toda persona a ser oída públicamente y con las debidas garantías, por un tribunal competente, independiente e imparcial, en la substanciación de cualquier acusación que se le realice. También, el artículo 17 prevé la imposibilidad de que las personas sean objeto tanto de injerencias arbitrarias en su vida privada, familia o domicilio, como de ataques a su honra o reputación. El mismo precepto dispone que la ley interna debe proteger

contra esas arbitrariedades, no regularlas para crear supuestos de procedencia, como sucede con la legislación aplicable a las órdenes de protección.

A nivel continental, los artículos 8 y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen lineamientos similares, instrumento que también es de aplicación directa debido a su ratificación por el Senado y su publicación en el Diario Oficial de la Federación, el 7 de mayo de 1981. El artículo 24 del mismo ordenamiento, obliga a garantizar la igualdad ante la ley; esto significa, aplicarla de la misma manera a todas las personas, sin discriminación por ser hombre.

Además, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aun cuando se refiere a la materia penal, ha establecido que las medidas cautelares que afectan la libertad personal y el derecho de circulación del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia, así como los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática,³³ criterio que debe considerarse aplicable también a las medidas cautelares ordenadas en materias distintas a la penal.

Por último, si la orden se dicta con fundamento en el Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Sinaloa, se estaría actuando con base en un ordenamiento que vulnera el principio de jerarquía normativa, debido a que los supuestos de emergencia en casos de violencia familiar se regulan por la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, misma que constituye el marco que deberán observar los congresos locales al legislar sobre la materia.

El *status* de Ley General implica una función de distribución de competencias entre la Federación y los Estados, donde las legislaturas locales deben emitir las normas respetando las bases que haya fijado el Congreso de la Unión.

En el caso que nos ocupa, el legislativo local dictó la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, donde siguió

³³ Corte IDH, Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111, Párrafo 129.

los parámetros de la Ley General. Así, en su artículo 42 señala que las órdenes de protección de emergencia y preventivas deben solicitarse por el ministerio público al órgano jurisdiccional. Contrario a lo anterior, el artículo 449 del Código mencionado faculta a la víctima para acudir al órgano jurisdiccional sin necesidad de la comparecencia previa ante el Ministerio Público.

Por otra parte, mientras la ley local, correlativa a la ley marco, determina que estas órdenes de protección tendrán una duración máxima de setenta y dos horas, el artículo 190 del Código permite una duración de sesenta días hábiles, con posibilidad de prórroga por un periodo igual,³⁴ lo que implica una restricción a los derechos humanos del presunto agresor. La aplicación de la ley más desfavorable y restrictiva atenta contra el principio pro persona.

Además, encontramos contradicciones en cuanto a la autoridad competente, mientras la ley marco solamente faculta a los jueces familiares para dictar órdenes de protección de naturaleza civil, el Código aplicado los habilita para dictar también las de emergencia y preventivas. Por tanto, la competencia de los jueces de lo familiar, para ordenar la exclusión del domicilio en estos casos, se basa en una norma contraria al principio de jerarquía normativa.

IV. Argumentos recurrentes de la víctima

Una vez expuestos los argumentos constitucionales y convencionales a favor de la defensa del presunto agresor, el juez se avocará a analizar los que operan a favor de la víctima. Así, encontramos que el artículo primero constitucional prohíbe la discriminación en razón de género, edad y cualquier otra que atente contra la dignidad humana.

Es importante precisar que este precepto se refiere a la discriminación negativa, es decir, aquélla que se basa en una razón no válida para la distinción. En otras palabras, lo que prohíbe es pri-

³⁴ Este precepto forma parte del capítulo relativo a la separación de personas como acto prejudicial, pero los jueces lo han adoptado para establecer la duración de las órdenes de protección.

var de derechos a personas por el simple hecho de ser mujer, niño, adulto mayor, o ubicarse en cualquier situación de vulnerabilidad.

En el caso que nos ocupa, una mujer que sufre violencia familiar es víctima de una discriminación negativa³⁵ en razón de género, debido a que un hombre se aprovecha de una situación de poder de facto que ejerce sobre ella, privándola del derecho a una vida digna y al libre desarrollo de su personalidad.

El tercer párrafo del mismo artículo insta al juez a promover, proteger y garantizar los derechos humanos, fijando como criterios interpretativos obligatorios: la interdependencia y progresividad, entre otros. Por tanto, la interdependencia indica que el goce de un derecho humano no puede implicar el menoscabo de otro, sino que se debe buscar su armonización. En este caso, la única forma de garantizar el disfrute de los derechos de las dos partes es ordenar un acto extraordinario de molestia, que pueda ser restituido una vez dadas las condiciones para tal efecto. De existir otra alternativa para evitar el posible daño de difícil reparación, la interdependencia nos obligaría a no adoptar la medida temporal e implementar la opción que evite el menoscabo de derechos. Sin embargo, en estos momentos la víctima acude al tribunal como última o única alternativa de solución a su problema ante la situación de emergencia. Es decir, no se vislumbra una manera distinta de evitar el daño. Negar la medida cautelar implicaría ubicar a la víctima en una situación de peligro inminente, por salvaguardar los derechos de tránsito y debido proceso del presunto agresor, lo que constituiría un atentado contra la eficacia de los derechos humanos y la interdependencia, al permitir que en aras de esta salvaguarda se produzca un daño a la integridad personal o a la vida.

Por otra parte, el principio de progresividad al aplicarse en su vertiente contra-mayoritaria, implica evitar que sufran retrocesos o menoscabo los derechos reconocidos a grupos vulnerables como resultado de grandes luchas sociales. Los derechos de las mujeres

³⁵ Ferrajoli la denomina desigualdad antijurídica y afirma que consiste en una violación al principio de igualdad ocasionada por el desigual tratamiento de las diferencias tuteladas y valorizadas por la Constitución. Ferrajoli, Luigi y Carbonell, Miguel, *Igualdad y diferencia de género*, México, CONAPRED, 2005, pp. 18 y 19.

se han adquirido de manera paulatina a lo largo de la Historia, encontrando como principal oponente u obstáculo a los hombres. El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia en el seno familiar es de reciente reconocimiento y de difícil garantía, por lo que impedir su eficacia ante casos de emergencia por evitar actos de molestia contra el grupo mayoritario, implica una limitante que atentaría contra la progresividad.

El artículo 4, interpretado conforme al tercer párrafo del artículo primero, prevé la igualdad desde una perspectiva más social, obliga al Estado a abandonar su rol pasivo y crea las bases para el ejercicio de acciones tendientes a combatir la desigualdad existente en la sociedad. De esta manera, la igualdad entre el varón y la mujer se convierte también en un fin del Estado, situación que guarda relación directa con la eficacia del Derecho.

En ese orden de ideas, la consecución de los fines amerita la adopción de medidas de carácter temporal tendientes a combatir la desigualdad injustificada, para efecto de acceder a una igualdad real o material.³⁶

La práctica de estas medidas debe realizarse de manera transversal, para efecto de que todos y cada uno de los entes gubernamentales las apliquen en sus funciones tanto formales como materiales. En ese sentido, se debe reconocer al principio de igualdad como mandato de optimización y a las acciones positivas como actividades tendientes a cumplirlo en la mayor medida posible.³⁷

Cabe precisar que, al igual que cualquier norma jurídica, las acciones positivas no constituyen razones para la acción en todo momento y en todo lugar. Su validez depende del contexto. Si se implementa este tipo de medidas en una sociedad tan civilizada que no se discrimine injustificadamente, nos encontraríamos

³⁶ Algunos autores distinguen entre acciones positivas y medidas de igualación positiva. Las primeras también se distinguen entre acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa. Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 5^a ed., México, Porrúa, 2012, pp. 272-275.

³⁷ Alexy define a los principios como normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las probabilidades fácticas y jurídicas. Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 95.

ante un discurso jurídico donde el referente no sería la realidad social, sino una ficción.³⁸ Desafortunadamente, Sinaloa no es ese lugar imaginario al que hacíamos referencia, nuestro contexto refleja una constante discriminación hacia la mujer en el seno familiar.

También resultaría ficticia e inoperante para combatir la discriminación, una interpretación exegética al artículo cuarto de la Constitución federal, donde el Estado se adjudique una actitud pasiva, que sin importar la desigualdad existente en la actualidad, sólo se limite a procurar un trato igual para todos. En este caso, el discurso jurídico estaría dirigido a una ficción donde todos somos iguales mientras que la realidad social reflejaría una creciente desigualdad.

El nuevo paradigma del principio de igualdad tiene un fundamento sociológico que armoniza con la visión realista norteamericana. Así, podemos formar un silogismo sencillo que nos permite comprender la adopción de acciones afirmativas. El Derecho debe resolver problemas sociales, la desigualdad injustificada es un problema social; por tanto, el Derecho debe resolver la desigualdad injustificada.³⁹

En la aplicación de esta teoría cobra especial relevancia el papel de los jueces.⁴⁰ Son ellos los que dicen lo que es Derecho. En este sentido, el iusrealismo norteamericano armoniza parcialmente con el positivismo suave de Hart. En el ejercicio de las reglas secundarias de adjudicación, los jueces tienen la posibilidad de crear derecho.⁴¹

³⁸ Correas, Óscar, *Introducción a la sociología jurídica*, 2ª ed., México, Fontamara, 2004, pp. 133-154.

³⁹ Para abundar sobre silogismos y estructuras distintas de argumentos jurídicos se puede consultar: Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 8-28.

⁴⁰ El principal blanco de los realistas fue el formalismo, debido a que consideraban que la jurisprudencia mecánica se deducía de conceptos o normas generales, que no atendían las condiciones o consecuencias del mundo real. Bix, Brian H., *Filosofía del derecho: ubicación de los problemas en su contexto*, Flores, trad. de Imer Flores, et al., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 225-228.

⁴¹ Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, México, UNAM, 2000, pp.

Así, la actividad jurisdiccional crea consensos que constituyen reglas sociales convencionales, consensos que, a su vez, son una fuente muy importante de Derecho.⁴²

Pero en la concepción de Ronald Dworkin estas convenciones crean una teoría de puros hechos, olvidando a los principios como fundamento básico de cualquier orden jurídico. Lo anterior nos indicaría que una regla convencional jurisdiccional discriminatoria, no puede ser, por sí misma considerada derecho válido.

Por tanto, en las órdenes de protección solicitadas por una mujer, el juez sólo tiene dos opciones: conceder la medida cautelar en atención a una necesidad sociológica, o bien, concederla en atención al principio de igualdad.

En ese orden de ideas, tenemos que, de la teoría tridimensional del Derecho, dos dimensiones (axiológica y sociológica) favorecen la concesión de la orden. Además, en el mismo sentido operan las reglas de reconocimiento y cambio del positivismo suave o incluyente de Hart.⁴³

Incluso, encuentra sustento en el positivismo excluyente de Raz, debido a que la normativa aplicable a estas medidas cautelares contiene razones de primer orden para la acción, cuya validez y aplicación obedece a las reglas y razones de segundo orden. Así, la regla de segundo orden obliga a los jueces, como sujetos del orden jurídico, a actuar con base en razones jurídicas y excluir las de diversa índole.⁴⁴ Por tanto, la Ley para Prevenir y Atender la Violencia Intrafamiliar del Estado de Sinaloa es aplicable aun cuando en la deliberación interna de cada sujeto pudieran existir razones en contrario.

La víctima también cuenta a su favor con el artículo 17 constitucional, que reconoce el derecho humano a que se le imparta justicia de manera pronta. La prontitud se reglamenta por los plazos

54-60.

⁴² *Ibidem*, p. 33.

⁴³ Hart denomina a su vertiente del positivismo como suave en: *Ibidem*, p. 26. Otros autores lo denominan positivismo incluyente como Bix, Brian H., *op. cit.*, nota 40, p. 62.

⁴⁴ Las razones excluyentes de Joseph Raz se explican en Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.* nota 27, pp. 195-214. También, Vega Gómez, Juan, «El positivismo excluyente de Raz», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 110, mayo-agosto 2004, pp. 709-739.

y términos que establecen las leyes. Esta reserva de ley faculta al legislador para aplicar su prudencia y sentido de la realidad, para efecto de definir cuando un plazo se concede dentro de los parámetros válidos.

Por tanto, al establecer el legislador la posibilidad de conceder la orden de protección de manera inmediata, ha aceptado como una necesidad real el proteger a la mujer del peligro inminente en que se ubica constantemente en sus relaciones de pareja. En este caso, la prontitud implica actuar antes de que el daño se realice de manera irreparable. Lo que solamente puede lograrse si se otorga la medida cautelar en el momento en que se solicite.

Ahora bien, atendiendo a los instrumentos internacionales, encontramos que el artículo 17.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos obliga a los Estados parte a adoptar medidas para asegurar la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer dentro de una familia.

Además, el inciso c) del artículo 29 señala que sus normas no pueden ser interpretadas de tal suerte que el ejercicio de los derechos y libertades implique restricción a otros derechos inherentes a la persona humana. Por tanto, la libertad de tránsito o el derecho de audiencia que pudieran vulnerarse con las órdenes de protección, no pueden interpretarse como aplicables aun cuando peligre la integridad y la vida de otra persona.

Si se pretendiera aplicar el mismo razonamiento contrario *sensu*, para afirmar que tampoco puede garantizarse el derecho a la integridad personal y la vida vulnerando la libertad de tránsito y el debido proceso, podría refutarse acudiendo a los argumentos de la teoría del Estado de necesidad en los derechos humanos.

Así, la orden se presenta como una medida extraordinaria, estrictamente necesaria para salvaguardar derechos humanos que pudieran violarse de manera irreparable. Sólo se buscaría evitar que una persona abusara de una condición de facto que le permite ejercer violencia sobre otra. Una vez garantizada la seguridad del vulnerable, se puede restituir a la persona en el goce y ejercicio de sus derechos.

Además, atendiendo a la proporcionalidad de la medida, encontramos que el Estado de necesidad no puede ser motivo para aplicar actos privativos sin audiencia previa. Sin embargo, los actos de molestia, como los que se presentan en estas medidas cautelares, sí pueden ordenarse válidamente. Este razonamiento tiene fundamento también en el artículo 32.

Por otra parte, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece las diversas medidas que deben adoptar los Estados miembros para propiciar una igualdad sustancial.

En otro orden de ideas, si la medida fue dictada con fundamento en el Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Sinaloa, no se vulnera el principio de jerarquía normativa, puesto que ningún precepto constitucional faculta al Congreso de la Unión a legislar de manera general en dicha materia, ni a fijar los lineamientos marco que deben seguir las entidades federativas. Al hacerlo, el legislativo federal se está auto adjudicando una facultad que no le reconoce la Constitución, lo que atenta contra el principio de autoridad competente. Además, al pretender regular dicho fenómeno social mediante ley general, imposibilita al estado de Sinaloa a emitir lineamientos contrarios a sus bases. En otras palabras, limita el ejercicio de su autonomía legislativa, lo que atenta contra el federalismo y la división vertical de funciones del Estado.

Aunado a lo anterior, el Código de Procedimientos Familiares constituye la normativa más favorable al grupo vulnerable, por lo que su aplicación obedece al principio pro persona y al de interés superior de la víctima.

Además, su contenido armoniza con la fracción VIII del artículo 4 Bis B de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Sinaloa, puesto que obliga al Estado a adoptar medidas especiales de carácter temporal para efecto de lograr la igualdad sustancial entre mujeres y hombres. Entre dichas medidas ordena la aplicación de la perspectiva de género en el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas.⁴⁵

⁴⁵ Reforma publicada en el Periódico Oficial «El Estado de Sinaloa» el 18 de diciembre de 2015.

Ahora bien, retomando la teoría de Dworkin, este caso podría resolverse atendiendo al principio de integridad. Dicho principio se vería garantizado si el resultado de la interpretación refleja la práctica habitual del momento y los valores de la sociedad.⁴⁶

La práctica habitual del momento, denominada por Dworkin como *dimension of fit*, se refiere al sentido de las resoluciones que hayan decidido controversias similares.⁴⁷ Para cumplir con el principio de integridad en esta dimensión, se debe observar lo resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al pronunciarse en el amparo en revisión 495/2013.

De dicha resolución surgieron diversos criterios que, aunque constituyen tesis aisladas, resultan ser precedentes importantes relativos al tema que nos ocupa. Por otra parte, aun cuando se examinó la constitucionalidad de la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia en el Distrito Federal, los puntos a definir son similares a los que encontramos en la normatividad sinaloense.

Así, tenemos que la Corte determinó que las medidas de protección de emergencia no violan el derecho humano de audiencia previa;⁴⁸ tampoco transgreden el derecho humano a la igualdad entre varón y mujer;⁴⁹ no pueden equipararse a una orden de aprehensión;⁵⁰ y no vulneran el derecho a la inviolabilidad del domicilio.⁵¹

⁴⁶ Rojas Amandi, Víctor Manuel, «El concepto de derecho de Ronald Dworkin», en *Revista de la Facultad de Derecho*, México, UNAM, núm. 246, julio-diciembre de 2006, pp. 406-408.

⁴⁷ Atendiendo a dicha dimensión, Dworkin consideraría que el presente caso no puede calificarse difícil, puesto que no supera el umbral de lo históricamente inexistente. Lo anterior, debido a que en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación podemos encontrar precedentes aplicables a casos similares, que aun cuando se refieren a legislación de otras entidades federativas, resuelven el mismo punto controvertido.

⁴⁸ Tesis: 1a. LXXXVIII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 4, t. I, marzo de 2014, p. 525.

⁴⁹ Tesis: 1a. LXXXVI/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 4, t. I, marzo de 2014, p. 526.

⁵⁰ Tesis: 1a. LXXXVII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 4, t. I, marzo de 2014, p. 528.

⁵¹ Tesis: 1a. LXXXIX/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 4, t. I, marzo de 2014, p. 547.

Por tanto, la práctica habitual del momento es la concesión de las medidas provisionales adoptadas en las órdenes de protección.

La vertiente de los valores de la sociedad, denominada por Dworkin como *dimension of value*, exige que la interpretación justifique de la mejor manera posible la resolución. Para este autor, el axioma de igualdad representa el último criterio de decisión. El nivel más elevado de abstracción moral. Esta consideración armoniza con los dos principios de justicia a que se refería John Rawls.⁵²

El carácter trascendental que se atribuye a este axioma ha sido rescatado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al crear el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, debido a que señala que el derecho a la igualdad constituye norma imperativa del Derecho internacional público que genera obligaciones *erga omnes*. Por tanto, quienes imparten justicia están especialmente compelidos a hacer que dicho derecho se traduzca en realidad.⁵³

Por último, la medida cautelar cumple con los criterios de proporcionalidad⁵⁴ establecidos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debido a que resulta adecuada para desempeñar su función protectora, es el instrumento menos perturbador de los que permiten conseguir el resultado deseado y guarda proporción con el interés que debe protegerse.⁵⁵ Criterio que concuerda con la Observación General número 27 del Comité de Derechos Humanos de la ONU.

⁵² El primer principio establecía que cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás. El segundo señalaba que las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, así como que se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos. Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978, p. 82.

⁵³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, México, SCJN, 2013, p. 26.

⁵⁴ El principio de proporcionalidad lato sensu cuenta con tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación. Cárdenas Gracia, Jaime, “Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, núm. 139, enero-abril de 2014, pp. 73-79. También, Alexy, Robert, *op. cit. nota 37*, p. 101.

⁵⁵ Corte IDH, Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111, Párrafo 132.

V. Conclusiones

Como podemos apreciar, cada una de las partes cuenta con argumentos fundados en normas y corrientes del pensamiento jurídico que han resultado trascendentes para los cambios de paradigma. Ante ello, los jueces deben identificar los elementos normativos, fácticos y axiológicos que le permitan impartir justicia en atención al principio de igualdad.

Recordemos que en materia de derechos humanos no existe una jerarquización de manera absoluta, por lo que la primacía depende del principio de proporcionalidad. En palabras de Dieter Nohlen, el contexto hace la diferencia.⁵⁶

Sería muy ambicioso pretender que en todos los casos las resoluciones del juez constituyeran la única respuesta correcta a la luz de la justicia. No existe siquiera consenso en lo que debe entenderse por justicia.

Lo que sí resulta indudable es que una de las respuestas no correctas sería aquélla que se emitiera en forma mecanizada, sin una base de racionalidad.

