

HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS
CENTRO DE ESTUDIOS SOCIALES Y DE OPINIÓN PÚBLICA
(CESOP)

**“ANÁLISIS DE TEMAS CONCERNIENTES AL SISTEMA DE JUSTICIA, DE
ACUERDO A LA AGENDA LEGISLATIVA DE LOS GRUPOS PARLAMENTARIOS
DE LA LXIII LEGISLATURA”**

MIGUEL ÁNGEL SUÁREZ ROMERO
PROFESOR TITULAR DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM
INVESTIGADOR NACIONAL NIVEL I DEL CONACYT

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO PRIMERO.

DERECHOS HUMANOS Y TAREA LEGISLATIVA

- 1.1** Distintas denominaciones de los Derechos Humanos
- 1.2** Concepto y fundamento de los Derechos Humanos
- 1.3** Los Derechos Humanos en México
- 1.4** Las normas de Derechos Humanos
- 1.5** Los Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos
- 1.6** Los Derechos Humanos y la Legislación.

CAPITULO SEGUNDO

EL SISTEMA DE JUSTICIA

- 2.1** Antecedentes y conceptos fundamentales
- 2.2** El derecho a la tutela judicial efectiva
- 2.3** Protección a víctimas del delito
 - 2.3.1** Antecedentes
 - 2.3.2** Marco normativo vigente
 - 2.3.3** Protección a víctimas de género
 - 2.3.4** Viabilidad de una ley general
- 2.4** Trata de personas
 - 2.4.1** Antecedentes

2.4.2 Problemática actual: delitos sexuales, migración y menores

2.4.3 Marco normativo vigente y aspectos legislativos

2.5 Desaparición forzada, tortura y arraigo

2.5.1 Antecedentes y conceptos

2.5.2 Normas vigentes

2.5.3 Adecuación de las leyes vigentes

2.6 Sistema Penitenciario

2.6.1 Antecedentes y fines del sistema

2.6.2 Políticas de prevención del delito

2.6.3 Reinserción del delincuente

2.6.4 Adecuación en el nuevo sistema penal

2.7 Sistema penal de menores en conflicto con la ley penal

2.7.1 Antecedentes

2.7.2 Normas aplicables vigentes

2.7.3 Análisis legislativo y adecuación viable actual

2.8 Fiscalía General de la República

2.8.1 Naturaleza

2.8.2 Marco jurídico vigente

2.8.3 Necesidades de actualización legislativa

2.9 Lavado de dinero

2.10 Profesionalización de las Policías

CONSIDERACIONES FINALES

Bibliografía.

INTRODUCCIÓN.

El Poder Legislativo en el orden Federal del Estado Constitucional mexicano es el poder constituido, conformado por la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores, que tiene como misión fundamental el crear leyes en sentido formal y material, es decir, normas de carácter general e impersonal que establezcan las reglas bajo las cuales han de regirse tanto los Poderes Públicos como los particulares, con la finalidad de resguardar el orden público y los valores esenciales del orden jurídico. Es así que dicho Poder Legislativo y sobre todo la Cámara de Diputados, que representa a aquél que detenta la soberanía, debe generar los procedimientos de creación de leyes que en forma racional produzca las normas jurídicas que garanticen el orden social. Entre los temas fundamentales de toda agenda legislativa está el relativo al Sistema de Justicia, en donde se han puesto de relieve los siguientes apartados: 1: Protección y asistencia víctimas y trata de personas; 2: Desaparición forzada, tortura, arraigo y testigos protegidos; 3: Sistema penitenciario y sistema de justicia penal para menores en conflicto con la ley penal; 4: La Fiscalía General de la República; 5: El lavado de dinero y 6: La profesionalización y desarrollo de las policías. De ahí que se vuelve necesario el análisis del marco jurídico vigente siempre a la luz del sistema de protección de Derechos Humanos.

Para poder llegar a algunas consideraciones que permitan la regulación legislativa en materia de Sistema de Justicia hay ciertas cuestiones que sobresalen y son las que motivan en gran medida el presente análisis y que son:

- ¿Qué estado guarda el Sistema de Justicia en forma integral en el Ordenamiento jurídico mexicano?
- ¿Cuál es el grado de eficacia y eficiencia que tienen las normas vigentes en materia de Sistema Justicia?