El contexto en el estado de Sinaloa nos indica que no son pocos los casos de violencia familiar contra las mujeres, muchos de ellos con consecuencias fatales. Por tal razón, las órdenes de protección son necesarias y sólo podrá modificarse su procedimiento cuando el varón reconozca como válido el principio de igualdad. Dicho reconocimiento de validez deberá efectuarse de acuerdo con la concepción realista psicológica de la corriente escandinava, que afirma que el Derecho es válido sólo si las personas adecuan su conducta a las normas jurídicas porque admiten que es la mejor forma de convivir en sociedad, y no por el temor que pudieran tener a las consecuencias de su desacato.

⁵⁶ Nohlen, Dieter, *El contexto hace la diferencia: reformas institucionales y el enfoque histórico-empírico*, 1ª reimp., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2005, 200 pp.

Bibliografía

- Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 95.
- Aragón Reyes, Manuel, «Dos problemas falsos y uno verdadero: ‘neoconstitucionalismo’, ‘garantismo’ y aplicación judicial de la Constitución», *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 29, julio-diciembre de 2013, pp. 4-25.
- Astudillo, César, «El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación», en Carbonell, Miguel, *et al.* (Coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, t. IV, vol. I, pp. 119-122.
- Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 8-28.
- Bix, Brian H., *Filosofía del derecho: ubicación de los problemas en su contexto*, Flores, trad. de Imer Flores, *et al.*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 225-228.
- Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 5ª ed., México, Porrúa, 2012, pp. 272-275.
- Cárdenas Gracia, Jaime, «Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 139, enero-abril de 2014, pp. 73-79.
- Correas, Oscar, *Introducción a la sociología jurídica*, 2ª ed., México, Fontamara, 2004, pp. 133-154.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2002, pp. 72 y 73.
- _____, «No right answer?», en Hacker, P. M. S. y Raz, Joseph (Eds.), *Law, morality and society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977, pp. 58-84.
- Ferrajoli, Luigi y Carbonell, Miguel, *Igualdad y diferencia de género*, México, CONAPRED, 2005, pp. 18-19.

- García Máynez, Eduardo, «Validez formal y validez material en sentido jurídico positivo, validez objetiva o intrínseca en sentido axiológico», en Bagolini, Luigi, *et al.*, *Symposium sobre derecho natural y axiología*, México, UNAM, Centro de Estudios Filosóficos, 1963, p. 141.
- Hart, Herbert, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, pp. 113-123.
- _____, *Post scriptum al concepto de derecho*, México, UNAM, 2000, pp. 54-60.
- Kelsen, Hans, *La teoría pura del Derecho*, México, Editorial Época, 2008, pp. 109-116.
- Nohlen, Dieter, *El contexto hace la diferencia: reformas institucionales y el enfoque histórico-empírico*, 1ª reimp., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2005, 200 pp.
- Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 110.
- Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1999, p. 41.
- Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, SCJN, 2013, p. 26.
- Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978, p. 82.
- Recaséns Siches, Luis, «Axiología jurídica y derecho natural», en Bagolini, Luigi, *et al.*, *Symposium sobre derecho natural y axiología*, México, UNAM, Centro de Estudios Filosóficos, 1963, p. 141.
- Rojas Amandi, Víctor Manuel, «El concepto de derecho de Ronald Dworkin», en *Revista de la Facultad de Derecho*, México, UNAM, núm. 246, julio-diciembre de 2006, pp. 406-408.
- Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 195-201.
- Tribe, Laurence y Dorf, Michael, *Interpretando la Constitución*, trad. de Jimena Aliaga, Lima, Palestra, 2010, pp. 58-73.

- Vega Gómez, Juan, «El positivismo excluyente de Raz», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 110, mayo-agosto 2004, pp. 709-739.
- Vigo, Rodolfo Luis, «Lectura no-positivista (neo-constitucionalista) e iusnaturalista del Derecho actual», en Arriola Cantero, Juan Federico y Rojas Amandi, Víctor (coords.), *La filosofía del derecho hoy*, México, Porrúa, 2010, pp. 73-88.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 109 y 110.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

REFORMAS AL CÓDIGO DE COMERCIO

El 07 de abril de 2016 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto a través del cual se reformaron y adicionaron diversos artículos y un capítulo al Código de Comercio, los cuales a continuación se exponen.

Fueron reformados los artículos 34 y 38. El objetivo de las reformas de estos artículos fue incluir los medios electrónicos para la conservación tanto del libro mayor como de los libros de actas; es decir, además de que los comerciantes puedan conservarlos en forma impresa, ahora pueden hacerlo en forma digital, siempre y cuando al utilizar esos formatos electrónicos, estén apegados a lo establecido en la norma oficial mexicana sobre digitalización y conservación de mensajes de datos que emita la Secretaría.

El párrafo tercero del artículo 89, que se ocupa de definir el concepto de prestador de servicio de certificación también fue reformado; se le agregó que dicha persona o institución tiene facultades de ofrecer servicios relacionados con la conservación de mensajes de datos, el sellado digital de tiempo y la digitalización de documentos impresos, siempre de conformidad con los términos que se establezcan en la norma oficial mexicana mencionada en el párrafo anterior.

Por su parte, en lo que hace a la reforma incluida en el artículo 89 bis, se ocupa de otorgar la misma eficacia jurídica, que tiene la documentación impresa, para ofrecerse como medios probatorios los mensajes de datos, con la salvedad de que éstos se ajusten a los lineamientos normativos correspondientes.

El contenido del artículo 100 también fue modificado, con lo cual incluyó dentro de sus atribuciones a las personas autorizadas para ejercer como prestadores de servicios de certificación y la obligación de éstas de apegarse a la norma oficial mexicana sobre digitalización y conservación de mensajes de datos.

La obligación que tienen los prestadores de servicios de certificación acreditados de notificarle a la Secretaría el inicio de los servicios que se les hayan autorizados, fue establecida en el párrafo primero del artículo 102, en este mismo artículo, pero en su apartado A, se agregó que la Secretaría tiene la facultad de otorgar autorización para la prestación de uno o varios servicios de certificación de acuerdo a la elección que haga el solicitante. Las fracciones I y III del referido artículo también fueron motivo de la reforma. En cuanto a la primera, en ella se enlistan los servicios que pueden prestar las personas certificadas, es decir, servicios relacionados con la conservación de mensajes de datos, el sellado digital de tiempo y la digitalización de documentos. En cuanto a la segunda, hace referencia a que quien ofrezca los servicios debe contar con procedimientos definidos y específicos para la prestación de los mismos, que garanticen la seriedad, conservación y consulta de los registros.

En el artículo 108, fracción III, la reforma consistió en que los certificados para ser considerados válidos, además de los requisitos ya existentes, también deben contener el nombre de dominio de internet del prestador de servicio.

Por último, respecto a las reformas, también fue incluido el artículo 110, en el cual se precisaron las normas que contienen las obligaciones con las que debe cumplir el prestador de servicios de certificación y la consecuencia del incumplimiento de éstas.

En cuanto a la incorporación de conceptos al artículo, el decreto en mención, también se ocupó de incorporar al artículo 89, párrafo tercero, las definiciones de digitalización y sello digital de tiempo.

En lo referente a la adición de artículos, capítulos, párrafos y fracciones, se adicionó el artículo 46 bis, en el cual se establecen los formatos en los que los comerciantes pueden realizar la conservación de la documentación relacionada con sus negocios, ya sea de forma impresa o digitalizada, siempre y cuando se cumpla con los estatutos fijados por la norma oficial mexicana de digitalización y conservación de mensajes de datos que emita la Secretaría.

Además, se agregó al Título Segundo, el Capítulo I bis, denominado «De la digitalización», el cual está integrado por los artículos

95 bis I al 95 bis VI, en los que se describen los términos que se comprenderán en la digitalización, así como las especificaciones para que los mensajes de datos sean almacenados y resguardados por parte de los comerciantes o bien de los prestadores de servicios certificados.

Finalmente, en cuanto a las adiciones que se hicieron, a través del decreto, al artículo 100 se le incluye un tercer párrafo en el que se estableció que quien aspire a obtener la acreditación como prestador de servicios de certificación, podrá solicitarla respecto de uno o más servicios, según sea su conveniencia. A su vez, al artículo 101 se le adicionaron las fracciones IV, V y VI, con las cuales se amplían los requerimientos que deben contener en su objeto social los prestadores de servicios de certificación, según les corresponda y de acuerdo con el servicios que puedan ofrecer.

El decreto, según su artículo primero transitorio, entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación y, en el segundo artículo estableció el plazo de 360 días naturales, para que la Secretaría expida los lineamientos de carácter general que sean necesarios, con el objetivo de establecer los procedimientos que hagan tecnológica y operativamente viable la implementación de las reformas.

JURISPRUDENCIA Y TESIS SOBRESALIENTES

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Derecho a la identidad

*Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador
Sentencia de 14 de octubre de 2014
(Fondo, Reparaciones y Costas)*

116. Ahora bien, en lo que se refiere al derecho a la identidad, la Corte ha establecido en su jurisprudencia -concretamente en el *Caso Gelman Vs. Uruguay* y en el *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*- que “puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”. Es así que la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. De igual forma, la Corte ha reconocido que la identidad es un derecho que comprende varios elementos, entre ellos y sin ánimo de exhaustividad, la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares. Al respecto, la Corte recuerda que la Convención Americana protege estos elementos como derechos en sí mismos. No obstante, no todos estos derechos se verán necesariamente involucrados en todos los casos que se encuentren ligados al derecho a la identidad. En el presente caso, la afectación del derecho a la identidad se refleja en los actos de injerencia arbitrarias o abusivas en la vida

privada y de familia, así como en afectaciones al derecho a la protección de la familia y a disfrutar de las relaciones familiares.

117. Por ende, en las circunstancias del presente caso y en atención al contexto de los términos de la Convención Americana, interpretados a la luz del artículo 31 de la Convención de Viena, la Corte estima que las violaciones a los derechos establecidos en la Convención Americana que fueron analizadas previamente constituyen una afectación al *derecho* a la *identidad*, el cual es inherente al ser humano en los términos del artículo 29.c) de la Convención Americana, y se encuentra estipulado expresamente en la Convención sobre los *Derechos del Niño*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas
Vs. República Dominicana
Sentencia de 28 de agosto de 2014
(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

265. Por otra parte, en cuanto al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, protegido en el artículo 3 de la Convención Americana, la Corte ha afirmado que la personalidad jurídica “implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad y goce) y de deberes”. Por tanto, el Estado debe respetar y procurar los medios y condiciones jurídicas para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares. Dicho reconocimiento determina su existencia efectiva ante la sociedad y el Estado, lo que le permite ser titular de derechos y obligaciones, ejercerlos y tener capacidad de actuar, lo cual constituye un derecho inherente al ser humano, que no puede ser en ningún momento derogado por el Estado de conformidad con la Convención Americana. Asimismo, la Corte ha sostenido que “una persona apátrida, *ex definitione*, no tiene personalidad jurídica reconocida, ya que no ha establecido un vínculo jurídico-político con ningún Estado”.

266. A su vez, este Tribunal ha determinado que el *derecho* a la nacionalidad forma parte de lo que se ha denominado *derecho* a la *identidad*, definido por esta Corte como “el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros *derechos* según el sujeto de *derechos* de que se trate y las circunstancias del caso”.

267. Al respecto, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (en adelante la Asamblea de la OEA) ha señalado “que el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana”. Asimismo, determinó que “la falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”. En ese mismo sentido, el Comité Jurídico Interamericano manifestó que el “derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana” y que, en consecuencia, “es un derecho humano fundamental oponible *erga omnes* como expresión de un interés colectivo de la comunidad internacional en su conjunto, que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana”.

268. Como surge de lo dicho, también el derecho al nombre se vincula con la identidad. Respecto a aquél derecho, consagrado en el artículo 18 de la Convención, la Corte ha determinado que el mismo “constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado. Por lo que los Estados [...] tienen la obligación no sólo de proteger el derecho al nombre, sino también de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona, inmediatamente después de su nacimiento”. Este Tribunal ha señalado que:

[...] los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción al derecho ni interferencia en la decisión de escoger el nombre. Una vez registrada la persona, se debe garantizar la posibilidad de preservar y restablecer su nombre y su apellido. El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia.

273. De acuerdo a los hechos del caso (*supra* párr. 201), los documentos personales del señor Willian Medina Ferreras fueron destruidos por oficiales dominicanos durante su expulsión, y Awilda Medina, Luis Ney Medina y Carolina Isabel Medina no tuvieron ocasión de mostrar sus documentos a los oficiales, ya que la expulsión se efectuó sin que se comprobaran debidamente sus documentos ni su nacionalidad. Por su parte, el señor Rafaelito Pérez Charles fue detenido y expulsado por varios agentes, quienes no le permitieron mostrar sus documentos de identidad a pesar de que el señor Pérez Charles les informó que los mismos se encontraban en su vivienda (*supra* párr. 221).

276. En conclusión de lo anterior, la Corte considera que el desconocimiento de la documentación de Willian Medina Ferreras, Awilda Medina, Luis Ney Medina, Carolina Isabel Medina y Rafaelito Pérez Charles en el momento de su expulsión por parte de agentes estatales, constituyó una violación de sus derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre y a la nacionalidad, así como por el conjunto de dichas violaciones, al derecho a la identidad. Ello implicó una transgresión de los artículos 3, 18 y 20 de la Convención Americana, respectivamente, en relación con el incumplimiento de la obligación de respetar los derechos sin discriminación, establecida en el artículo 1.1 del mismo instrumento, y adicionalmente en relación con los derechos del niño consagrados en el artículo 19 de la Convención, en perjuicio de Awilda Medina, Luis Ney Medina y Carolina Isabel Medina (fallecida).

299. Resta dejar establecido que, de acuerdo a lo ya indicado, la negación de nacionalidad de las presuntas víctimas generó también una vulneración al derecho al reconocimiento de su personalidad

jurídica. De igual modo, la falta de obtención de documentación de identificación personal conllevó una vulneración al derecho al nombre. Ya se ha señalado, por otra parte, la estrecha conexión entre los tres derechos indicados, que se vieron vulnerados, y el derecho a la identidad, que por ende también se vio afectado (*supra* párrs. 265 a 268)

303. Antes de pasar a examinar la alegada vulneración del artículo 2 de la Convención, la Corte considera pertinente indicar que en la presente Sentencia ya se analizó la estrecha relación entre los derechos a la nacionalidad y al reconocimiento de la personalidad jurídica, en la medida en que el primero constituye un prerequisite para ejercer determinados derechos, y el segundo, “implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad y goce) y de deberes”, así como su vinculación con el derecho al nombre, el cual constituye “un elemento básico e indispensable de la identidad de la persona” (*supra* párrs. 265 a 268), y concluyó que el Estado es responsable por la violación de dichos derechos, y por el conjunto de dichas violaciones el derecho a la identidad (*supra* párrs. 276 y 301).

324. El Tribunal nota que la Ley No. 169-14 implica un obstáculo a la plena vigencia del derecho a la nacionalidad de las víctimas. En tal sentido, no sólo conceptualmente parte de considerarlas extranjeras. Además prescribe respecto a ellas la posibilidad, si presentan la solicitud correspondiente en el plazo de 90 días (*supra* párr. 322), de que se sometan a un plan de «regularización de extranjeros» establecido por el ya señalado Decreto No. 327-13. Ello, en su caso, puede derivar en un proceso de «naturalización» que, por definición, es contrario a la adquisición de la nacionalidad de pleno derecho por el hecho del nacimiento en territorio estatal. Si bien lo anterior aparentemente podría tener por resultado que las personas en cuestión «adquieran» la nacionalidad dominicana, ello, precisamente, resulta de darles un trato de extranjeros que no se condice con la plena observancia de su derecho a la nacionalidad al que debieron acceder desde su nacimiento. Por tanto, someter a las personas referidas a una posibilidad, sólo por un limitado tiempo, de acceder a un proceso que eventualmente puede derivar

en la «adquisición» de una nacionalidad que en realidad ya deberían detentar, implica someterlas a un obstáculo en el goce de su derecho a la nacionalidad. Por lo tanto, en este aspecto, la Ley No. 169-14, en sus artículos 6, 8 y 11, resulta un acto violatorio de las obligaciones convencionales, inclusive de adoptar disposiciones de derecho interno, en relación con los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre y a la nacionalidad, así como, en relación con tales derechos, el derecho a la identidad, en perjuicio de Víctor Jean, Miguel Jean, Victoria Jean y Natalie Jean. A su vez, por motivos análogos a los ya expresados (*supra* párrs. 316 y 317), vulnera el derecho a la igual protección de la ley.

438. En el caso *sub judice* el Tribunal considera oportuno señalar que estableció la responsabilidad internacional del Estado por la violación a los derechos a la nacionalidad, al reconocimiento de la personalidad jurídica, nombre, libertad personal, garantías y protección judiciales, de circulación y de residencia y protección a la familia respecto a distintas víctimas, y en caso de las niñas y los niños, los derechos del niño, vinculados a la situación de vulnerabilidad de las víctimas, ya que de acuerdo a los hechos del presente caso su situación se enmarca en un contexto de expulsiones o deportaciones colectivas. Algunas de las víctimas fueron expulsadas de República Dominicana, pese a ser de nacionalidad dominicana, y que contaban con sus actas de nacimiento y/o cédula de identidad, las cuales fueron desconocidas o destruidas por las autoridades estatales. En otros casos, el Estado no les había otorgado a las víctimas la documentación correspondiente, a pesar de haber nacido en República Dominicana, y habían tenido dificultades para obtenerla. En razón de ello, el Estado no les reconoció su nacionalidad, ni la personalidad jurídica ni el nombre, así como por el conjunto de dichas violaciones el derecho a la identidad. Igualmente, algunas víctimas de nacionalidad haitiana fueron expulsadas. Adicionalmente las víctimas fueron detenidas de forma ilegal y arbitraria sin conocer las razones de la privación de libertad, ni llevadas ante una autoridad competente, y expulsadas, en menos de 48 horas, sin observar las garantías mínimas del debido proceso. También respecto de algunas de las víctimas el Estado

incumplió su deber de proteger a la familia, y proteger a esta de ser objeto de injerencia arbitraria en la vida y proteger de injerencia arbitraria en su vida familiar o privada. La Corte hace notar que la mayoría de las alegaciones de la Comisión y los representantes están vinculados con los hechos que ya fueron examinados. En consecuencia, este Tribunal estima que no es procedente pronunciarse en el presente caso sobre alegatos que se refieren a los mismos hechos que ya han sido analizados a la luz de otras obligaciones convencionales.

458. Por otra parte, la Corte ha determinado que la ausencia de registro y documentación de Víctor Jean, Miguel Jean, Victoria Jean (fallecida) y Natalie Jean, vulneró, *inter alia*, los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre y a la nacionalidad de dichas personas, así como por el conjunto de dichas violaciones, el derecho a la identidad. Por ello, el Estado debe adoptar, en un plazo de seis meses, las medidas que sean necesarias para que Víctor Jean, Miguel Jean, Victoria Jean y Natalie Jean, sean, según corresponda, debidamente registrados y cuenten con la documentación necesaria para acreditar su identidad y nacionalidad dominicana, es decir, su acta de nacimiento, y según sea el caso, también su cédula de identidad. El Estado no puede supeeditar el cumplimiento de lo ordenado al inicio o prosecución de procedimiento o trámite alguno por parte de las víctimas o sus representantes, ni puede irrogar costo monetario alguno para ellos.

469. La Corte ha establecido que en República Dominicana la irregularidad migratoria de los padres extranjeros como un motivo de excepción a la adquisición de la nacionalidad en virtud del *ius soli* resulta discriminatoria y por lo tanto vulnera el artículo 24 convencional, y “no ha encontrado motivos [...] para apartarse de lo dicho en su Sentencia sobre el caso de las *Niñas Yean y Bosico*, en relación con República Dominicana, en el sentido de que el estatus migratorio de una persona no se transmite a sus hijos” (*supra* párrs. 318). Asimismo, este Tribunal ha señalado que la aplicación de este criterio, priva a las personas de seguridad jurídica en el disfrute de derecho a la nacionalidad (*supra* párrs. 298 y 314), lo que vulnera los artículos 3, 18 y 20 de la Convención, y por el con-

junto de esas violaciones, el derecho a la identidad (*supra* párrs. 301 y 325). Por lo tanto, de acuerdo con la obligación establecida por el artículo 2 de la Convención Americana, el Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para dejar sin efecto toda norma de cualquier naturaleza, sea ésta constitucional, legal, reglamentaria o administrativa, así como toda práctica, decisión o interpretación, que establezca o tenga por efecto que la estancia irregular de los padres extranjeros motive la negación de la nacionalidad dominicana a las personas nacidas en el territorio de República Dominicana, por resultar tales normas, prácticas, decisiones o interpretaciones contrarias a la Convención Americana.

484. Este Tribunal ha sostenido que el daño inmaterial resulta evidente, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona que padece una violación a sus derechos humanos experimente un sufrimiento. En relación con las víctimas del presente caso, la Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado por diversas violaciones dependiendo de la situación concreta de cada víctima. En ese sentido, estableció la violación de los derechos a la nacionalidad, al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre, y por el conjunto de dichas vulneraciones el derecho a la identidad, a la libertad personal, a la integridad personal, a las garantías y protección judiciales, a la protección a la familia, a la protección de la honra y la dignidad en relación con la injerencia en el domicilio, de circulación y residencia, igualdad ante la ley y prohibición de discriminación respecto a distintas víctimas, así como en relación con los derechos del niño en caso de las niñas y niños en el presente caso.

*Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros
y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile
Sentencia de 29 de mayo de 2014
(Fondo, Reparaciones y Costas)*

203. Varios tratados internacionales prohíben expresamente la discriminación por origen étnico. Asimismo, otros instrumentos

internacionales reafirman que los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación.

204. La Corte toma en cuenta que la etnia se refiere a comunidades de personas que comparten, entre otras, características de naturaleza socio cultural, tales como afinidades culturales, lingüísticas, espirituales y orígenes históricos y tradicionales. Dentro de esta categoría se encuentran los pueblos indígenas, respecto de los cuales la Corte ha reconocido que tienen características propias que conforman su identidad cultural, tales como su derecho consuetudinario, sus características económicas, sociales, sus valores, usos y costumbres.

242. El literal f) del artículo 8.2 de la Convención consagra la “garantía mínima” del “derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”, la cual materializa los principios de contradictorio e igualdad procesal. La Corte ha señalado que entre las garantías reconocidas a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa. La reserva de identidad del testigo limita el ejercicio de este derecho puesto que impide a la defensa realizar preguntas relacionadas con la posible enemistad, prejuicio y confiabilidad de la persona misma del declarante, así como otras que permitan argumentar que la declaración es falsa o equivocada.

*Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala
Sentencia de 4 de septiembre de 2012
(Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*

160. Por lo tanto, por un lado, la Corte observa que actualmente los miembros de la comunidad de Río Negro no pueden realizar sus rituales fúnebres por el hecho de que el Estado no ha localizado ni identificado a la mayor parte de los restos de personas supues-

tamente ejecutadas durante las masacres, y a que 17 personas se encuentran desaparecidas forzosamente. Pero, por otro lado, tampoco pueden realizar cualquier otro tipo de rituales pues los sitios sagrados a los cuales solían acudir se encuentran inundados a raíz de la construcción de la hidroeléctrica de Chixoy. Esta Corte ya ha señalado que la relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales no estriba solamente en que constituyen su principal medio de subsistencia, sino un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad o integridad cultural, el cual es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática, como la de Guatemala.

*Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina
Sentencia de 31 de agosto de 2012
(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*

131. Por su parte, el 3 de mayo de 2008 entró en vigor, en el sistema universal, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante “CDPD”), la cual establece los siguientes principios rectores en la materia: i) el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; ii) la no discriminación; iii) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; iv) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; v) la igualdad de oportunidades; vi) la accesibilidad; vii) la igualdad entre el hombre y la mujer, y viii) el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad. Dicha Convención fue ratificada por Argentina el 2 de septiembre de 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador
Sentencia de 27 de junio de 2012
(Fondo y reparaciones)

159. La Corte observa, entonces, que la estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio tiene en general un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones, que como actores sociales y políticos diferenciados en sociedades multiculturales deben ser especialmente reconocidos y respetados en una sociedad democrática. El reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural (*infra* párrs. 212 a 217), los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática.

212. En relación con lo anterior, la Corte ha reconocido que “al desconocerse el derecho ancestral de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podrían estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros”. Puesto que el goce y ejercicio efectivos del derecho a la propiedad comunal sobre “la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio”, los Estados deben respetar esa especial relación para garantizar su supervivencia social, cultural y económica. Asimismo, se ha reconocido la estrecha vinculación del territorio con las tradiciones, costumbres, lenguas, artes, rituales, conocimientos y otros aspectos de la identidad de los pueblos indígenas, señalando que “en función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas”.

213. Bajo el principio de no discriminación, establecido en el artículo 1.1 de la Convención, el reconocimiento del *derecho* a

la *identidad* cultural es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los *derechos* humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y, según el artículo 29.b) de la misma, también por los ordenamientos jurídicos internos.

215. Dos instrumentos internacionales tienen particular relevancia en el reconocimiento del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas: el Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Varios instrumentos internacionales de UNESCO también desarrollan el contenido del derecho a la cultura y a la identidad cultural.

216. Por su parte, tanto la Comisión Africana de *Derechos* Humanos y de los Pueblos, en casos en que se alegaba la violación de los artículos 17.2 y 17.3 de la Carta Africana sobre los *Derechos* Humanos y de los Pueblos, como el Comité PIDESC y, en alguna medida, el Tribunal Europeo de *Derechos* Humanos en casos relativos a minorías, se han referido al *derecho* a la *identidad* cultural y la dimensión colectiva de la vida cultural de las comunidades y pueblos nativos, indígenas, tribales y minoritarios.

217. La Corte considera que el *derecho* a la *identidad* cultural es un *derecho* fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización. En el mismo sentido, el Convenio N° 169 de la OIT reconoce las aspiraciones de los Pueblos indígenas a «asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus *identidades*, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”.

*Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile
Sentencia del 24 de febrero de 2012
(Fondo, Reparaciones y Costas)*

91. Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

135. El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. Según el Tribunal Europeo, el derecho a la vida privada abarca la identidad física y social, el desarrollo personal y la autonomía personal de una persona, así como su derecho de establecer y desarrollar relaciones con otras personas y su entorno social, incluyendo el derecho de establecer y mantener relaciones con personas del mismo sexo. Además, el derecho a mantener relaciones personales con otros individuos, en el marco del derecho a la vida privada, se extiende a la esfera pública y profesional.

*Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Contreras y otros Vs. El Salvador
Sentencia de 31 de agosto de 2011
(Fondo, Reparaciones y Costas)*

112. Ahora bien, el Tribunal ha reconocido que el derecho a la identidad no se encuentra expresamente contemplado en la Convención Americana. No obstante, el artículo 29.c de este instrumento establece que “ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de [...] excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”. Al respecto, la Corte ha utilizado las “Normas de Interpretación” de este artículo para precisar el contenido de ciertas disposiciones de la Convención, por lo que indudablemente una fuente de referencia importante, en atención al artículo 29.c) de la Convención Americana y al *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos lo constituye la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional que reconoció el derecho a la identidad de manera expresa. En su artículo 8.1 señala que “los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. De la regulación de la norma contenida en la Convención sobre Derechos del Niño se colige que la identidad es un derecho que comprende varios elementos, entre ellos, se encuentra compuesto por la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, incluidos en dicho articulado a modo descriptivo mas no limitativo. De igual forma, el Comité Jurídico Interamericano ha resaltado que el “derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana” y es un derecho con carácter autónomo, el cual posee “un núcleo central de elementos claramente identificables que incluyen el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad y el derecho a las relaciones familiares”. En efecto, es “un derecho humano fundamental oponible *erga omnes* como expresión de un interés colectivo de la comunidad internacional en su conjunto, que no admite

derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana». En consecuencia, en las circunstancias del presente caso y en atención al contexto de los términos de la Convención Americana, interpretados a la luz del artículo 31 de la Convención de Viena, el Tribunal estima que el conjunto de las violaciones a los derechos establecidos en la Convención Americana que fueron analizados constituyen una afectación al derecho a la identidad, el cual es inherente al ser humano, y se encuentra estipulado expresamente en la Convención sobre los Derechos del Niño.

113. Al respecto, esta Corte ha establecido previamente que “el *derecho* a la *identidad* puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros *derechos* según el sujeto de *derechos* de que se trate y las circunstancias del caso. Es así que la *identidad* personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Asimismo, es importante resaltar que, si bien la *identidad* entraña una importancia especial durante la niñez, pues es esencial para el desarrollo de la persona, lo cierto es que el *derecho* a la *identidad* no es un *derecho* exclusivo de los niños y niñas, pues se encuentra en constante construcción y el interés de las personas en conservar su *identidad* y preservarla no disminuye con el paso de los años. Además, el *derecho* a la *identidad* puede verse afectado por un sinnúmero de situaciones o contextos que pueden ocurrir desde la niñez hasta la adultez.

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Gelman Vs. Uruguay
Sentencia de 24 de febrero de 2011
(Fondo y Reparaciones)

122. Así, la referida situación afectó lo que se ha denominado el *derecho* a la *identidad*, que si bien no se encuentra expresamente

contemplado en la Convención, en las circunstancias del presente caso es posible determinarlo sobre la base de lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención sobre los *Derechos del Niño*, que establece que tal *derecho* comprende, entre otros, el *derecho* a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. Asimismo, el *derecho* a la *identidad* puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros *derechos* según el sujeto de *derechos* de que se trate y las circunstancias del caso.

123. Al respecto, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante la “OEA”) señaló “que el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana”. Asimismo estableció que “la falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”. En ese mismo sentido, el Comité Jurídico Interamericano expresó que el “derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana” y que, en consecuencia, “es un derecho humano fundamental oponible *erga omnes* como expresión de un interés colectivo de la comunidad internacional en su conjunto, que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana”.

124. En cuanto a la sustracción y apropiación ilícita de niños y niñas, jurisprudencia argentina ha considerado que ello afectaba el derecho a la identidad de las víctimas, toda vez que se había alterado el estado civil de los niños y se habían atribuido datos filiatorios que impidieron conocer la verdadera identidad de los mismos, quedando eliminado cualquier indicio relativo a su verdadero origen y evitando el contacto con la verdadera familia. En ese mismo

sentido, la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín afirmó, en relación con la identidad de los niños sustraídos en Argentina y citando un voto minoritario de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, que “el reconocimiento social del derecho prevaleciente de la familia a educar a los niños que biológicamente traen a la vida, se cimienta además en un dato que cuenta con muy fuerte base científica, que es la herencia genética de las experiencias culturales acumuladas por las generaciones precedentes”, añadiendo que “la personalidad no se forma, entonces, en un proceso sólo determinado mediante la transmisión de actitudes y valores por los padres y otros integrantes del grupo familiar, sino también por las disposiciones hereditarias del sujeto, ante lo cual la vía normal de formación de la identidad resulta ser la familia biológica”, concluyendo que el “derecho del niño es, ante todo, el derecho a adquirir y desarrollar una identidad, y, consecuentemente, a su aceptación e integración por el núcleo familiar en el que nace”.

*Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay
Sentencia de 24 de agosto de 2010
(Fondo, Reparaciones y Costas)*

251. En el presente caso se presentan las mismas falencias que la Corte determinó en el caso *Sawhoyamaxa*. Varias de las personas que fallecieron no tenían actas de nacimiento, o al menos no fueron aportadas, ni tampoco se levantaron las respectivas actas de defunción, careciéndose de los documentos de identidad esenciales para la determinación de derechos civiles.

261. Con respecto a la identidad cultural de los niños y niñas de comunidades indígenas, el Tribunal advierte que el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece una obligación adicional y complementaria que dota de contenido al artículo 19 de la Convención Americana, y que consiste en la obligación de promover y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma.

*Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala
Sentencia de 24 de noviembre de 2009
Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*

192. En cuanto al derecho al nombre, la Corte hace notar que ha establecido en su jurisprudencia que “el derecho al nombre, reconocido en el artículo 18 de la Convención Americana, constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona”. En este sentido, el Tribunal ha señalado que “los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción al derecho ni interferencia en la decisión de escoger el nombre. Una vez registrada la persona, se debe garantizar la posibilidad de preservar y restablecer su nombre y su apellido. El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia”.

198. Si bien en el año 1999 el Estado se acercó a Ramiro Osorio Cristales con el propósito de que éste rindiera su declaración como prueba anticipada sobre lo ocurrido en la masacre de Las Dos Erres, antes de dicha fecha no realizó actividad alguna dirigida a fin de reunificarlo con su familia biológica y devolverle su nombre e identidad. Esta omisión del Estado postergó e incluso negó a Ramiro Osorio Cristales la oportunidad de restablecer el vínculo con su familia y de recuperar su nombre y apellidos. De esta manera incumplió con su obligación de adoptar medidas positivas que promuevan la unidad familiar, a fin de asegurar el ejercicio y disfrute pleno del derecho a la familia, así como para garantizar el derecho al nombre de Ramiro Osorio Cristales, el cual como medio de identificación personal y de relación con la familia biológica de una persona afecta su vida privada y familiar de manera particular. Este incumplimiento es particularmente grave porque se enmarca en un patrón sistemático de tolerancia y desinterés por parte del Estado, el cual durante al menos dos décadas no adoptó las medidas positivas necesarias.

*Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay
Sentencia de 29 de marzo de 2006
(Fondo, Reparaciones y Costas)*

190. En el presente caso, la Corte ha tenido por demostrado que 18 de los 19 miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa que fallecieron como consecuencia del incumplimiento por parte del Estado de su deber de prevención de su derecho a la vida (*supra* párr. 178), no contaron con registros de su nacimiento y defunción, ni con algún otro documento proveído por el Estado capaz de demostrar su existencia e identidad.

193. Este Tribunal, además de haber rechazado este argumento del Estado y declarado la violación del artículo 4.1 de la Convención (*supra* 161), consideró que el Paraguay falló en proveer a la Corte la prueba que ésta le solicitó para mejor resolver, cuya carga recae de manera particular sobre el Estado (*supra* párrs. 22 y 48). La Corte estima que era deber del Paraguay implementar mecanismos que permitan a toda persona obtener el registro de su nacimiento u otros documentos de identificación, resguardando que estos procesos, en todos sus niveles, sean accesibles jurídica y geográficamente, para hacer efectivo el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

*Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana
Sentencia de 8 de septiembre de 2005
(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*

182. Ahora bien, el derecho al nombre, consagrado en el artículo 18 de la Convención Americana, constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado. Dicho derecho se establece también en diversos instrumentos internacionales.

186. La Corte observa que la violación del derecho a la nacionalidad de las niñas Yean y Bosico, la condición de apátridas en que fueron mantenidas, y el no reconocimiento de su personalidad jurídica ni de su nombre, desnaturalizó y negó la proyección externa o social de su personalidad.

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay
Sentencia 17 de junio de 2005
Fondo Reparaciones y Costas

81. Ahora bien, de los citados artículos surge que la obtención de personería jurídica es indispensable para la transferencia de la tierra, mas no para la iniciación del trámite de reivindicación.

147. Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.

148. Por el contrario, la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención.

167. Las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia. Al respecto, el

citado Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha destacado la especial vulnerabilidad de muchos grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado y, por lo tanto, su posibilidad de acceder a medios para obtener alimento y agua limpia.

JURISPRUDENCIA Y TESIS RELEVANTES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO

Materia constitucional

ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.

Del reconocimiento de los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación por razones de género, deriva que todo órgano jurisdiccional debe impartir justicia con base en una perspectiva de género, para lo cual, debe implementarse un método en toda controversia judicial, aun cuando las partes no lo soliciten, a fin de verificar si existe una situación de violencia o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera completa e igualitaria. Para ello, el juzgador debe tomar en cuenta lo siguiente: i) identificar primeramente si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia; ii) cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género; iii) en caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones; iv) de detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género; v) para ello debe aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas,

especialmente de los niños y niñas; y, vi) considerar que el método exige que, en todo momento, se evite el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género.

PRIMERA SALA DE LA SCJN. Décima Época; Registro: 2011430; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; 15 de abril de 2016; Materia: Constitucional; Tesis: 1a./J. 22/2016 (10a.).

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. CONDICIONES GENERALES PARA SU EJERCICIO.

La autoridad judicial, para ejercer el control ex officio en los términos establecidos en el expediente Varios 912/2010 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, debe asegurarse que se ha actualizado la necesidad de hacer ese tipo de control, es decir, en cada caso debe determinar si resulta indispensable hacer una interpretación conforme en sentido amplio, una en sentido estricto o una inaplicación, lo cual ocurre cuando se está en presencia de una norma que resulta sospechosa o dudosa de cara a los parámetros de control de los derechos humanos. De este modo, cuando una norma no genera sospechas de invalidez para el juzgador, por no parecer potencialmente violatoria de derechos humanos, entonces no se hace necesario un análisis de constitucionalidad y convencionalidad exhaustivo, porque la presunción de constitucionalidad de que gozan todas las normas jurídicas no se ha puesto siquiera en entredicho. Lo anterior es así, porque como se señaló en el citado expediente Varios, las normas no pierden su presunción de constitucionalidad sino hasta que el resultado del control así lo refleje, lo que implica que las normas que son controladas puedan incluso salvar su presunción de constitucionalidad mediante la interpretación conforme en sentido amplio, o en sentido estricto.

PRIMERA SALA DE LA SCJN. Décima Época; Registro: 2010954; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; 19 de febrero de 2016; Materia: Común; Tesis: 1a./J. 4/2016 (10a.)

Materia penal

ACTOS DE TORTURA. LA OMISIÓN DEL JUEZ PENAL DE INSTANCIA DE INVESTIGAR LOS DENUNCIADOS POR EL IMPUTADO, CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN A LAS LEYES DEL PROCEDIMIENTO QUE TRASCIENDE A SU DEFENSA Y AMERITA LA REPOSICIÓN DE ÉSTE.

Si los gobernados, constitucional y convencionalmente tienen el derecho fundamental a que el Estado investigue las violaciones a sus derechos humanos, en específico, el derecho a no ser objeto de tortura, la autoridad judicial, como parte integral del Estado Mexicano, ante la denuncia de que un gobernado ha sido víctima de aquélla, tiene la obligación de investigarla; lo que se constituye en una formalidad esencial del procedimiento, al incidir sobre las efectivas posibilidades de defensa de los gobernados previo al correspondiente acto de autoridad privativo de sus derechos. Ello, porque al ser la tortura una violación a los derechos humanos de la que pueden obtenerse datos o elementos de prueba que con posterioridad se utilicen para sustentar una imputación de carácter penal contra la presunta víctima de la tortura, se advierte una relación entre la violación a derechos humanos y el debido proceso; lo cual implica que, luego de realizarse la investigación necesaria para determinar si se actualizó o no la tortura, de obtenerse un resultado positivo, la autoridad que tenga a cargo resolver la situación jurídica de la víctima de violación a derechos humanos, estará obligada a realizar un estudio escrupuloso de los elementos en que se sustenta la imputación al tenor de los parámetros constitucionales fijados en relación con las reglas de exclusión de las pruebas ilícitas. Por tanto, soslayar una denuncia de tortura, sin realizar la investigación correspondiente, coloca en estado de indefensión a quien la alega, ya que la circunstancia de no verificar su dicho implica dejar de analizar una eventual ilicitud de las pruebas con las que se dictará la sentencia. Así, la omisión de la autoridad judicial de investigar una denuncia de tortura como violación a derechos fundamentales dentro del proceso penal, cons-

tituye una violación a las leyes que rigen el procedimiento, que trasciende a las defensas del quejoso, en términos de los artículos 173, fracción XXII, de la Ley de Amparo, 10., párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como 1, 6, 8 y 10 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y, consecuentemente, debe ordenarse la reposición del procedimiento de primera instancia para realizar la investigación correspondiente y analizar la denuncia de tortura, únicamente desde el punto de vista de violación de derechos humanos dentro del proceso penal, a efecto de corroborar si existió o no dicha transgresión para los efectos probatorios correspondientes al dictar la sentencia.