- ¿En qué medida deben adecuarse las normas vigentes del Sistema de Justicia a las necesidades actuales de la sociedad mexicana?
- ¿Cuáles son los factores de tipo jurídico y extra-jurídico que deben considerarse al momento de reformar o generar nuevas leyes en materia de Sistema de Justicia?

Sin lugar a dudas son cuestiones complejas, ya que en el proceso legislativo deben observarse desde la etapa pre-legislativa y la legislativa propiamente dicha, el estado actual que guarda el sistema jurídico en su conjunto, el grado de efectividad que han tenido las normas vigentes considerando los factores económicos, políticos y sociales que favorecen, dificultan o incluso impiden su cumplimiento y aplicación. De ahí, que se vuelva necesario evaluar bajo criterios objetivos la viabilidad de posibles adecuaciones, a efecto de que la producción normativa favorezca en el plano teleológico los fines de la función legislativa y de aquello que la sociedad requiere.

Para situarnos en un marco práctico-jurídico correspondiente a la labor del legislador, consistente en un primer plano generar los elementos argumentativos que permitan la racionalización del producto legislativo y asimismo el nivel de acuerdos, que en el marco de la negociación política generen los diversos grupos parlamentarios. Todo ello a la luz de situaciones jurídicas reales y concretas, que tiendan a la producción de normas de carácter general que atiendan a las necesidades de aquellos a quienes representan, cumpliendo cabalmente con la armonización del sistema jurídico desde el orden constitucional y legal vigente.

Así también deben tomarse en cuenta, aquellas regulaciones de carácter internacional y sus nuevas tendencias encaminadas a la protección del principio *pro homine*, en el marco de la protección de los Derechos Humanos en el nuevo marco del bloque de constitucionalidad.

El presente trabajo tiene como objetivo general analizar el estado que guarda el Sistema de Justicia en México a la luz de su regulación jurídica. A partir de dicho análisis de carácter eminentemente descriptivo, se intentarán detectar las principales carencias del

marco jurídico vigente en diversos planos, que a su vez permitan generar rutas de solución a través de la función legislativa.

Asimismo, tiene como objetivos específicos centrarse en los temas de protección y asistencia a víctimas, desaparición forzada y tortura, sistema penitenciario, menores en conflicto con la ley penal, Fiscalía General de la República, lavado de dinero y profesionalización de las policías, siempre a la luz del sistema de protección de los Derechos Humanos.

CAPITULO PRIMERO

DERECHOS HUMANOS Y TAREA LEGISLATIVA

1.1 Distintas denominaciones de los Derechos Humanos.

Como es de todos sabido el 10 de junio de 2011 la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sufrió por parte del Poder Reformador una reforma de gran calado en donde se modificaron y adicionaron diversos preceptos de nuestra Constitución, destacando el nombre o denominación del rubro del Título I Capítulo I, para cambiar del que originariamente tenía “De las Garantías Individuales” al “De los Derechos Humanos y sus Garantías”.

Ello resulta relevante pues a partir del surgimiento de la idea de los Derechos Humanos, que es precisamente en la modernidad, esta noción jurídica ha recibido diversas denominaciones terminológicas a saber: Derechos Humanos, Derechos Naturales, Derechos Públicos Subjetivos, Libertades Públicas y Derechos Fundamentales¹. Ahora bien, es importante porque a pesar de que en forma aparente se refieren a lo mismo, en cuanto que representan nociones de carácter teórico si adquieren un matiz particular y sobre todo diferencias específicas. La denominación Derechos Humanos, muy vinculada a las nociones iusnaturalistas racionalistas de la modernidad en torno al fenómeno jurídico, consideran que los llamados Derechos Humanos tienen una existencia previa o con independencia al

¹ Cfr. PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1995, pp. 21 y ss.

reconocimiento del Estado, adquiriendo una función legitimadora de los sistemas políticos y normativos; pero a la vez una función emotiva o retórica de la que se valen muchos activistas de derechos humanos sin tener una delimitación conceptual clara. No obstante, es el término más común y utilizado en los diversos ordenamientos jurídicos, incluidos aquellos del sistema internacional de protección.