PRIMERA SALA DE LA SCJN. Décima Época; Registro: 2011521; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; 29 de abril de 2016; Materia(s): Común, Penal; Tesis: 1a./J. 10/2016 (10a.).

ACTOS DE TORTURA. LA REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO, CON MOTIVO DE LA VIOLACIÓN A LAS LEYES QUE LO RIGEN POR LA OMISIÓN DE INVESTIGAR LOS DENUNCIADOS POR EL IMPUTADO, DEBE ORDENARSE A PARTIR DE LA DILIGENCIA INMEDIATA ANTERIOR AL AUTO DE CIERRE DE INSTRUCCIÓN.

La violación al debido proceso, derivada de la omisión de investigar la existencia de actos de tortura, con motivo de una denuncia o la existencia de indicios concordantes para suponer bajo un parámetro de probabilidad razonable de que la violación a derechos humanos aconteció, da lugar a que la vía de reparación óptima sea ordenar la reposición del procedimiento con la finalidad de realizar la investigación respectiva. Lo anterior, porque sólo será posible determinar el impacto de la tortura en el proceso penal, una vez que ésta se acredite, como resultado de una investigación exhaustiva y diligente. Así, la reposición del procedimiento tiene como justificación que se investiguen los actos de tortura alegados para verificar su existencia, y no por la actualización de alguna otra vio-

lación concreta y constatada al derecho de defensa del imputado; por tanto, no existe razón para que se afecte todo lo desahogado en el proceso, pues en caso de que la existencia de actos de tortura no se constate con la investigación, las correspondientes actuaciones y diligencias subsistirán íntegramente en sus términos; y para el caso de que se acredite su existencia, los efectos únicamente trascenderán en relación con el material probatorio que en su caso será objeto de exclusión al dictar la sentencia; de ahí que la reposición del procedimiento deberá realizarse hasta la diligencia inmediata anterior al auto de cierre de instrucción, tratándose del sistema penal tradicional.

PRIMERA SALA DE LA SCJN. Décima Época; Registro: 2011522; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; 29 de abril de 2016; Materia(s): Común, Penal; Tesis: 1a./J. 11/2016 (10a.).

BENEFICIOS PENALES PARA LOS SENTENCIADOS. EL HECHO DE QUE SE CONDICIONE SU OTORGAMIENTO, NO ES CONTRARIO AL ARTÍCULO 18, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

El establecimiento de beneficios preliberacionales por el legislador tiene una finalidad eminentemente instrumental, ya que éstos constituyen los medios o mecanismos para generar los resultados y fines que el artículo 18, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prevé para el régimen penitenciario, como son lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir. Desde esta óptica, no deben confundirse los fines del sistema penitenciario con la justificación para obtener el beneficio de tratamiento preliberacional, pues el hecho de que los beneficios sean medios adecuados para incentivar la reinserción, no implica que su otorgamiento sea incondicional ni que deban considerarse un derecho fundamental que asiste a todo sentenciado, ya que si bien es cierto que el artículo 18, párrafo segundo, constitucional admite la posibilidad de que se otorguen beneficios a quien esté en posibilidad de ser

reinsertado, de su texto no se aprecia que exista prohibición dirigida al legislador en el sentido de impedirle condicionar tal otorgamiento; por el contrario, la norma constitucional establece que será en la ley secundaria donde se preverán los beneficios acordes al modelo de sistema penitenciario que diseña la Constitución General de la República. Por tanto, el hecho de que el legislador establezca condiciones de concurrencia necesaria para el otorgamiento de los beneficios de tratamiento preliberacional, así como el otorgamiento de facultades de apreciación al juez para que, a la luz de los requisitos legales y del caso concreto, conceda o no dichos beneficios, no es contrario al artículo 18 de la Constitución Federal, pues sólo denota la intención del legislador de que ciertas conductas delictivas conlleven tratamiento más riguroso, en aras de proteger los derechos de la sociedad a la paz y a la seguridad sociales.

PRIMERA SALA DE LA SCJN. Décima Época; Registro: 2011278; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; 18 de marzo de 2016; Materia: Constitucional; Tesis: 1a./J. 16/2016 (10a.).

REMISIÓN PARCIAL DE LA PENA. ES IMPROCEDENTE CONCEDER ESTE BENEFICIO A LOS SENTENCIADOS POR EL DELITO DE PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD (SECUESTRO), EN TÉRMINOS DE LA LEY GENERAL PARA PREVENIR Y SANCIONAR LOS DELITOS EN MATERIA DE SECUESTRO, REGLAMENTARIA DE LA FRACCIÓN XXI DEL ARTÍCULO 73 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, POR LO QUE NO TIENE APLICACIÓN RETROACTIVA EN SU BENEFICIO LA LEY DE EJECUCIÓN DE SANCIONES PENALES Y REINSERCIÓN SOCIAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Con la entrada en vigor de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la Fracción XXI del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el 28 de febrero de 2011, se proscribió la posi-

bilidad de que los sentenciados por los delitos de privación ilegal de la libertad o secuestro accedan al beneficio de la remisión parcial de la pena, como se colige de su artículo 19, por lo que, aun cuando el artículo 39 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Reinserción Social para el Distrito Federal, vigente a partir del 19 de junio de dos mil once, no contempla como prohibición para la concesión de la remisión parcial de la pena, al que haya sido sentenciado por el delito de privación ilegal de la libertad (secuestro), sin embargo, no aplica el principio de retroactividad de la ley en beneficio del reo, pues la Ley General que regula los delitos de secuestro, incluso en la ejecución de las penas, prevalece sobre la Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Reinserción Social para el Distrito Federal, al ser expedida por el Congreso de la Unión, en ejercicio de una facultad expresa de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y por tratarse de una ley especial en materia de secuestro, de acuerdo al principio de especialidad que debe prevalecer.

PLENO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Décima Época; Registro: 2011135; Instancia: Plenos de Circuito; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; 26 de febrero de 2016; Materia(s): Constitucional, Penal; Tesis: PC.I.P. J/20 P (10a.).

REPARACIÓN DEL DAÑO. EL TRIBUNAL DE ALZADA NO ESTÁ FACULTADO PARA REALIZAR UN ANÁLISIS EX OFFICIO SOBRE SU CONDENA SI EL MINISTERIO PÚBLICO O LA PARTE OFENDIDA, AUN CUANDO SEA MENOR DE EDAD, NO INTERPUSO EL RECURSO DE APELACIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS).

De la interpretación de los artículos 382, 384 a 386 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chiapas, se deduce que el legislador previó una serie de obligaciones para la víctima u ofendido, en el sentido de que deben hacer valer el medio de impugnación relativo cuando se trate de reparación del daño; por

tanto, no es dable soslayar dicha obligación, en aras de cumplir con el principio de interpretación más favorable a la persona, o incluso, de salvaguardar los derechos de los menores ofendidos o víctimas, puesto que de aceptar dicha postura, se contravendría el orden público establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, haciendo procedente lo que no fue atacado o debatido en su oportunidad, en franca oposición a los principios de cosa juzgada y non reformatio in peius; motivo por el cual, no es factible que el tribunal de alzada analice oficiosamente la condena a la reparación del daño cuando, en relación con ese tema, el Ministerio Público o la parte ofendida, aun cuando sea menor de edad, no haya interpuesto el recurso de apelación.

PLENO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO. Décima Época; Registro: 2010816; Instancia: Plenos de Circuito; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; 15 de enero de 2016; Materia: Penal; Tesis: PC.XX. J/4 P (10a.).

Materia civil

INCIDENTE DE LIQUIDACIÓN. SU PROMOCIÓN INTERRUMPE EL PLAZO DE 3 AÑOS PREVISTO POR EL ARTÍCULO 1079, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO DE COMERCIO, PARA EJECUTAR LA SENTENCIA QUE HA CAUSADO ESTADO, DICTADA EN UN JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL.

Del artículo 1348 del Código de Comercio deriva que los incidentes de liquidación promovidos por la parte actora constituyen verdaderos actos procesales relacionados directamente con la ejecución de la sentencia, toda vez que dicho artículo regula el procedimiento de ejecución cuando se trata de una condena ilíquida, en lo que atañe a las costas e intereses a que fue condenada la parte reo y que, forzosamente, debe gestionar para que se ejecute plenamente el fallo; por tanto, la promoción de esos incidentes interrumpe el plazo para la ejecución de sentencias en juicios ejecutivos que establece la fracción IV del artículo 1079 del código indicado.

PLENO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO. Décima Época; Registro: 2010998; Instancia: Plenos de Circuito; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; 19 de febrero de 2016; Materia: Civil; Tesis: PC.XX. J/5 C (10a.)

JUICIO ORAL MERCANTIL. ES PROCEDENTE CUANDO SE EJERCE LA ACCIÓN PERSONAL DE COBRO DERIVADA DE UN CONTRATO DE CRÉDITO CON GARANTÍA HIPOTECARIA, CUANDO SEA DE CUANTÍA DETERMINADA E INFERIOR AL MONTO FIJADO EN EL ARTÍCULO 1339 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

Del artículo 1055 Bis del Código de Comercio deriva que, en los casos en que el acreedor tiene a su favor un crédito con garantía hipotecaria y pretende obtener el pago del adeudo, puede hacerlo a través de las diversas vías establecidas por el legislador, según la finalidad que persiga; de ahí que si su voluntad es hacer efectiva la hipoteca que garantiza el crédito, puede ejercer la acción real mediante el juicio sumario hipotecario regulado por el artículo 486 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Querétaro; sin embargo, si su finalidad es obtener, exclusivamente, el pago del crédito, sin el propósito de ejecutar la hipoteca, puede ejercer acciones de naturaleza personal; caso en el cual procede la vía oral mercantil prevista en el artículo 1390 Bis del Código de Comercio, cuando el asunto sea de cuantía determinada e inferior al monto fijado en el artículo 1339 del citado ordenamiento mercantil y el título base de la acción no traiga aparejada ejecución. Ello es así, ya que conforme al artículo 1390 Bis 1 del Código de Comercio, el juicio oral mercantil procede por exclusión, es decir, cuando no exista una tramitación especial señalada en el propio código ni en otras leyes, el cual deberá plantearse por la vía que de acuerdo con las particularidades del asunto.

PLENO DEL VIGÉSIMO SEGUNDO CIRCUITO. Décima Época; Registro: 2011001; Instancia: Plenos de Circuito; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; 19 de febrero de 2016; Materia: Civil; Tesis: PC.XXII. J/7 C (10a.).

PAGARÉ. AUN CUANDO EL JUICIO SE SIGA EN REBELDÍA, EL JUZGADOR TIENE LA OBLIGACIÓN DE PROTEGER Y GARANTIZAR OFICIOSAMENTE EL DERECHO HUMANO DEL ENJUICIADO A NO SUFRIR USURA.

En la jurisprudencia 1a./J. 47/2014 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 27 de junio de 2014 a las 9:30 horas y en su Gaceta, Décima Época, Libro 7, Tomo I, junio de 2014, página 402, de título y subtítulo: “PAGARÉ. SI EL JUZGADOR ADVIERTE QUE LA TASA DE INTERESES PACTADA CON BASE EN EL ARTÍCULO 174, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO ES NOTORIAMENTE USURARIA PUEDE, DE OFICIO, REDUCIRLA PRUDENCIALMENTE.”, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que si el juzgador advierte que la tasa de intereses consignada en un pagaré es notoriamente excesiva, puede reducirla oficiosamente y prudencialmente, valorando las circunstancias particulares del caso y las actuaciones que tenga para resolver. Asimismo, enunció los siguientes parámetros guía para evaluar objetivamente el carácter excesivo del rédito: a) el tipo de relación entre las partes; b) la calidad de los sujetos que intervienen en la suscripción del pagaré y si la actividad del acreedor se encuentra regulada; c) el destino o finalidad del crédito; d) el monto; e) el plazo; f) la existencia de garantías para el pago; g) las tasas bancarias de interés para operaciones similares a las analizadas; h) la variación del índice inflacionario nacional durante la vida real del adeudo; i) las condiciones del mercado; y, j) otras cuestiones que generen convicción en el juzgador. Ahora bien, la falta de contestación de la demanda no constituye un impedimento jurídico para analizar los referidos parámetros, porque, aunque el juicio se siga en rebeldía, el juzgador tiene la facultad y la obligación de proteger y garantizar oficiosamente el derecho humano del enjuiciado a no sufrir usura, de conformidad con los artículos 10., párrafo tercero, de la Constitución Federal y 21, numeral 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, la falta de contestación de la demanda tampoco es un obstáculo práctico para que el

juzgador conozca algunos de los referidos parámetros, pues aquellos que consistan en circunstancias particulares del caso (relación entre las partes; calidad de los sujetos; actividad del acreedor; destino, monto, plazo y garantías del crédito), pueden quedar revelados a través de los datos contenidos en la demanda y sus anexos, mientras que los relativos a indicadores financieros (tasas de interés bancarias y variación del índice inflacionario nacional), pueden constituir hechos notorios que no requieren de planteamientos ni pruebas de las partes, por encontrarse difundidos mediante publicaciones impresas o electrónicas oficiales.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SÉPTIMO CIRCUITO. Décima Época; Registro: 2010893; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; 22 de enero de 2016; Materia(s): Constitucional, Civil; Tesis: XXVII.30. J/30 (10a.).

VÍA ESPECIAL HIPOTECARIA. EN CASO DE EXISTIR CESIÓN DEL CRÉDITO EL JUZGADOR, ANTES DE ADMITIR LA DEMANDA, DEBE VERIFICAR, DE OFICIO, QUE EL DEUDOR HAYA SIDO NOTIFICADO FORMALMENTE DE LA CESIÓN (LEGISLACIONES DEL ESTADO DE SINALOA Y DEL DISTRITO FEDERAL).

Los Códigos Civiles para el Estado de Sinaloa y para el Distrito Federal prevén que si en una cesión de derechos hipotecarios, el cedente deja de llevar la administración de los créditos del cesionario, aquél deberá notificar por escrito dicha cesión al deudor; condición que habrá de cumplir el cesionario antes de ejercer la acción hipotecaria (artículos 2926 y 2036 del Código Civil para el Distrito Federal, y 2807 y 1918 del Código Civil para el Estado de Sinaloa), por ser un requisito legal para la procedencia de esta vía especial. Lo anterior implica que previamente a la admisión de la demanda, el Juez debe analizar, de oficio, si se verificó esta formalidad que la ley permite cumplir en forma judicial o extrajudicial, supuesto este último en el que puede hacerse por conducto de notario o ante dos testigos. Sin embargo, la obligación del juzgador

debe limitarse a verificar si se cumplió el requisito formal de la notificación en el modo que establece la ley, sin que deba exigirse a éste que verifique que la diligencia respectiva derivó, efectivamente, en el conocimiento fehaciente del deudor de que el crédito hipotecario fue cedido, pues esa postura iría más allá de lo previsto en los códigos referidos, que únicamente establecen como condición para que el cesionario pueda ejercer la vía hipotecaria que previamente le haya notificado, por escrito, al deudor la cesión. Así, el demandado que se considere afectado por una notificación ilegal podrá impugnarla, como excepción, aun cuando se haya realizado por conducto de un notario público, pues si bien es cierto que las actas y los testimonios que los fedatarios expiden en el ejercicio de sus funciones constituyen documentos que gozan de presunción de certeza de los actos que consignan, también lo es que esa presunción admite prueba en contrario, y su nulidad puede declararse judicialmente en un procedimiento en el que demuestre que los hechos que consignan no se apegan a la realidad.

PRIMERA SALA DE LA SCJN. Décima Época; Registro: 2010800; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; 15 de enero de 2016; Materia: Civil; Tesis: 1a./J. 82/2015 (10a.).

**CRITERIOS DE LAS SALAS DEL SUPREMO
TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DE
SINALOA**

CRITERIOS DE LA PRIMERA SALA

PARÁMETRO PUNITIVO PARA DETERMINAR EL *QUANTUM* DE LA PENA EN EL DELITO DE ROBO AGRAVADO.

El artículo 203 del Código Penal para el Estado de Sinaloa prevé la pena base para el delito de robo mientras que el artículo 204 del Código de referencia establece tanto las circunstancias que agravan dicho delito, como la punición que se debe aplicar cuando se acredita cualquiera de ellas; así pues, para determinar el *quantum* de la pena, quien juzga debe atender los parámetros fijados en ambos artículos. Sin embargo, en lo que hace al delito base el legislador sí fijó los parámetros máximos y mínimos que debe considerar pero en cuanto al segundo, que establece las agravantes, sólo se ocupó de establecer el parámetro máximo, el cual corresponde a tres cuartas partes de la pena prevista para el delito base, sin definir cuál debe ser el mínimo. Por ello, y atendiendo el denominador de la fracción que se prevé como máxima, debe entenderse que para determinar el *quantum* de la pena, quien juzga deberá tomar como mínimo la cuarta parte de misma para poder ubicar en forma concreta la punición de las agravantes que prevé el aludido precepto legal.

Primera Sala.

Toca: 319/2015.

Magistrada ponente: Gloria María Zazueta Tirado.

Fecha de la ejecutoria: 22 de febrero de 2016.

SUSPENSIÓN CONDICIONAL. EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PRO PERSONA ES APLICABLE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 101 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE SINALOA.

El 30 de julio de 2014 se publicó en el Periódico Oficial “El Estado de Sinaloa” una reforma al artículo 101 del Código Penal para el

Estado de Sinaloa, en la cual se estableció que se podrá otorgar en sentencia el beneficio de la suspensión condicional de la pena cuando ésta no exceda de cuatro años. El decreto a través del cual se publicó dicha reforma contiene además la adopción del sistema procesal penal acusatorio y oral conforme al Código Nacional de Procedimientos Penales, mismo que entrará en vigor de manera gradual y sucesiva, por regiones o circuitos judiciales; dicho decreto, según la publicación, entró en vigor al día siguiente de su publicación; por ello, aún y cuando la reforma al artículo 101 del Código Penal para el Estado de Sinaloa estuvo contemplada en ese mismo decreto, ésta no puede estar sujeta al régimen gradual para su aplicación si contiene un beneficio para el encausado, aún cuando el trámite sea en el sistema anterior, dado que tal reforma no forma parte de la legislación procesal sino que es una norma de carácter formal y materialmente sustantiva, por ende, la misma entró en vigor conforme al único artículo transitorio del decreto; es decir, al siguiente día de su publicación. Así pues, al tratarse de una norma favorable para el acusado, y en atención a que la retroactividad *in bonam partem* de las normas, constituye un derecho fundamental, la autoridad judicial está obligada a su aplicación oficiosa.

Primera Sala.

Toca: 673/2015.

Magistrada ponente: María Bárbara Irma Campuzano Vega.

Fecha de la ejecutoria: 28 de enero de 2016.

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL Y MATERIAL. QUIEN JUZGA DEBE ANALIZAR EL CONTEXTO Y LAS CONDICIONES DE LA VÍCTIMA CUANDO EN AUTOS Y BAJO ESE ANÁLISIS GARANTIZARLE SU DERECHO CONSAGRADO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

De conformidad con el artículo 20, apartado A, fracción I, así como el apartado C, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, si quien juzga dicta una sentencia condenato-

ria ineludiblemente, como derecho de la víctima, debe condenar al pago de la reparación del daño. Para determinar la existencia de éste en los delitos de índole sexual, la autoridad judicial no debe perder de vista el contexto de los hechos y la condición de la víctima; es decir, si en autos no existen dictámenes o algún otro dato que indique el monto o qué medios que permitan determinar el impacto que causó el delito en la víctima, debe partir del análisis de las condiciones mencionadas con anterioridad. Cuando se trata de una víctima menor de edad, atendiendo el interés superior de ésta y la obligación de garantizarle su normal desarrollo, se debe condenar además al acusado al pago de la reparación del daño moral, partiendo de la afectación en su seguridad y el bien jurídicamente tutelado para lo cual sólo es necesario atender, como ya se dijo, a las condiciones específicas de la víctima, tales como su edad, la etapa de desarrollo en la que ésta se encuentra, esto es, deben considerarse todas las circunstancias que se desprendan de autos, lo cual resulta suficiente para determinar que se causó un daño moral y material (daño psicológico). Procediendo la condena a la reparación del daño y para determinar el *quántum* que corresponde a ambos conceptos, ello será a través de la autoridad competente: Juez de Ejecución de las Consecuencias Jurídicas del Delito, mediante la tramitación del incidente correspondiente.

Primera Sala.

Toca: 574/2015.

Magistrada Ponente: María Bárbara Irma Campuzano Vega.

Fecha de la ejecutoria: 29 de enero de 2016.

EXTINCIÓN DE LA PRETENSIÓN PUNITIVA. LEGITIMACIÓN DE VÍCTIMA INDIRECTA PARA OTORGAR PERDÓN A FAVOR DEL ACUSADO.

La extinción de la pretensión punitiva procede, de conformidad con el artículo 106, fracción IV, del Código Penal vigente en el Estado de Sinaloa, cuando se otorga el perdón por parte de la persona ofendida, siempre y cuando se trate de un delito de querrela.

Ahora bien, si se acredita que la parte ofendida de un delito, que admite dicho presupuesto, falleció antes de que la sentencia dictada en el proceso penal causara ejecutoria, dado que se encontraba en trámite un recurso de apelación, y la madre del ofendido, otorga el perdón y al advertirse de autos que el pasivo era soltero; ésta, como familiar consanguíneo directo, está legitimada para otorgar a la parte acusada el perdón, máxime cuando ni el Ministerio Público ni el acusado se oponen en que éste sea otorgado y en consecuencia, procede decretar el sobreseimiento de la causa, por persona legitimada para hacerlo.

Primera Sala.

Toca: 522/2015.

Magistrada ponente: María Bárbara Irma Campuzano Vega.

Fecha de la ejecutoria: 31 de marzo de 2016.

GRAVEDAD DE LOS HECHOS. TRATÁNDOSE DE UNA VÍCTIMA MENOR DE EDAD OPERA LA SUPLENCIA DE LA QUEJA EN TODA SU AMPLITUD PARA DETERMINARLA.

En el recurso de apelación interpuesto por la Representación Social, la Sala Colegiada está legitimada para aplicar la suplencia de la queja en toda su amplitud cuando se trata de una víctima menor de edad y analizar los supuestos jurídicos que perjudican a la víctima con el fin de otorgarle la mayor protección dada su calidad específica, así pues si los agravios expresados atacan el tópico de la gravedad del hecho y la autoridad ministerial se enfoca en argumentar que se aumente el porcentaje de la gravedad del hecho atendiendo únicamente las circunstancias de tiempo, modo, lugar y ocasión en que sucedieron los hechos, sin especificar qué factores de dichas circunstancias son los que permitirán elevar dicho porcentaje, además alude de manera superficial al bien jurídico tutelado y hace un análisis desde el punto de vista subjetivo de otros delitos que el acusado pudo cometer; sin embargo, este Tribunal de alzada, debe entrar al análisis oficioso de los factores a valorarse para determinar la gravedad bajo las directrices previstas en

el artículo 75, fracciones de la I a la IV, del Código Penal para el Estado de Sinaloa, con el objetivo de garantizar los derechos de la víctima menor de edad. Así pues, es importante señalar que para determinar el aumento de la gravedad del hecho se debe examinar el hecho delictivo desde todas sus vertientes, es decir, en los delitos de naturaleza sexual no se puede dejar de observar el lugar donde se encontraba la víctima, si éste era considerado por ella como seguro, así como con quién estaba, qué relación tenía con el acusado; así como los medios empleados por éste, la edad de la víctima y las consecuencias que en el futuro tendrá el impacto del delito que se ejecutó en su persona.

Primera Sala.

Toca: 1017/2015.

Magistrada ponente: María Gabriela Sánchez García.

Fecha de ejecutoria: 27 de abril de 2016.

DELITOS CULPOSOS. DEBE ACREDITARSE OBJETIVAMENTE EN QUÉ CONSISTIERON LOS ACTOS DESPROVISTOS AL DEBER DE CUIDADO.

Para tener por acreditado objetivamente en qué consistió el actuar imprudente que ejecutó el sujeto activo del ilícito es necesario que el órgano técnico acusador exponga de manera razonada, conforme al material probatorio allegado a la causa, en qué consistió la conducta imprudencial que desplegó el acusado, para poder determinar los elementos constitutivos del tipo y la responsabilidad penal; dado que es de capital importancia analizar dichos elementos para comprobar la existencia de los actos con los que se infringió el deber de cuidado conforme a lo establecido por el artículo 14, párrafo tercero, del Código Penal para el Estado de Sinaloa.

Primera Sala.

Toca: 1083/2014.

Magistrada ponente: María Gabriela Sánchez García.

Fecha de la ejecutoria: 29 de abril de 2016.

AUTORÍA INDETERMINADA EN DELITOS DE NATURALEZA CULPOSA.

Cuando se trata de un delito de naturaleza culposa, no se admite la autoría indeterminada prevista en el artículo 18, fracción VIII, del Código Penal para el Estado de Sinaloa, la cual consiste en atribuir la responsabilidad a los que intervienen con otros en la comisión de un delito, aún y cuando no conste quién de ellos produjo el resultado; sin embargo, esta figura de acuerdo con el artículo 93 de la ley sustantiva de la materia, sólo es aplicable a los delitos de naturaleza dolosa y, es importante destacar que conforme lo establece el artículo 14, párrafo tercero, obra culposamente el que realiza el hecho típico infringiendo un deber de cuidado que debía y podía observar, según las circunstancias y condiciones personales, causando un resultado típico que no previó, siendo previsible, o previó confiando en poder evitarlo; es decir, que esa infracción al deber de cuidado debe desplegarse por el autor que lo comete, lo que implica que para acreditar la responsabilidad en un delitos culposo necesariamente tiene que existir una persona determinada para poder probar jurídicamente y en forma plena la responsabilidad penal.

Primera Sala.

Toca: 1083/2014.

Magistrada ponente: María Gabriela Sánchez García.

Fecha de la ejecutoria: 29 de abril de 2016.

CRITERIOS DE LA TERCERA SALA

AGRAVIOS. PARA SU PROCEDENCIA NO LE ES EXIGIBLE AL RECURRENTE QUE SE TENGA QUE OCUPAR DE COMBATIR PUNTO POR PUNTO O LÍNEA POR LÍNEA LO EXPUESTO EN LA SENTENCIA, SINO QUE BASTA QUE SE OCUPE DE CONTROVERTIR LOS RAZONAMIENTOS CENTRALES QUE SIRVIERON DE BASE A LA RESOLUCIÓN.

Conforme lo ha determinado el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis con número de registro 1002991, del Apéndice de Jurisprudencia 1917-Septiembre 2011, los agravios que se hagan valer en un recurso no necesitan cumplir con formalidades rígidas y solemnes, ya que, por una parte, los diversos preceptos que los regulan no exigen requisitos para su formulación y, por otra, el escrito a través del cual se hagan valer éstos debe examinarse en su conjunto, por lo que será suficiente que en alguna parte de éste se exprese con claridad la causa de pedir, señalándose cuál es la lesión o agravio que las respectivas consideraciones le provocan, así como los motivos que generan esta afectación, controvirtiendo las consideraciones que por su estructura lógica sustentan la resolución recurrida, o, en su caso, las circunstancias de hecho que afectan la validez de esta última, para que el órgano revisor deba analizarlos. En este contexto, en cuanto al formalismo que rige a los conceptos de violación y a los agravios en materias de estricto Derecho, es de señalarse que el análisis de los motivos de inconformidad implica la comprensión de los planteamientos y la finalidad que se persigue con su exposición, sin tecnicismos ni rigorismos, o sea, sin la exigencia de un silogismo formal; de ello se obtiene que aún en agravios vertidos por la autoridad en una materia de estricto Derecho —sin que ello se signifique en suplencia de la queja deficiente—, lo único que corresponde al Juzgador es poner de manifiesto la verdadera intención de quien recurre, a través de los argumentos expuestos, sin

que le sea exigible al recurrente que se tenga que ocupar de combatir punto por punto o línea por línea lo expuesto en la sentencia, sino que basta que se ocupe de controvertir los razonamientos centrales que sirvieron de base a la resolución.

Tercera Sala.

Toca: 1147/2015.

Magistrado ponente: José Antonio García Becerra.

Fecha de la ejecutoria: 12 de abril de 2016.

CONFESIÓN JUDICIAL DEL IMPUTADO. ES ATENDIBLE PUES CONSTITUYE UN ELEMENTO PROBATORIO AUTÓNOMO, AL NO ESTAR RELACIONADA CON LA ILEGAL DETENCIÓN DE LA QUE FUE OBJETO, PUES FUE EMITIDA LIBRE Y ESPONTÁNEAMENTE EN SEDE JUDICIAL, CON ASISTENCIA DE SU DEFENSOR, MESES DESPUÉS, CON INDEPENDENCIA DE SU PRIMERA DECLARACIÓN, DADO QUE SEGUIDAMENTE A ÉSTA FUE PUESTO EN LIBERTAD Y SU NUEVA DETENCIÓN SE EJECUTÓ MEDIANTE CUMPLIMIENTO DE ORDEN DE APREHENSIÓN EMITIDA POR EL JUEZ DE LA CAUSA CON LAS FORMALIDADES QUE EXIGE LA LEY.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis con rubro “PRUEBA ILÍCITA. LÍMITES DE SU EXCLUSIÓN”, ha determinado que existen límites sobre hasta cuándo se sigue la ilicitud de las pruebas de conformidad con la cadena de eventos de la violación inicial que hacen posible que no se excluya la prueba. Señalando, de manera enunciativa y no limitativa, como supuestos, los siguientes: a) si la contaminación de la prueba se atenúa; b) si hay una fuente independiente para la prueba; y c) si la prueba hubiera sido descubierta inevitablemente. Para el supuesto de la atenuación de la contaminación de la prueba, nuestro más Alto Tribunal enuncia como factor que se podría tomar en cuenta para determinar si el vicio surgido de una violación constitucional ha sido difuminado, entre otros, el siguiente: entre más distancia temporal exista entre la ilegalidad inicial y la adquisición de una prueba se-

cundaria, es decir, que entre más tiempo pase, es más probable la atenuación de la prueba, propiciando su no exclusión. Precisando que la aplicación del anterior estándar debe hacerse en cada caso concreto. En este contexto, la confesión judicial del sentenciado vertida en declaración preparatoria, donde aceptó haber realizado el apoderamiento que le atribuían, es atendible y no se excluye al no estar relacionada con la ilegal detención de la que fue objeto el acusado, pues fue emitida libre y espontáneamente en sede judicial, con asistencia de su defensor, meses después, con independencia de su primera declaración, dado que seguidamente a ésta fue puesto en libertad y su nueva detención se ejecutó mediante cumplimiento de orden de aprehensión emitida por la Jueza de la causa con las formalidades que exige la Ley, interrumpiéndose así la secuencia de la ilegal detención, constituyéndose un elemento probatorio autónomo. Además del contenido de lo declarado por el activo en preparatoria se advierte que hizo referencia a lo que declararon las personas que lo señalan confirmando que realizó el robó que se le imputa.

Tercera Sala.

Toca No. 910/2015.

Magistrado ponente: José Antonio García Becerra.

Fecha de la ejecutoria: 12 de abril de 2016.

DETENCIÓN EN FLAGRANCIA DELICTIVA. LA EVENTUAL DEMORA EN LA PUESTA A DISPOSICIÓN DEL DETENIDO ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO POR SÍ MISMA NO TORNA LA DETENCIÓN EN ILEGAL, NI INVALIDA EL INFORME DE POLICÍA NI LAS EVIDENCIAS ASEGURADAS EN EL MOMENTO DE LA DETENCIÓN.

En el caso que nos ocupa, la eventual demora injustificada en la puesta a disposición del inculpado, como evento sucesivo autónomo y con independencia fáctica de la detención en flagrancia—conforme a los parámetros constitucionales—, no torna ésta en ilegal y, por consiguiente, no pierden validez probatoria el informe

policial y las evidencias aseguradas al momento de la detención, como infundadamente lo determinó el Juez de origen como sustento de la absolución. En efecto, al resolver, entre otros, los Amparos Directos en Revisión 2190/2014 y 4822/2014, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, determinó como criterio de interpretación constitucional, que «*el informe de la policía no es un medio de prueba que deba declararse ilícito a pesar de que la autoridad judicial considere actualizada la demora injustificada para presentar al inculpado ante el Ministerio Público, después de que fue detenido en el supuesto constitucional de flagrancia*». Razonando en las Ejecutorias para ello, como primer parámetro, la autonomía de la detención en flagrancia respecto a la demora injustificada de la puesta a disposición del detenido ante el Ministerio Público, en virtud de lo cual la violación a la inmediatez de la puesta a disposición no genera por sí misma la ilicitud de la detención, teniendo en cuenta que se trata de dos circunstancias fácticas que tienen autonomía y que deben analizarse en ese contexto. En consecuencia, sostiene el Máximo Tribunal, si la detención del inculpado se sustenta en el supuesto constitucional de flagrancia de delito, no existe razón jurídica válida por la que deba declararse ilícita la detención, ni para determinarse la ilicitud del informe de la policía, en lo que se refiere a la descripción de las circunstancias fácticas en que se suscitó la detención del inculpado bajo el supuesto de flagrancia delictiva, así como la relación de los objetos y evidencias aseguradas, medios de prueba que podrán válidamente ser objeto de valoración y otorgarles eficacia probatoria.

Tercera Sala.

Toca: 1285/2015.

Magistrado ponente: José Antonio García Becerra.

Fecha de la ejecutoria: 14 de abril de 2016.

DETENCIÓN EN FLAGRANCIA DELICTIVA. SUPUESTO EN EL QUE SE ACTUALIZA, ACORDE A LOS PARÁMETROS ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Conforme al marco constitucional que nos rige —artículo 16, párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos—, existe flagrancia cuando el indiciado es detenido «en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido», supuesto en el cual cualquier persona puede detener al inculpado. En el caso concreto, como en esencia lo exteriorizó el apelante, se advierte que en la detención de los acusados se cumplieron con las exigencias constitucionales señaladas en referido dispositivo Constitucional, al existir flagrancia delictiva por parte de los encausados, al haber sido interceptados por los agentes de aprehensores en el momento de estar cometiendo el hecho ilícito que se les atribuye. En efecto, como lo señala el recurrente en sus agravios, se detuvo a los acusados en flagrancia, ya que fueron detenidos cuando sacaban el diésel robado del relleno sanitario —establecimiento donde prestaban servicios como vigilantes—, instalaciones bajo su custodia en cuyo interior cargaron la camioneta con bidones de plástico en los cuales depositaban el combustible que sustrajeron con mangueras de las unidades recolectoras de basura que ahí se encontraban resguardadas; siendo precisamente cuando salían de dicho lugar con el producto robado que fueron detenidos por los agentes de policía. En el caso en estudio, los aquí sentenciados fueron avistados, interceptados y detenidos en el momento mismo —en altas horas de la noche— en el cual con los bidones contenedores del combustible, ilícitamente apoderado, salían del relleno sanitario; acción que presenciaron directamente los agentes aprehensores, lo cual, contrario a lo sostenido por el Juez de Primera Instancia, configura indubitablemente un contexto de delito flagrante.

Tercera Sala.

Toca: 1147/2015.

Magistrado ponente: José Antonio García Becerra.

Fecha de la ejecutoria: 12 de abril de 2016.

CRITERIOS

LESIONES. LA FALTA O DEFICIENCIA DEL DICTAMEN PERICIAL, EN SU CASO, NO TIENE COMO CONSECUENCIA DECRETAR LA INEXISTENCIA DE LAS LESIONES, PERO SÍ IMPLICA QUE ÉSTAS NO PUEDEN SER CLASIFICADAS LEGALMENTE NI DETERMINADA SU GRAVEDAD, POR LO CUAL, ATENDIENDO EL PRINCIPIO *FAVORIS REO*, DEBERÁN UBICARSE EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 136 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE SINALOA.

La eventual falta o deficiencia del dictamen pericial no tiene como consecuencia jurídica decretar la inexistencia de las lesiones, si éstas se tuvieron por comprobadas con otros medios de prueba —tales como la fe ministerial vinculada con las declaraciones de los intervinientes y/o fotografías, entre otros—, pero sí implica que las lesiones no pueden ser clasificadas legalmente ni determinada su gravedad; por consiguiente, ante la ausencia de prueba fehaciente sobre la clasificación médica legal de las lesiones que sufrió el ofendido, para determinar la pena que deba imponerse al imputado, atendiendo el principio *favoris reo*, deberán considerarse como aquéllas de las que tardan en sanar hasta quince días contempladas en la fracción I del artículo 136 del Código Penal que nos rige, por ser éstas las que tienen contemplada una menor penalidad.

Tercera Sala.

Toca: 1285/2015.

Magistrado ponente: José Antonio García Becerra.

Fecha de la ejecutoria: 14 de abril de 2016.

NARCOMENUDEO. LA FARMACODEPENDENCIA COMO EXCLUYENTE DEL DELITO ÚNICAMENTE SE ACTUALIZA EN LOS CASOS DE POSESIÓN DE LOS NARCÓTICOS ESPECÍFICOS SEÑALADOS EN LA TABLA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 479 DE LA LEY GENERAL DE SALUD Y EN LAS CANTIDADES ESTABLECIDAS EN LA MISMA, NO ASÍ TRATÁNDOSE DE NARCÓTICO DIVERSO O EN CANTIDADES SUPERIORES A LAS DOSIS MÁXIMAS DE CONSUMO PERSONAL E INMEDIATO CONTENIDAS EN DICHA TABLA.

Se tiene que indebidamente el Juez absolvió al sentenciado, al tener por acreditada a su favor la excluyente de responsabilidad relativa a su farmacodependencia, ya que en el caso no opera dicha excluyente pues el acusado al momento de su detención poseía una cantidad superior a la determinada por la Ley para el estricto e inmediato consumo personal, atentos a lo dispuesto en el artículo 479 de la Ley General de Salud, que dispone sobre los narcóticos que: «cuando la cantidad del mismo, en cualquiera de sus formas, derivados o preparaciones no exceda las previstas en el listado»(sic), desglosándose enseguida sus cantidades, que en el caso de la metanfetamina señala 40 cuarenta miligramos. Sin que para lo anterior trascienda el hecho de que el acusado fuere farmacodependiente, toda vez que la Ley de Salud en cuestión no lo condiciona así, sino que de una interpretación sistemática de sus artículos 477, 478, 479 y 481, emerge que la condición en cuestión no exime de ilícitamente poseer una cantidad superior de la droga a la permitida ni de una droga diversa, sino que determina que al advertirse ese estado en el agente debe proveérsele el tratamiento correspondiente, y no excluirlo de responsabilidad. En efecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha sostenido en jurisprudencia firme obligatoria, que si bien la farmacodependencia constituye una causa excluyente del delito, ella está condicionada a la posesión de narcóticos y en las cantidades establecidas en la Tabla prevista en el artículo 479 de la invocada Ley General, en razón de que la posesión de narcóticos por farmacodependientes no puede constituir una acción desmedida, por lo cual la posesión de narcóticos diversos o en cantidades distintas a las establecidas en la citada tabla, no actualiza causa de exclusión del delito.

Tercera Sala.

Toca: 30/2016.

Magistrado ponente: José Antonio García Becerra.

Fecha de la ejecutoria: 21 de abril de 2016.

RESEÑA JURÍDICA

LINEAMIENTOS PRÁCTICOS DE TEORÍA DEL DELITO Y PROCESO PENAL ACUSATORIO

Juan Ignacio René Bastidas Lomelí*

Autores: Enrique Díaz Aranda (coordinador), Claus Roxin y Catalina Ochoa Contreras

Título: *Lineamientos prácticos de teoría del delito y proceso penal acusatorio*

Editorial: STRAF

Plaza de edición: México

Año de edición: 2014

Nº de páginas: 609

ISBN: 970-94922-0-9

La obra en cuestión busca aportar un instrumento útil para la solución de uno de los mayores problemas de la justicia en México: «la prueba», que en opinión del coordinador de este manual, es el principal de ellos. El manual —nos comenta— pretende ser una herramienta para responder las preguntas de los operadores jurídicos ante un delito: ¿Qué se quiere probar? y ¿cómo se va a conseguir?