La noción Derechos Naturales tiene también vínculos con posiciones iusnaturalistas pero de corte pre-moderno. Toma como base las primeras Declaraciones liberales, incluso podríamos decir que en México inspira a las primeras constituciones del siglo XIX utilizando habitualmente la expresión “derechos del hombre”, identificados como derechos innatos, imprescriptibles e inalienables de la persona que le pertenecen por el sólo hecho de serlo. En cambio el término Derechos Públicos Subjetivos, de corte eminentemente moderno y que encarnara nuestra clásica denominación de “Garantías individuales”, refiere de manera concreta a las relaciones jurídicas que se producen entre personas y operadores jurídicos estatales. Es decir, aquí se otorgan derechos subjetivos a las personas que pueden exigirlos a su obligado correlativo, que de manera indefectible es un órgano estatal derivado de una relación de supra a subordinación. Esta denominación sólo sirve para justificar la idea de los derechos como límites al poder público, sin poder extender la noción a las relaciones entre sujetos particulares y tampoco serviría mucho para abarcar a los derechos sociales o de tercera generación.

El término Libertades Públicas es una denominación de origen francés que se refiere a los primeros derechos de libertad, que hacen énfasis en esta parte axiológica que defiende la potestad de la persona a elegir sobre sus planes de vida en la esfera individual, con la particularidad de estar plenamente reconocidos y garantizados por el orden jurídico positivo. Sólo que dicha noción no sería capaz de abarcar a otras facetas de los Derechos Humanos, como sería su evolución a los denominados derechos de participación política o bien a los derechos económicos, sociales y culturales. Finalmente, por lo que hace a la expresión Derechos Fundamentales, se refiere a aquella noción que hace referencia a las dimensiones axiológicas relativas a la idea de dignidad de la persona, pero siempre reconocidos y garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, lo cual avanza de una

manera significativa a aquella otra antes analizada de Derechos Humanos y Derechos Naturales. De igual forma, supera a la de Derechos Públicos Subjetivos, porque no sólo estarían concebidos en su dimensión como límites al poder público, sino que además abarcarían dimensiones de protección de los derechos en las relaciones privadas, como puede ser la cuestión de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales. De igual forma, puede también abarcar las distintas dimensiones que ha originado dicho concepto en su evolución histórica siendo capaz de abarcar los tradicionales derechos liberales y aquellos de carácter social o de tercera y cuarta generación, como pueden ser muchos de los contemplados en el vigente artículo 4° constitucional.

Este tema de las distintas denominaciones que puede recibir la parte dogmática de la Constitución, cobra especial relevancia a nuestros efectos, en virtud de que como se ha dicho antes la reforma de 10 de junio de 2011 incorporó el término “Derechos Humanos” tanto en el rubro del Título I Capítulo I, como en la mayor parte de los preceptos de la Constitución. No obstante, es preciso señalar que suele ser ambiguo e impreciso, pues no es uniforme en la terminología tal y como puede observarse en el artículo 2° apartado “A” fracción II que sigue refiriéndose a “garantías individuales”; así como hasta antes de la reforma de 2 de julio de 2015 en el artículo 18 párrafo 4° relativo al sistema de justicia penal para menores, que ha sido sustituido ya por el de Derechos Humanos, así como el artículo 20 apartado “A” fracción IX relativo a los principios del sistema penal acusatorio, se refieren de manera expresa a “Derechos Fundamentales. Aunado a todo ello, es perceptible que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia actual, aún existen problemas conceptuales de identificación, por lo que hace a la diferenciación entre Derechos Humanos como potestades reconocidas a las personas a través de una norma y las garantías como medios de defensa o protección para hacer efectivos tales derechos.

Al respecto y como se insistirá en el desarrollo del presente análisis, en una buena técnica legislativa es importante la precisión lingüística, pues en el caso de utilizar sinónimos aparentes pueden generar toda una serie de complicaciones interpretativas en el campo jurisdiccional y doctrinal. Por ello, es que sería recomendable unificar las expresiones y

denominar de una sola forma a esta realidad de los Derechos Humanos o Derechos Fundamentales.