La aparición de este título obedece al propósito del profesor Díaz Aranda de presentar, a los operadores jurídicos de México, una herramienta de consulta breve pero sustancial, acorde con las exigencias técnicas del sistema acusatorio adversarial. Por ello, el manual desde su prefacio exhibe claramente su mejor mérito: la abundante ejemplificación de la dogmática penal mediante casos comunes y con *leading cases*, éstos que marcan hitos en la historia del Derecho penal.

* Juez de Primera Instancia adscrito al Distrito Judicial de Choix.

Este manual de dogmática penal, el cual a propósito es una obra breve, comprende la teoría del delito en sus dos primeros libros, enfocándose en el tercero en el proceso penal. La estructura del primer libro, tarea del profesor Enrique Díaz Aranda, comprende una primera sección dedicada a los temas introductorios del Derecho penal en general, donde se abordan aspectos sobre su comprensión temática, el problema de la interpretación, y el lugar de las normas penales en el sistema jurídico; la segunda sección se encamina a explicar de manera directa la primera parte de la teoría del delito desde la perspectiva del funcionalismo social. En tanto que el libro segundo es una selección de conferencias y artículos del profesor Claus Roxin sobre la segunda parte de la teoría del delito: tentativa, autoría, participación y fines de la pena. Cabe mencionar que los trabajos de este libro responden directamente a la legislación alemana mayoritariamente, y a la española en algunos casos, pero el coordinador suponemos que los incluyó por aplicarse en lo sustancial a nuestra legislación, aunque no lo dice expresamente. El tercer libro, a cargo de la maestra Catalina Ochoa Contreras, es una exposición sistemática del Código Nacional de Procedimientos Penales, muy apegada al texto de la ley. La estructura de esta parte del manual sigue el programa de estudios difundido por la SETEC.

A lo largo del primer libro podemos encontrar los comentarios del autor sobre casos como el conocido «Lobohombo», el caso «Rubí», el caso «Florens Casses», «las autodefensas», «El Ponchis», entre otros. En la dogmática penal, se destaca el fruto más logrado del funcionalismo social en la teoría del delito: «la imputación objetiva», por la cual la interpretación de la Ley penal y su aplicación al caso concreto adquieren una relevancia central para la regulación de la punición de las conductas que lo merecen en vista de los fines de la pena y la política criminal enfocada con los derechos humanos y sus garantías. El autor explica cómo los «elementos normativos» se componen por palabras que requieren una «valoración», a veces «cultural» como es el caso de la palabra «pornográfico» en delitos contra la libertad sexual y su normal desarrollo. En otras ocasiones resulta necesario una «valoración jurí-

dica de elementos expresos en la ley», como del «apoderamiento» en el delito de robo.

También es necesaria una «valoración sobre elementos jurídicos implícitos en la ley, como el sentido de la prohibición», o bien, «la posibilidad de la imputación del resultado a la acción-típica». En la valoración de los elementos implícitos en el tipo, la herramienta principal es la identificación de la producción de un peligro no permitido en la víctima. Una vez identificado este elemento, se debe aclarar en primer lugar si el resultado típico se produjo de manera causal con respecto a la conducta-típica, y si esta conducta es la que normalmente conduce al resultado típico en el caso concreto; pues golpear a un hemofílico de manera leve pero dolosa, sin saber que puede causarle la muerte, no debe castigarse como un homicidio. También se debe valorar si la conducta desplegada violó los deberes de cuidado previstas en las normas reglamentarias establecidas específicamente para evitarlo; así también verificar si la conducta desencadenante del proceso causal entrañaba la lesión típica y el fin de la norma era evitar la lesión efectivamente verificada; por ejemplo, cuando se causa una herida por disparo de arma de fuego, que en sí misma no es mortal, pero muere la víctima porque el bisturí utilizado para curarlo estaba infectado.

De igual modo, debemos valorar si el resultado típico se produjo por la «auto puesta en peligro de la víctima», como cuando se produce un atropellamiento mortal en una carretera justo debajo del puente peatonal, cuando se conducía a 80 Km/hr, tomando en cuenta que la velocidad permitida era de 60Km/hr. En este caso la muerte no se puede atribuir típicamente al conductor del vehículo, pues la norma de cuidado es «[...] evitar la muerte como consecuencia de colisiones entre vehículos no como resultado de la acción imprudente de la propia víctima que se colocó libremente en el peligro [...]». En los delitos por omisión, la valoración se encamina a estimar si el resultado se produjo por «la violación de una norma de cuidado»; esto significa que no se da un nexo causal sino uno normativo; como cuando en una alberca pública, el vigilante simplemente no intervino en el rescate de un niño que no sabía nadar, por saludar a su novia.

El segundo libro se compone por tres conferencias y seis artículos, cada uno de los trabajos es un capítulo y los capítulos se agrupan en dos secciones. En cada trabajo, el autor hace una exposición del tema a tratar, seguida de un estado de la cuestión, y concluye con una justificación de su postura, mientras en ese trayecto ejemplifica con casos penales ilustrativos.

La primera sección se dedica a la tentativa, y en el primer capítulo se indaga en su fundamento, lo que básicamente lo remite a «la puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma», por eso sostiene que sólo la tentativa idónea es punible. El segundo capítulo trata también el Derecho mexicano, abordando el problema de diferenciar entre la tentativa y la preparación del delito, y responde a la pregunta: ¿Cuándo se debe premiar al desistimiento con la impunidad? Respecto al primer asunto, Roxin sostiene que la conducta, antes del inicio de la ejecución, constituye una preparación impune, pero la preparación sólo se penaliza en casos excepcionales y particularmente peligrosos. Este capítulo desarrolla el concepto de «resolución hacia el hecho» que implica al dolo y lo abarca suponiendo la intención concreta de realizar un delito concreto; por ejemplo, cuando se sustrae un mueble con la intención de apropiárselo. La tentativa es punible cuando ya existe una clara resolución hacia el hecho, exteriorizada en algún acto de ejecución. Además, los actos deben tener una estrecha relación temporal con el resultado y que los actos influyan en la esfera de la víctima.

Con estos presupuestos, el autor aborda diversos problemas que presenta la tentativa, como la tentativa del autor inmediato, la tentativa del autor mediato, y los aún más complejos casos de desistimiento de la tentativa acabada e inacabada. En esta última temática, por demás interesante resulta el desistimiento como impedimento del resultado en la tentativa acabada; para ilustrar lo mencionado nos propone el caso de un autor que acuchilla a la víctima con dolo homicida, pero luego salva su vida vendando la herida. ¿Es esto un desistimiento mediante el impedimento del resultado? Roxin sostiene que sí. Ahora bien, cuando el autor confía en evitar el resultado por mano ajena, para considerar el desis-

timiento, Roxin exige que recurra a las mejores posibilidades de rescate según las circunstancias, razón por la que debe valorarse caso por caso.

En el capítulo tercero Roxin dedica especial atención a la delimitación entre tentativa inidónea y el delito putativo, cuando se trata de un error en el campo previo; es decir, errores autoinculpantes. «La teoría del campo previo» importa a todos los presupuestos ideales implicados de manera indirecta o previos al campo de los elementos del delito en concreto; esto es, en el robo puede ser necesario entender lo que es la transmisión de la propiedad en una compraventa y el error en ese concepto no acarrea la impunidad si hay dolo. En ese tenor, el intento de robar una cosa que se supone ajena, es punible cuando equivale a una tentativa inidónea. Por ejemplo, siguiendo a Roxin, si Pedro encuentra a Juan y le sustrae un reloj para apropiárselo, reloj que supone ajeno por error —en el concepto jurídico de transmisión de la propiedad—; pero en realidad ese reloj es propiedad de Pedro, su acción constituye una tentativa inidónea de robo punible.

La sección segunda, del libro segundo, gira en torno a la autoría y la participación. El capítulo cuarto con que inicia se dedica a esclarecer el estado de la cuestión en cuanto a las formas de participación en el delito, en vista del Derecho español y el alemán; donde se distingue la autoría y la coautoría desde el concepto de «dominio funcional del hecho» desarrollado por el mismo Roxin. Por otro lado, Roxin propone la «coautoría imprudente» como problema que se propone a discusión; desarrollando además el autor el concepto de los «negocios cotidianos» en tanto pueden constituirse en la participación en un delito, como vender un destornillador a quien pretende utilizarlo para robar una casa.

El capítulo quinto se dedica al tema del fundamento de la punición de la participación, donde la argumentación se decanta por dos tendencias; una que se basa en la autonomía del injusto de la participación; otra que se orienta hacia la dependencia de la participación con relación al delito; Roxin se inclina por incluir ambos aspectos para fundamentar la participación. En ese sentido, tanto la causación accesoria —dependencia— como la creación de

un peligro legalmente desaprobado —autonomía— son necesarios para fundamentar la punición de la participación. El capítulo sexto trata el tema por el que Roxin es mayormente conocido, por sus aportaciones definitivas a la dogmática penal y a la jurisprudencia; el dominio de la organización a través de los «aparatos organizados de poder», y la «resolución al hecho». En este dominio de la organización «el hombre de atrás» lleva a la realización casi automática del tipo penal que pretende, quien mediante estructuras organizativas se aprovecha de determinados contextos donde su «resolución hacia el hecho» desata cursos regulares en la realización de ilícitos y la pertenencia de los ejecutores a la organización supone solo una «tendencia de adaptación o disponibilidad al hecho». No se trata de una realización conjunta, ni de una coautoría. En cambio, Roxin caracteriza el dominio de la organización primero por la organización que si es estatal no puede ser empresarial, ya que implica un «apartamiento del derecho» desde una evaluación jurídica actual, aunque en su momento fuera legal; asimismo la organización se caracteriza por una «fungibilidad general» de los ejecutantes y en algunos casos, incluso de los hombres de atrás, debido fundamentalmente a una «disponibilidad al hecho» de los integrantes.

El capítulo sexto se propone responder a la pregunta, ¿qué es la complicidad? Aquí también la herramienta conceptual es «la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado», propio de la imputación objetiva, pero sólo en la modalidad «de incremento en el riesgo» por medio de una causalidad accesoria a otra principal mediante un influjo en la modalidad concreta de la realización del tipo. Destaca en este capítulo la posición de Roxin hacia «la complicidad psíquica» como el influjo casual en la «resolución hacia el hecho»; por ejemplo, disipar las dudas del autor, dar otros motivos, intensificar los del autor. En este capítulo Roxin vuelve a proponer la discusión de lo que considera un tema poco explorado: la «punibilidad de las acciones cotidianas», y propone un criterio rector: si no se conoce la resolución delictiva, sino sólo su probabilidad, prevalece «el principio de confianza» de que no se cometerán delitos dolosos.

El capítulo octavo intenta aclarar la visión de Roxin en cuanto a la política criminal y la dogmática penal en la actualidad. El autor enmarca la discusión entre el funcionalismo y el pensamiento principista. Bajo esos preceptos, Roxin enmarca la discusión entre la perspectiva del sistema penal como un subsistema social que produce resultados sociales o estructurales, como la estabilidad y el control, a la vez que en otro extremo se tiene la visión del sistema penal como una defensa de los elementos del Estado de derecho limitadores de la pena. Roxin se decanta por un sistema valorativo de las normas penales, es decir, orientado por la política criminal, entendida como la propuesta de valores concretos que sirven de criterio para elegir las sanciones en vista de un fin preventivo, así como configuran los presupuestos de punibilidad: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, etc. En este capítulo Roxin muestra su postura sobre el papel de la interpretación y de la norma penal en la relación entre «la culpabilidad y la necesidad de la pena». Roxin sostiene que aquí, la tarea de la interpretación es necesaria para llenar los huecos que necesariamente deja el legislador o que son el efecto de irradiación de los derechos fundamentales, dando como resultado categorías como «necesidad exculpante extralegal; la inexigibilidad como causa de exclusión de la culpabilidad en la imprudencia; y para hechos no necesitados de pena debido a conflictos de conciencia, y la desobediencia civil».

El capítulo noveno reflexiona sobre los cambios en la teoría de los fines de pena. El postulado esencial es que el Estado no está facultado para imponer una pena que no sea preventivamente necesaria, de donde se fundamenta la conveniencia y necesidad de los medios alternativos a la sanción privativa de la libertad, como la suspensión condicional de la pena, la reparación civil, la reconciliación y el trabajo comunitario; pues una reintegración social del delincuente sirve más a la seguridad pública que un rigor promotor de la reincidencia. Roxin dirige toda su exposición a proponer al autor del delito como parte activa en la realización de los fines de la pena, en sujeto y «co-diseñador» de la realización sancionadora.

El libro tercero es de la autoría de Catalina Ochoa Contreras, quien orienta su trabajo a la exposición sistemática de los principios constitucionales y legales del sistema procesal acusatorio adversarial; su método es la clarificación del sentido y sistematización del contenido del texto de la ley. Sigue fundamentalmente el programa de la SETEC y tal vez debido a eso divide el libro en unidades —catorce en total— y no en capítulos.

La primera unidad enmarca el proceso acusatorio adversarial en cuanto a la reforma constitucional del 2008, en base a los derechos y garantías fundamentales contenidos en los artículos 14 y 16 constitucionales. Esta unidad da cuenta de la coyuntura formada entre el sistema inquisitivo formal y el nuevo sistema donde prevalece la oralidad y la inmediatez. La segunda unidad clarifica el tratamiento legal de los principios y las reglas de respeto a los derechos fundamentales de las víctimas, imputados y grupos vulnerables. La tercera unidad expone los criterios legales de jurisdicción y competencia que rigen el nuevo sistema procesal, donde se establece como objetivo la imparcialidad e idoneidad del juzgador para conocer de las causas, así como los mecanismos para preservarla.

Las unidades cuatro, cinco y seis exponen los pormenores de lo que constituye el trabajo más importante del Ministerio Público: la investigación inicial y el ejercicio de la acción penal. Ochoa Contreras es meticulosa en cuanto al tema de la investigación inicial, en vista de lo importante que resulta para el proceso, debido al cambio tanto del Ministerio Público como del juez de una tarea inquisitiva a un marco adversarial, donde se les restringen facultades en ganancia de una mayor igualdad de las partes en el proceso. Una consecuencia clara de ello es la evidente tecnificación metodológica de la investigación, orientada a una criminalística basada en la ciencia forense. En cuanto al ejercicio de la acción penal destaca los criterios de oportunidad en que se justifican los fines preventivos de la norma penal y aportan criterios para el ejercicio o no de la acción penal. La unidad siete trata sobre los actos procesales y la prueba, donde Ochoa Contreras destaca las mayores exigencias en la legitimación probatoria y los actos de investigación, que vienen a evidenciar el paso de una estructura legal inquisitiva a una

estructura procesal adversarial, donde la parte acusatoria y el imputado están en igualdad; de ahí la importancia de la legalidad o ilegalidad de la prueba y de los actos de investigación.

Las unidades que van de la ocho a la doce exponen la estructura normativa del Código Nacional de Procedimientos Penales para regular el trabajo de las partes en el proceso frente al juzgador, desde la audiencia inicial, continuando con la imposición de las medidas cautelares, tocando el proceso abreviado y las soluciones alternas del proceso penal, así como la audiencia intermedia, la audiencia de debate y juicio oral, y los medios de impugnación.

La última unidad se enfoca a los mecanismos alternativos de solución de controversia en el marco del artículo 17 constitucional, donde la maestra recomienda llevar a cabo la unificación de una Ley Nacional de Justicia Penal Alternativa destinada a solucionar controversias del orden penal, y otra —entendiendo— Ley Nacional de Mediación para las demás controversias. La maestra Ochoa Contreras entiende a la justicia alternativa como vía institucional para la solución del conflicto penal, donde los protagonistas del conflicto pueden darle prioridad a las necesidades de la víctima sin olvidar también las necesidades del infractor y de la comunidad; es decir, cumpliendo las finalidades de la prevención del delito especial y general, pero de una manera más cercana a las partes. Cabe aclarar que en el mismo año de la publicación del manual, en fecha posterior, se expidió la ley recomendada bajo el título: Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.

ÁGORA

ENTREVISTA CON LA MAGISTRADA ADDA LUCELLY CÁMARA VALLEJOS

Entrevistador: Francisco Meza

Francisco Meza (FM): Actualmente el tema de los Mecanismos Alternativos en Solución de Controversias (MASC) ha impactado fuertemente en la impartición de justicia, desatando todo tipo de polémicas y debates. En términos concretos, ¿cuáles son las ventajas de su aplicación para agilizar y optimizar el sistema jurídico?

Adda Cámara Vallejos (ACV): Antes de dar respuesta a las ventajas que podemos obtener con la aplicación de los mecanismos alternos, es preciso puntualizar que desde 2008, México se une a los países que los contemplan en sus constituciones ya como algo que impacta a nuestro Derecho interno, por ser una garantía y un derecho humano fundamental que protege. Este derecho humano permite a los individuos tomar la decisión de la forma en que pueden resolver sus conflictos. Por ello, para que este derecho humano se pueda ejercer, las personas deben de conocerlo. Entonces, uno de los compromisos ineludibles de los poderes judiciales es el de promover, garantizar y proteger este derecho humano.

En este sentido, tanto la tutela judicial como los MASC se encuentran en un mismo nivel de garantía de un derecho humano. Esto nos obliga a realizar un estudio profundo sobre la manera en que los MASC impactan en las materias familiar, penal, mercantil y civil. En síntesis, cualquier área o cualquier materia siempre va a ser más ágil y se obtendrá más éxito con la aplicación de mecanismos alternos, dado que serán las partes las que decidan, atendiendo a su voluntad, la manera en que habrán de solucionar su controversia. Ahora, si las partes deciden utilizar los MASC, deben de ser consi-

cientes que tienen la obligación de trabajar de manera colaborativa para que los acuerdos se cumplan.

Es necesario recalcar que en este proceso existe una tercera persona neutral, «el mediador», quien es la encargada de conducir imparcialmente la comunicación de las personas que deciden entrar a la mediación, y hacerles saber a las partes que el acuerdo al que lleguen y que firmen debe de cumplirse en los términos acordados. En el sistema acusatorio adversarial, esa tercera persona es un juez que habrá de dictar una resolución desde la óptica jurídica; esto significa que no necesariamente va a tocar aspectos emocionales como valores, intereses o necesidades. Contrario a lo expuesto, la mediación se centra en la situación de conflicto y no en el litigio para la resolución de la controversia. Después de lo mencionado, parecería fácil decir que la mediación pone énfasis en las emociones, y que el modelo adversarial pone énfasis en el litigio. Sin embargo, esto no es tan sencillo; por ejemplo, cuando el juez resuelve una controversia en materia familiar sobre la convivencia y custodia de un padre con su hijo, lo hace desde los códigos y con las posibilidades de que esta problemática puede llegar a resolverse en una audiencia pública; mientras que el mediador lo que toma en consideración son las necesidades de las partes, trabajando con la información que éstas le hacen llegar y dirigiendo el proceso a un enfoque colaborativo donde obviamente tienen cabida las emociones y las necesidades, nunca a través de un código ni en público. Por eso, una de las ventajas del trabajo del mediador sobre el del juez es la confidencialidad, ya que sus procedimientos tienden a resguardar la intimidad de los que se encuentran en la demanda; esto es, sin ventilar información que pertenece únicamente a la vida familiar.

Me gustaría finalizar esta pregunta diciendo que los mecanismos alternos han probado que son universales, dado que han funcionado eficientemente en diversas partes del mundo. Además, volver a mencionar que cuando las partes deciden colaborar realmente en la resolución de un conflicto, cumpliendo con lo pactado, éste tiene grandes posibilidades de resolverse.

FM: En una comunidad mediática como la nuestra el rubro estadístico juega un papel preponderante en la valoración que una sociedad pueda llegar a formarse sobre un tópico novedoso, más cuando ese tópico afecta directamente a los procesos judiciales.

¿Qué podría decirnos sobre los números que han arrojado los mecanismos alternos a lo largo y ancho del país? Es decir, ¿cómo se podría evaluar su efectividad?

ACV: Es difícil hacer un comparativo de un método adversarial que resuelve la *litis*, a un método que no es adversarial como los mecanismos alternos, los cuales, hay que expresarlo con sus letras, son un complemento a la vía judicial. Debo acotar que el proceso tiene sus tiempos, y en los tiempos del proceso adversarial un juez puede durar meses o años para estar en posibilidad de emitir una sentencia. Aún emitida esa sentencia —lo sabemos bien quienes trabajamos en la impartición de justicia—, se puede ir a otras instancias lo que provoca que el proceso sea todavía más largo.

Ahora bien, yo puedo hablar de los resultados en el estado de Yucatán, puesto que es ahí donde laboro, y puedo decir que hoy en día hay aproximadamente 1100 controversias resueltas mediante los MASC; esta cifra podría parecer chica, pero hay que apuntar que estos 1100 casos fueron resueltos en un año. En ese mismo sentido, hay que apuntar que año tras año en el proceso adversarial se inician una gran cantidad de casos, pero esto no significa que los mismos se resuelvan, sino lo contrario. También es importante recordar que de acuerdo a la ley una mediación tiene como tiempo máximo para realizarse 30 días; si la solución del conflicto no se resuelve en ese tiempo, se da una suspensión al procedimiento y se regresa el expediente al modelo adversarial. De tal modo, más allá de estadísticas frías, hay que reflexionar y valorar la rapidez de los MASC, los cuales deben resolver la controversia en máximo un mes, frente a los procesos adversariales que pueden durar años.

FM: ¿Qué consideraciones tiene sobre la implementación de las unidades de mecanismos alternos en materia familiar en los diferentes estados del país?

ACV: La mayoría de los estados no implementa las unidades de mediación por materia. Bajo esa luz, yo soy partidaria de que la unidad debe darles atención a todas las áreas del Poder Judicial e incluso ir más allá de él mismo; por ejemplo, en materia penal tenemos hasta junio de 2016 para que el nuevo modelo de justicia penal opere. Entonces, para que este modelo pueda funcionar, y no se colapse con el exceso de trabajo en los juzgados, debe de haber mediación tanto en el Poder Judicial así como en la Fiscalía.

En materia familiar, creo que es una idea generalizada en todos los estados el de optar por MASC para resolver los conflictos; por lo tanto debemos de poner atención en un estado como Sinaloa que ya tiene regulado dentro de su Código de Procedimientos Familiares los juicios orales en dicha materia, así como los mecanismos alternativos, lo cual me parece extraordinario porque es uno de los pocos estados que lo ha legislado.

FM: ¿Cuáles son los retos culturales que enfrentan tanto los poderes judiciales como la sociedad para adoptar y entender a los MASC?

ACV: Uno de los obstáculos más difíciles para esta implementación en México es la difusión. Transitamos muchos años por el modelo tradicional y de pronto, a razón de la reforma constitucional de 2008, nos dicen que podemos transitar por otras vías. Esto significa que tenemos muy poco tiempo con estas nuevas alternativas y apenas nos estamos acostumbrando a ellas.

También debemos fijarnos en el tema de la capacitación. La capacitación no debe dirigirse solamente a los operadores del sistema judicial, sino que debe de abrir su margen de influencia hacia otros agentes que participan en él como los abogados, los psicólogos, los trabajadores sociales quienes están implícitos en todo esto. Y, por supuesto, debemos de enterar a la sociedad en general de que hay dos formas de resolver conflictos. Lo que quiero dejar muy claro es que si no lo hacemos de una manera integral, difícilmente podremos implementar adecuadamente este nuevo sistema.

JUSTICIA Y CULTURA

LA JUSTICIA (NO) TIENE PRECIO

Ernesto Diezmartínez Guzmán*

En un pasaje clave del «Libro 1» de La República de Platón, Sócrates se encuentra con otros filósofos departiendo en la casa de un anciano pudiente, Céfalos, sobre el significado de la justicia. El debate es intenso: la justicia se entiende, dependiendo de quién tome la palabra, como sinónimo de rectitud, como ejercicio de las más puras virtudes humanas, como el anhelo de una vida plena, como la obligación de darle a cada quien lo que merece. Céfalos, muy práctico, entiende que un hombre justo es el que cumple con sus responsabilidades —por ejemplo, paga sus deudas— y que obedece de forma irrestricta las leyes.

Definiciones van y vienen hasta que Trasímaco, un sofista que había permanecido callado durante todo el debate, interpela a Sócrates y a los demás invitados, llamándoles, así nomás, idiotas. O, en todo caso y para ser más precisos, que todos ellos han dicho puras «idioteces». Trasímaco abunda: «[...] lo justo no es otra cosa que lo que conviene al más fuerte [...]» y como el gobierno es el más fuerte en cada Estado, entonces «[...] implanta las leyes en vista de lo que es conveniente para él [...] Una vez implementadas, (los miembros del gobierno) manifiestan que lo que conviene a los gobernantes es justo para los gobernados, y al que se aparta de esto lo castigan [...]».

A continuación, el escéptico Trasímaco afirma que, de hecho, ser justo no es negocio. Si alguien justo —entiéndase: un hombre honrado y virtuoso— llega al gobierno, vivirá «[...] miserablemente por descuidar sus asuntos particulares sin obtener provecho

* Crítico de cine del Grupo Reforma y del diario Noroeste.

alguno [...]» y si esa misma persona es un ciudadano común y corriente y llega a cometer un error, será «[...] castigado y vituperado [...]». Dicho de otra manera, Trasímaco describe un Estado en el que no existe en realidad la justicia porque las leyes están hechas para proteger a quienes las hicieron, es decir, a los más fuertes, a los más poderosos, a los que tienen dinero.

La interpelación de Trasímaco le sirve en realidad a Sócrates para subrayar lo valiosa que es la justicia verdadera, pues una sociedad injusta, nos dice, camina inevitablemente hacia su destrucción. Con todo, esa desencantada descripción de la justicia según Trasímaco sigue estando presente en nuestros días. Es decir, la idea de que la justicia se compra con dinero y se recibe solamente cuando se tiene poder no está muy alejada de la percepción popular. Pero, retomando los argumentos de Sócrates, ¿se le puede llamar a esto justicia?

Dos películas latinoamericanas recientes, basadas las dos en casos reales, tratan el tema desde dos posiciones encontradas, desde la esperanza hasta el desencanto.

La visión desencantada

Hacia el final de *Aquí no ha pasado nada*, cuarto largometraje de Alejandro Fernández Almendros (*Huacho/2009*, *Sentados frente al fuego/2001*, *Matar a un hombre/2014*), hay una notable conversación entre el poderoso abogado penalista Gustavo Barría (Luis Gnecco, irreprochable) y el bueno-para-nada junior Vicente (Agustín Silva, perfecto en su desesperante indolencia) en las feas playas chilenas de Coñaripe.

El abogado llega dizque casualmente, con una hielera en la mano, a platicar con ese muchachito al que de inmediato identifica como el hijo de un viejo compañero en la facultad de Derecho. El tipo, vestido de pantalones cortos y playera, cerveza en la mano y muy seguro de sí mismo, platica con ese silencioso muchacho de los viejos tiempos: de cómo conoció a su papá, de sus estudios en la Universidad de Chile, de cómo empezó a ejercer la abogacía, de su trabajo actual —para la poderosa familia Larrea— y, especialmente,

de una ocasión en la que intentó evitar que cierto líder obrero cayera en las manos de la policía política chilena, allá por 1989.

La anécdota es contada por Barría con cierto dejo de tristeza: él, entonces un muy joven abogado, no pudo salvar al líder sindical porque éste no accedió, por sus firmes convicciones, a declararse culpable de posesión de drogas. La idea de Barría era acusarlo falsamente de un delito contra la salud para que la policía política de la dictadura no pudiera tocarlo. Sí, por supuesto, la reputación del líder se vería manchada, sería juzgado como narcotraficante y no como líder social pero, al final de cuentas, salvaría su vida. El líder sindical no accedió y, claro, al poco tiempo fue llevado a una cárcel de presos políticos en la que, así nada más, dice Barría encogiéndose de hombros, desapareció de la faz de la tierra.

Por supuesto, Barría está contando más que una anécdota. A su manera, está tratando de salvar a Vicente. Y, al mismo tiempo, a sus clientes, la poderosa familia Larrea. Se trata de una escena sutil y, al mismo tiempo, poderosa: Gnecco encarna a un tipo que sabe que al sistema no se le puede ganar y lo sabe porque él mismo forma parte de ese sistema. No necesita amenazar de nada al desconcertado Vicente: le basta aparecer en un sitio, así nomás, sonriente, con una cerveza en la mano. Como si fuera el *consigliere* Tom Hagen (Robert Duvall) en una escena muy similar de *El Padrino, Segunda Parte* (Coppola, 1974), cuando Hagen conversa amigablemente con el mafioso caído en desgracia Pentangelli (Michael V. Gazzo) en los patios de una cárcel.

La segunda película de Fernández Almendros que trata de manera directa el tema de la justicia en Chile después de la espléndida *Matar a un hombre* —analizada en *Aequitas*, número 6, mayo-agosto de 2014—, *Aquí no ha pasado nada* está basada en el famoso caso judicial de un hijo del entonces senador chileno Carlos Larraín, detenido en septiembre de 2013 acusado de haber causado la muerte por atropellamiento a un transeúnte en alguna calle del balneario de Coñaripe.

Si en *Matar un hombre*, Fernández Almendros nos había mostrado, con un negrísimo humor *hitchcockiano*, la viacrucis de un

tipo cualquiera para conseguir justicia —por lo que decidiría pasar a la venganza, lo que resultaría en algo previsiblemente peor—, en *Aquí no ha pasado nada* se nos presenta un escenario distinto: cuando quienes están frente a la justicia —la familia Larrea/Larraín— tienen el suficiente poder para manipular el sistema a su antojo.

«La verdad es lo que puedes comprobar», le dice su exasperado abogado defensor al despistado Vicente, quien ha sido acusado injustamente de manejar el auto que atropelló a la víctima. En realidad, por lo menos en la versión presentada en la cinta, Vicente estaba tan borracho, sentado en el asiento trasero, que ni siquiera se dio cuenta cuando Manuel, el hijo del senador Larrea, atropelló a alguien. Al día siguiente, sin embargo, Manuel y todos sus acompañantes coinciden que quien manejaba el auto era Vicente. Pero, ¿cómo demostrarlo si no hay nadie que respalde su posición? Más aún: ¿realmente le conviene que alguien lo respalde? ¿No sería mejor, como le dice sibilinamente el abogado Barría, dejarse ayudar y, de pasada, ayudar a los demás? Vamos, ¿no sería mejor que él se echara la culpa de todo?

Desde el inicio, Fernández Almendros aliena toda posible empatía con nuestro protagonista: Vicente, «el Vicho», no es mal muchacho, es cierto, pero no es particularmente agradable. No se da cuenta de la situación por la que pasa o, por lo menos, no parece interesarle. Mientras su madre (Paulina García) y su abogado están tratando de evitar que pise la cárcel, Vicente sigue con su vida como si nada: mensajea ociosidades, ve videos en el teléfono, hace el amor con alguna noviecita, entra a esta fiesta o a aquella otra...

El gambito de Fernández Almendros funciona con creces: sacrifica nuestra identificación con Vicente para obligarnos a ver, desde otra perspectiva, el estado de la justicia chilena —de la justicia a secas, en realidad—, por más que en Chile ya no exista la dictadura, por más que el país viva, desde hace años, en plena democracia.

Queda claro, al final, que Vicente nunca ha sido, en realidad, una víctima. La verdadera víctima, el atropellado, no le importa a nadie. Diría Trasímaco: quién le manda al muertito no haber tenido el suficiente poder para acceder a la «justicia».

La visión (más o menos) esperanzadora

El Patrón: Radiografía de un Crimen (Argentina, 2014), primer largometraje de ficción del documentalista argentino Sebastián Schindel, nos remite en su título a la obra mayor de Otto Preminger, *Anatomía de un Asesinato* (1959) —analizada en *Aequitas*, número 2, enero-abril de 2013— y, en efecto, hay algo de ella en esta suerte de *thriller* social, procedimental y de juzgado, que nos ofrece la esperanza de que la justicia es posible, incluso si no se tiene poder ni dinero.

El joven y ascendente abogado Di Giovanni (Guillermo Pfenning) presiona a Nora (Andrea Garrote), la secretaria de un juzgado de instrucción, para que le dé preferencia a un caso de extradición que él está llevando. La mujer accede con un condicionante: que tome la defensa, *pro bono*, de un pobre diablo acusado del asesinato de su patrón. El caso es muy claro: el tipo es culpable de haber apuñalado a su víctima, él mismo ha pedido la pena de muerte para sí —aunque no exista en Argentina— y el abogado de oficio ha renunciado de plano a defenderlo. El asunto no es, por supuesto, de culpabilidad sino, como se dice en un diálogo clave, de responsabilidad. ¿Qué llevó a ese dócil empleado a cometer, en 15 segundos, un acto violento de esa naturaleza?

El director Schindel y su co-editor Andrés Ciambotti alternan, corte directo de por medio, los acontecimientos pasados que llevaron a Hermógenes (el galán televisivo Joaquín Furriel, irreconocible) a matar a su patrón Latuada (Luis Ziemkowski), con el tiempo presente en el que Di Giovanni trata de saber las razones que hay detrás de ese crimen.

Lo que encuentra en el camino es el retrato de una situación de esclavitud informal: un analfabeta provinciano con esposa en riesgo (Mónica Lairana) que cae en las redes de un atrabiliario dueño de una cadena de carnicerías. El tipo es un gánster: vende carne podrida, explota a quien se deje, gritonea a la primera provocación y tiene como mano derecha a un brillante carnicero inescrupuloso (el ubicuo Germán de Silva, robándose cada escena en la que aparece).

Lenta e implacablemente, vemos cómo Latuada le va arrebatando a Hermógenes la poca dignidad que posee: le cambia el nombre por Santiago, toma a su esposa como criada sin sueldo, lo humilla delante de la clientela, lo empuja a cometer trácala tras trácala sin descanso, hasta que el pobre diablo, silencioso y pasivo, no puede más. Aunque sabemos desde el inicio que el patrón ha sido asesinado, cuando la escena del crimen sucede, Schindel y sus actores logran estremecernos de manera genuina: hay algo de inevitable en ese súbito, demencial, acto de violencia.

El guion, escrito por el propio cineasta y basado en un hecho real, no se sostiene tan bien como se quisiera en algunos momentos, cuando vemos cómo el inicialmente cínico abogado Di Giovanni se convierte, hacia el final, en el esforzado y casi santificado salvador de Hermógenes.

Sin embargo, Schindel no deja que esto suceda del todo. En el epílogo de un final aparentemente feliz, queda claro que Hermógenes tuvo suerte en toparse con una secretaria de juzgado con suficiente conciencia y con un abogado *pro bono* más que competente. Pero, vaya, las condiciones que lo llevaron a la cárcel siguen ahí.

La «justicia» —así, con comillas—, sigue siendo para los poderosos. A menos, claro, que cada vez haya más servidores públicos y abogados como los que defendieron a Hermógenes. Así, la justicia no tendría que ver con la suerte sino, dirían los clásicos, con la virtud de la ciudad. Con la virtud de todos nosotros.

TZVETAN TODOROV DIALOGA CON LOS BÁRBAROS

Francisco Meza Sánchez*

Al abrir los periódicos o al escuchar los noticieros, se apodera de gran parte de nosotros la sensación de indefensión ante la trepidante ola de violencia que viene azotando en las últimas décadas a la sociedad mexicana. El asesinato, las desapariciones, el secuestro y demás acciones dantescas han permeado una sensación en la psique colectiva donde los ciudadanos nos sentimos asechados por un peligro inminente. La violencia, allende de los grados universitarios adquiridos y los modos pacíficos de vida practicados, nos ha marcado la piel con su impronta diaria.

Se piensa, por lo menos así lo reportan diversos libros, ensayos y artículos de fondo que conforman parte de la opinión nacional, en los grupos delincuenciales como «los bárbaros». Es decir, los centauros que asolan nuestras aldeas, devastando sus formas de vida, poniendo en jaque los valores morales y, por supuesto, la integridad física de los individuos.

Estamos en medio de un escenario belicoso, del que todos los días se escriben crónicas sobre la devastación y la matanza; sin embargo, amén del puritanismo intelectual, debemos tener plena conciencia de que también nos encontramos inmersos en una guerra cultural, cuyas repercusiones son de gran relevancia si pensamos en el devenir de las próximas generaciones de mexicanos. Esta batalla cultural, o este proceso de desculturización, se sintetiza en la seducción que provoca la imagen de los capos de la droga en un numeroso contingente de jóvenes, quienes cultivan una devoción por el poder, la impunidad y la riqueza expresas que la figura del narcotraficante les simboliza.

* Titular de la Unidad Editorial y de Análisis Legislativo y Jurisprudencial del Instituto de Capacitación Judicial.

Bajo la luz de estas ideas generales, de estos lugares comunes que por comunes que sean deben seguir señalándose, la lectura de un libro como *El miedo a los bárbaros* (Galaxia Gutenberg/2013), de Tzvetan Todorov, puede arrojar gran claridad para comprender el concepto de «barbarie», tanto desde su etimología como desde su presencia a lo ancho y largo de la historia humana.

Todorov —como alguna vez lo pensé en los tiempos universitarios cuando era una lectura obligada en la materia de teoría literaria— es un pensador todo terreno que logra, desde un majestuoso bagaje académico e intelectual, abordar e indagar milimétricamente en sus temas, trayendo a colación, si así lo necesita, el conocimiento filosófico, histórico, literario, antropológico o sociológico según dependan las aristas de la problemática que esté discutiendo. Por ello, no debe resultar extraño que las primeras páginas de este libro traten sobre el origen etimológico del vocablo «bárbaro», el cual procede de la antigua Grecia donde era utilizado para designar «a los otros», a los extranjeros. Pero ¿quiénes eran los otros? Para el griego antiguo los otros eran justamente aquéllos que no hablaban su lengua. Desde estos preceptos el maestro búlgaro, residido desde 1963 en Francia, comienza un largo discurrir sobre la presencia de la barbarie en las diferentes etapas del hombre, proponiendo ejemplos que van desde la antigüedad y la Ilustración hasta declaraciones de Osama Bin Laden o los recientes conflictos de la franja de Gaza.

Para focalizar las ideas que irán a debatirse, Todorov nos habla de ciertas impresiones generalizadas de quienes nos asumimos civilizados sobre aquéllos a quienes señalamos como salvajes: los bárbaros serán los que no respetan las leyes fundamentales de la vida común, los que marcan una auténtica ruptura entre ellos y los demás, los que realizan públicamente prácticas culturales que afectan el pudor de los otros, los que viven en familias aisladas, los que no hablan nuestra lengua; estas impresiones serán desmanteladas por nuestro autor a quien le interesa poner sobre la mesa la forma en cómo miramos y designamos «a los otros», ya que para él los bárbaros son aquéllos quienes, más allá de su cultura madre, niegan la humanidad de los demás; consensuando que lo humano

les resulta privativo solamente a ellos y a su grupo. Como podemos observar, la directriz motora de este título es que el reconocimiento de lo humano (humanidad) en todos los hombres y mujeres es lo que genera una verdadera civilidad en los individuos.

De tal modo, para este pensador todo terreno, en referencia a la cuestión de la lengua como elemento civilizatorio sólo en sí misma, las virtudes morales incluso sobre las cuestiones del idioma tienen mayor peso para poder aspirar a la civilidad: «[...] las virtudes morales no se reparten en función de la lengua en que se habla». Esto significa, que tanto un angloparlante así como un hablante africano pueden cultivar en su seno códigos éticos que les brinden civilidad en tanto su comportamiento con los demás, así como practicar la más perversas y oscuras acciones con las cuales se ganarían por pie propio un lugar entre los salvajes.

Percatarse de cómo te mira el otro y cómo te señala el otro es lo que dota al pensamiento de Todorov de una verdadera pluralidad humanista, dado que con dicha óptica indica la manera en que los juicios dogmáticos y los radicalismos, sea cual sea la sociedad en que se practiquen, son atajos y avenidas para cometer los peores crímenes contra la humanidad:

Aquel que cree en los juicios absolutos, es decir, transculturales, corre el peligro de considerar valores universales aquéllos a los que está acostumbrado, de asumir un etnocentrismo ingenuo y un dogmatismo ciego, convencido de poseer para siempre lo verdadero y lo justo. Corre también el peligro de convertirse en muy peligroso el día que decide que todo el mundo debe disfrutar de las ventajas propias de su sociedad y que para educar a los habitantes de otros países tienen el derecho de invadirlos.

Otro de los grande señalamientos de nuestro autor es la diferenciación entre dos conceptos que regularmente son asumidos como sinónimos: «cultura» y «civilización», demarcando al primero como el conjunto de las formas de la vida colectiva, mientras que al segundo le atribuye la capacidad de ejercicio de un juicio moral; esto es, por una lado la cultura como la herencia o el receptáculo

de nuestras creaciones y conocimientos, en tanto que la «civilización» representa el código moral con el que se utilizan dichos conocimientos. Asimismo, el autor sigue firme en la idea del respeto por el otro como una práctica que demuestra la civilidad de una sociedad:

Una cultura que incita a sus miembros a tomar consciencia de sus tradiciones, pero también a saber tomar distancia de ellas, es superior (y por lo tanto más «civilizada») que la que se limita a alimentar el orgullo de sus miembros asegurándoles que son lo mejor del mundo y que los demás grupos humanos no son dignos de interés.

Bajo la luz de la cita recién referida, podríamos pensar en la alta cultura practicada por los partidarios del Nacional Socialismo (Nazismo), en contrapartida con los actos de salvajismo, xenofobia y genocidio a la que sometieron a diferentes pueblos y razas en Europa. También un claro ejemplo de que la sofisticación e ilustración cultural de una sociedad no supone por sí misma una civilidad, es el Congo belga.

Ahora bien, como lo menciona Tzvetan Todorov, estamos viviendo en la era de la tecnología y de la comunicación; esto significa, que cada vez tenemos al alcance de nuestras manos conocimientos que antes eran prácticamente inalcanzables; la cultura circula cada vez más deprisa, pudiendo llegar cada vez a sectores más amplios. Sin embargo: «[...] las guerras y las conquista no se han detenido, la pobreza no ha disminuido e incluso la esclavitud sólo se ha erradicado de las normativas, no en la práctica». Es así que debemos comprender y ser conscientes que puede haber un salvajismo en el uso de la razón ilustrada, con el cual se empujan o se reducen a la miseria y a la desculturalización a muchos núcleos sociales, esto como consecuencia regularmente de la sanguinaria acumulación de grandes capitales económicos. Señalar al otro como un bárbaro: al que se encuentra desprotegido, vulnerable, sin acceso a opciones reales para lograr un bienestar vital, a quien se le niegan las condiciones mínimas para poder tener un desarrollo intelectual; es un acto injusto y desproporcionado, si no ingenuo, sí hipócrita.

En referencia a esto, Todorov nos recuerda: «Eichmann tocaba hermosa música de cámara alemana del siglo XIX en sus ratos libres. Mao conocía a los clásicos chinos pero eso no le impidió instigar las mayores masacres del siglo». También nos invita a reflexionar cuando señala la presencia de la esclavitud en el florecimiento artístico e intelectual de la Atenas del siglo V a. C., entre tantos otros ejemplos de la barbarie en lo íntimo de sociedades altamente culturizadas. No obstante, más que un regaño política y moralmente correcto, el catedrático búlgaro nos incita a tener claridad sobre la dosis de salvajismo (en mayor o menor grado) que cada individuo o grupos sociales guardan en su interior, como dijo Walter Benjamin: «No hay testimonio de civilización que no lo sea también de barbarie». Esa es la contradicción, el cruce de caminos, que debe resolver la raza humana en su evolución social.

A partir de estos argumentos y disyuntivas, Todorov, en *El miedo a los bárbaros*, analiza e indaga en diferentes conflictos armados que han afectado a millones de personas en los últimos tiempos; también reflexiona ideas sobre las identidades colectivas, particularmente sobre la conformación de la Unión Europea; sin olvidarse en ningún momento sobre la problemática árabe, haciendo hincapié en el Islam y en su satanización por gran parte del mundo occidental. Todorov apuntala, cuando aborda el encuentro de diferentes sociedades a través de la historia, una conclusión que se debe leer y entender detenidamente: «No son las identidades en sí mismas las que causan los conflictos, sino que son los conflictos los que convierten en peligrosas las identidades».

El miedo a los bárbaros es una carta abierta para hacer un verdadero examen de conciencia; un acto de autoindagación que nos permita sopesar o poner en equilibrio nuestros acervos culturales en referencia con el ejercicio de nuestros argumentos y códigos morales. Si bien la avasallante mayoría de ejemplos propuestos por nuestro teórico hacen referencia a religiones y eventos de otros países, particularmente Europa y la península arábiga, el sustrato, la sustancia de las ideas que se vierten en este libro es de gran utilidad para comprender y medir nuestra actual vida nacional.

La fusilería que ahora inunda nuestras calles, las tragedias belicosas que aparecen en las hojas de los diarios, la corrupción incendiaria de ciertos grupos en el poder, así como la voracidad capitalista de los sectores empresariales, sin dejar de señalar el racismo operante e histórico hacia nuestro pasado indígena, así también hacia los migrantes centroamericanos, el machismo enseñado en casa, la concepción de impunidad y mutismo que se permea en las presentes generaciones de jóvenes, son, sin duda alguna, condiciones ideales para que la barbarie conquiste más parcelas de nuestra existencia colectiva. Como hemos mencionado, este libro llama a una reflexión profunda para identificar el momento en que la «pulsión bárbarica» va ganando terreno. A la vez, nos provoca a replantearnos la práctica de nuestras virtudes morales.

Podemos sintetizar después de la lectura de este título, aún dentro de la paradoja que esto supone, que el reconocimiento del salvajismo en nuestras actitudes, además del reconocimiento de la posible corrupción de nuestros preceptos, por más contradictorio que pueda sonar, nos dota de un mayor grado de civilidad para poder comprender que las diferencias culturales (religiosas, políticas, históricas) pueden ser un punto de encuentro para iniciar un diálogo con el «otro»; esto significa, reconocer su humanidad como derrotero para que ellos reconozcan la nuestra.

INFORMACIÓN INSTITUCIONAL

Capacitación

En el año 2016, el Instituto de Capacitación Judicial, en coordinación con la Presidencia y el Pleno del Supremo Tribunal de Justicia, se dio a la ardua tarea de elaborar un programa de capacitación que posibilitara hacer llegar al personal de la institución nuevos conocimientos teóricos y prácticos, así como reforzar el conocimiento y las habilidades con las que ya cuentan, para permitirles llevar a cabo de mejor manera las funciones inherentes a cada uno de sus cargos. La temática en el presente año abordará conocimiento básico, así como especializado, cuyo enfoque está orientado a incrementar tanto el desarrollo laboral, sea este jurisdiccional o administrativo, como el crecimiento personal.

Con motivo de la entrada en vigor el día 15 de enero de 2016 del Código Nacional de Procedimientos Penales en la zona sur del estado, y ante el cambio radical que representa la gestión de las causas penales en un modelo basado no en el expediente escrito sino en una metodología de audiencias, los días 8 y 9 del mismo se realizó en la ciudad de Mazatlán el curso de inducción sobre el tema *Gestión Judicial y Administrativa del Proceso Penal Acusatorio y Oral*, dirigido al personal administrativo asignado a la Sede Regional de Justicia Penal Acusatoria y Oral Región Sur.

Asimismo, también en Mazatlán, el día 9 se impartió el curso *Gestión Administrativa y Función Judicial* a las Juezas y Jueces de primera instancia quienes fueron nombrados para conocer del proceso penal acusatorio en la Región Sur del Estado de Sinaloa, cuyo objetivo fue la adquisición de conocimiento sobre las nuevas dinámicas de trabajo que impone el Nuevo Sistema de Justicia Penal, las cuales permiten que quienes tienen a su cargo el ejercicio jurisdiccional se dediquen en exclusiva a esta tarea, al recaer la administración del Juzgado en personal especializado en ello.

Esta jornada de capacitación concluyó el día 12 de enero con la actividad *Prácticas Tuteladas de Gestión Judicial y Administrativa*

del Proceso Penal Acusatorio y Oral, en la cual tanto el personal jurisdiccional como el administrativo de la nueva sede región sur acudió a la Sede Regional de Justicia Penal Acusatoria y Oral Región Centro-Norte, ubicada en Angostura, para realizar prácticas en sitio sobre los procesos administrativos generados con motivo de la celebración de audiencias y peticiones ante el órgano jurisdiccional.

A su vez, con el objetivo de dar continuidad a la preparación del personal del Poder Judicial del Estado de Sinaloa en el Nuevo Sistema de Justicia Penal, se impartieron dos ediciones del *Curso Modelo de Gestión en el Sistema Penal Acusatorio y Oral*, dirigido a todas las personas adscritas a la institución con interés en el tema. En una primera ocasión, el curso fue impartido los días 15, 16, 22, 23, 29 y 30 de enero, para posteriormente llevarse a cabo en una segunda ocasión los días 23, 23 y 29 de febrero y 1, 2, 7 y 8 marzo, ambos en la Sala de Audiencias Orales del Supremo Tribunal de Justicia. Las sesiones estuvieron a cargo del licenciado Guadalupe Chávez Reyes y la licenciada Gilda Lizette Ortiz López, quienes abordaron en cinco módulos los temas: la introducción general al sistema penal acusatorio, la estructura y el modelo de gestión, la importancia de la coordinación entre operadores procesales y la gestión judicial, y la metodología a seguir tanto en las audiencias como en los trámites administrativos concernientes al funcionamiento adecuado de la actividad jurisdiccional.

De igual modo, los días 28 y 29 de enero se realizó el *Curso Taller la Mediación y Conciliación en Materia Familiar*, el cual fue disertado por la Dra. Adda Lucelly Cámara Vallejos, Magistrada Tercera del Tribunal Superior de Justicia de Yucatán. Durante este evento se expuso la importancia de la inclusión de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia familiar, así como el desarrollo de los mismos antes y durante el procedimiento judicial, siendo fundamental que el derecho humano a la solución de conflictos deba ser garantizado por las autoridades judiciales no sólo mediante el acceso efectivo a la tutela judicial, sino también a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Dando seguimiento a los trabajos del año anterior, el 2 de febrero dio inicio la capacitación de cuatro grupos dentro del *Curso-taller Capacitación y Educación para Personal que Atiende Violencia de Pareja*, para personal adscrito a los Juzgados civiles, a los Juzgados penales, a la Coordinación de Actuarios y a Oficialía Mayor, todos ellos del distrito judicial de Culiacán. Estos grupos continuarán capacitándose durante el transcurso del año sobre diversos temas relacionados con la materia.

En el marco de *La Jornada de Análisis de Cuestiones Relevantes del Proceso Penal Acusatorio*, del 2 al 5 de febrero se impartió en la ciudad de Culiacán el curso *Valoración de la Prueba en el Proceso Penal Acusatorio*, orientado a los operadores jurídicos del Nuevo Sistema de Enjuiciamiento Penal: Magistradas y Magistrados de las Salas Penales, Titulares de los Juzgados de Control y Enjuiciamiento Penal y Secretarías de Estudio y Cuenta, así como Jueces del ramo penal y para adolescentes en el distrito judicial de Culiacán. Las sesiones estuvieron a cargo del Maestro Rodrigo Cerda San Martín, Ministro de la Corte de Apelaciones de Concepción, Chile. A través de la metodología de análisis de casos y exposición magistral, durante las treinta y dos horas de duración del curso, el Ministro Cerda San Martín abordó los temas de la motivación fáctica de las resoluciones judiciales, las bases normativas que rigen la valoración de la prueba, así como los parámetros para su libre valoración racional.

En el mes de febrero, con la finalidad de proporcionar nuevas herramientas, técnicas y estrategias al personal de la Visitaduría Judicial, se realizaron las *Mesas de Trabajo para Visitadores de Juzgado sobre el Modelo de Gestión en el Proceso Penal Acusatorio*. Las actividades contempladas dentro de esta capacitación estuvieron a cargo del Magistrado de Circuito Especializado en Justicia Penal Acusatoria y Oral, Omar Jesús Abitia Salazar, y de la licenciada Gilda Lizette Ortiz López, Coordinadora del Área de Investigación Judicial del Instituto de Capacitación Judicial.

Además, el viernes 19 de febrero dio inicio el *Diplomado de Mecanismos Alternativos para la Solución de Conflictos*. Este diplomado se desarrollará en 110 horas, distribuidas en ocho mó-

dulos, concluyendo en el mes de junio. El módulo I, *El Conflicto y los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos*, estuvo a cargo del Maestro Roberto Montoya González, Director del Centro de Mecanismos Alternos para la Solución de Conflictos del Poder Judicial de Tamaulipas. A su vez, en el módulo II se contó con la intervención de la Maestra Celia Aspiroz García, Directora de Justicia Alternativa del Poder Judicial del Estado de Oaxaca, quien impartió el tema *Perfil, Rol y Ética de Especialistas en Mecanismos Alternativos para la Solución de Conflictos*. Asimismo, en el módulo III, *Negociación y Modelos de Mediación*, se tuvo la participación del licenciado Jesús Salvador Guirado López, Director General de Atención Temprana y Justicia Alternativa en el Estado de Sonora. El módulo IV, último impartido en el periodo de este cuatrimestre, se realizó con la ponencia del Maestro Santiago Ignacio Quiroz Villarreal, Director del Centro de Medios Alternos de Solución de Controversias del Poder Judicial del Estado de Coahuila, con el tema *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos en Materia Civil y Mercantil*.

Continuando con la jornada de análisis de cuestiones relevantes del proceso penal acusatorio, del 01 al 04 de marzo del presente año, se llevó a cabo el curso denominado *Práctica de la Prueba en Juicio y Repercusiones en Segunda Instancia*, impartido por el Maestro Francisco Antonio Hermosilla Iriarte, Juez del Tribunal de Juicio Oral de lo Penal en Valparaíso, Chile. Esta actividad fue dirigida a Magistradas, Magistrados, Jueces y Juezas de control y de primera instancia del ramo penal del distrito judicial de Culiacán, así como a Secretarios y Secretarías de estudio y cuenta con adscripción a las Salas Penales del Supremo Tribunal. Esta capacitación versó en el análisis de casos prácticos desde la perspectiva del Código Nacional de Procedimientos Penales, haciendo énfasis en el desahogo de la prueba en el juicio oral, en el método para analizarlas y valorarlas, así como en el estándar de «*más allá de toda duda razonable*».

Con el objetivo de que las personas interesadas conozcan el funcionamiento de las Sedes Regionales de Justicia Penal Acusatoria y Oral, se efectuó durante los meses de febrero y marzo la prime-

ra edición del curso *Introducción al Proceso Penal Acusatorio y Gestión Administrativa*. Este curso fue impartido por el Magistrado de Circuito Omar Jesús Abitia Salazar, el Secretario Particular de Presidencia, Guadalupe Chávez Reyes y la Administradora de la Sede de Justicia Penal Acusatoria y Oral de dicha región, Claudia Zulema Sánchez Kondo, llevándose a cabo en la Sede de Justicia Penal Acusatoria y Oral de la Región Sur.

Los días 11 y 12 de marzo se contó con la presencia del Doctor José Martín Hernández Simental, Magistrado del Primer Tribunal Colegiado de las Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito, quien desarrolló en la ciudad de Culiacán el curso *El Nuevo Proceso Penal Acusatorio y el Juicio de Amparo*, dirigido a titulares de los órganos jurisdiccionales con competencia en la materia y personal de apoyo. En esta actividad se abordó principalmente el análisis del recurso de apelación desde la óptica de los principios constitucionales y convencionales sobre el proceso penal, sus diferencias con las normas-reglas, así como la interpretación de dichos principios y cómo han influido en diversos criterios jurisprudenciales derivados de resoluciones a cargo de su ponencia en el tribunal colegiado del Décimo Séptimo Circuito, el cual fue el primero en fijar un precedente jurisprudencial sobre el tema.

De igual manera, con la finalidad de generar un espacio de reflexión entre los operadores jurisdiccionales estatales y federales, que permita el diálogo y consecuente intercambio de opiniones sobre temas que conllevan cierta problemática en la interacción del Juicio de Amparo y del Nuevo Sistema de Justicia Penal tanto en el ámbito Federal como en el Estatal, los días 8 y 9 de abril se llevó a cabo la *Jornada de Conversatorios Jurisdiccionales Estados y Federación. Nuevo Sistema de Justicia Penal desde la Óptica del Juicio de Amparo. (Interacción de Sistemas para una Adecuada Implementación)*. Dicha actividad es de suma relevancia, ya que dentro de los múltiples retos que enfrenta la implementación del nuevo Sistema se encuentra su armoniosa e integral interacción con el juicio de amparo, pues los criterios surgidos en éste impactarán el funcionamiento y la operatividad del primero.

El viernes 8 de abril inició el *Curso Especializado en Materia de Juicios Orales Mercantiles*, actividad que continuará hasta el mes de junio. El objetivo de este curso es proporcionar a los participantes conocimientos especializados, tanto teóricos como prácticos, los cuales están relacionados con el adecuado funcionamiento del sistema de oralidad en dicha materia. El módulo I, *Antecedentes, Principios y Generalidades de los Juicios Orales Mercantiles*, fue impartido por el Magistrado Juan Zambada Coronel, Magistrado Quinto Propietario del Supremo Tribunal de Justicia de Sinaloa. El módulo II estuvo a cargo de la Jueza Claudia Margarita Sarabia Montoya, Jueza Segunda en Materia Civil en el Distrito Judicial de Culiacán, quien disertó sobre el tema *Aspectos Generales del Procedimiento Oral Mercantil*. Para el módulo III, *Medios De Prueba En El Juicio Oral Mercantil* se contó con la participación del Maestro Eliseo Juan Hernández Villaverde, Juez Décimo Quinto de Proceso Oral Civil en el Distrito Federal.

Para consolidar los trabajos sobre desarrollo humano y organizacional, durante el mes de abril dieron inicio las sesiones del *Curso-Taller sobre Relaciones Interpersonales* con un primer grupo conformado por personal de los Juzgados civiles, familiares y especializados para adolescentes del distrito judicial de Ahome. Entre los temas que se desarrollaron se encuentran el cumplimiento de compromisos, el entendimiento de la función y las relaciones, y el ambiente laboral.

Asimismo, el día 23 de abril de 2016, se efectuó la primera sesión de la *Jornada de Análisis de Resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, dentro de la cual se impartió el curso *El Interés Usurario en Materia Mercantil*, a cargo del Doctor Jorge Roberto Ordóñez Escobar, Secretario de Estudio y Cuenta de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la ponencia del Ministro Javier Laynez Potisek. Ante un público integrado por Titulares de Magistraturas del Supremo Tribunal de Justicia y de Circuito, de Juzgados y Secretarías, entre otros, el Doctor Ordóñez Escobar expuso el tema mediante un análisis desde la perspectiva de las resoluciones emitidas por los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación.

Vinculación Académica

Dada la importancia de la vinculación con instituciones académicas y profesionales, así como con la ciudadanía en general, durante el primer cuatrimestre del año tuvieron lugar diversas visitas guiadas en las Sedes Regionales de Justicia Penal Acusatoria y Oral para que el público pudiera conocer sus instalaciones y el funcionamiento de las mismas bajo el nuevo esquema de justicia penal. De tal modo, se contó con la asistencia de grupos de Universidades, Escuelas y Facultades de Derecho, así como de instituciones como la Academia de Policía Estatal y la Unidad de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso, entre otros.

Aunado a lo anterior, también se contó con la asistencia de abogados litigantes dentro del curso *Introducción al Proceso Penal Acusatorio y Gestión Administrativa* impartido en la Sede de Justicia Penal Acusatoria y Oral de la Región Sur.

AEQUITAS REVISTA DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE SINALOA, Año 5, No. 11, enero-abril, 2016, es una publicación cuatrimestral editada por el Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa. Av. Lázaro Cárdenas, # 891 Sur, Col. Centro Sinaloa, Culiacán, Sinaloa, México, C.P. 80129, Tel. (667) 7587000, icj.sinaloa@stj-sin.gob.mx. Editor responsable: Magistrado Enrique Inzunza Cázarez. Reservas de Derechos al Uso Exclusivo: 04-2012-110713163700-103, ISSN: 2007-6479, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Impresa por Servicios Editoriales Once Ríos, S.A. de C.V., Río Usumacinta, No. 821, Col. Industrial Bravo, C.P. 80120, Culiacán, Sinaloa, México. Este número se terminó de imprimir el 31 de mayo de 2016 con un tiraje de 750 ejemplares.