2.2 Concepto y Fundamento de los Derechos Humanos.

En este punto se intentará contestar a la pregunta ¿qué son los Derechos Humanos?, es decir, establecer sus notas connotativas y denotativas que permitan una noción más precisa. No obstante, al estar ciertos de que la respuesta a dicha cuestión dependerá del tipo de fundamentación filosófica que de ellos se tenga, primeramente nos referiremos a dicho fundamento que intenta responder a las preguntas del ¿por qué y para qué de los Derechos Humanos? Aquí la respuesta es que los derechos se justifican porque son un instrumento para la consecución de algún fin, es decir, hay un aspecto de carácter funcional en los mismos².

Ahora bien, respecto a la fundamentación de los Derechos Humanos, tenemos diversas propuestas que pueden clasificarse desde tres ópticas distintas. La primera de ellas, que tiene en cuenta al destinatario de los derechos, la segunda que tiene en cuenta el carácter de los valores que protege, y la tercera que atiende al presupuesto teórico o metodológico. Así pues, en atención a los destinatarios suelen distinguirse las justificaciones abstractas y las justificaciones históricas. Las justificaciones de tipo abstracto, son aquellas que se caracterizan porque el fundamento de los Derechos Humanos está en los valores de libertad e igualdad contemplados fuera de cualquier circunstancia histórica o espacial. Se busca proteger la dignidad de un sujeto ideal. En cambio, en las justificaciones históricas, el fundamento de los Derechos Humanos está en los valores de libertad e igualdad, contemplados siempre en relación con las condiciones materiales de los individuos. Aquí se intenta proteger la dignidad de un sujeto situado en la historia, lo cual es perfectamente compatible con el principio de progresividad que enuncia el artículo 1º Constitucional vigente.

² Cfr. ASÍS ROIG, R., *Sobre el concepto y el Fundamento de los Derechos: una aproximación dualista*, Dykinso, Madrid, 2001, pp. 20 y ss.

Por lo que hace a las fundamentaciones que tienen en cuenta el carácter de los valores, tendríamos aquellas que se presentan como objetivas, subjetivas e intersubjetivas³. Las justificaciones objetivas, serán aquellas en que el fundamento de los Derechos Humanos está en un orden de valores que tienen una validez objetiva, absoluta y universal con independencia de cualquier conciencia valorativa, las cuales están vinculadas a pensamientos de carácter religioso. En cambio, las justificaciones subjetivas son aquellas en que el fundamento de los Derechos Humanos, está en un conjunto de valores cuyo conocimiento se circunscribe a la esfera individual. Es decir, hay tanto fundamentos como individuos, llegando a un total relativismo moral. Finalmente, las justificaciones intersubjetivas, son aquellas en las que el fundamento de los Derechos Humanos consiste en un conjunto de valores que representan la expresión de un consenso producto de un diálogo entre sujetos. Esta última de las justificaciones es la que está más acorde con la composición plural de los Estados democráticos actuales, que además defienden el humanismo laico tal y como lo dispone el artículo 40 de la Constitución mexicana.

En último sitio por lo que se refiere a las fundamentaciones que atienden a los presupuestos teóricos o metodológicos, tendríamos a las justificaciones liberales y a las comunitaristas o multiculturales, estableciendo de antemano que son aquellas que más problema causa en cuanto a elegir una adscripción. Por lo que hace a las justificaciones liberales, diremos que son aquellas en que el fundamento de los Derechos Humanos radica en una esfera de libertad que pertenece a los individuos como tales, siempre en defensa de la autonomía personal. En cambio las comunitaristas, son aquellas que se producen por el descontento de las sociedades liberales cuando hay desarraigo de las personas con su comunidad. Por lo que en este tipo de justificaciones el fundamento de los Derechos Humanos residiría en la defensa de la libertad de los individuos pero siempre vistos desde la óptica de la comunidad a la que pertenecen. Una fuerte carga de este tipo de fundamentación la encontramos en nuestro artículo 2º Constitucional, muy concretamente en el apartado "A" en donde reconoce y garantiza el *derecho de los pueblos y comunidades*

³ Cfr. PÉREZ-LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 137 y ss.

indígenas a libre determinación. Como se puede observar aquí el derecho está otorgado a la comunidad no a los individuos que pertenecen a la misma, en aras a su conservación y mantenimiento. No obstante de la propia lectura integral de dicho artículo 2° y del 1° consideramos que la Constitución mexicana vigente, adopta un tipo de fundamentación liberal por lo que hace a este aspecto de los presupuestos teóricos o metodológicos.

Como puede verse el concepto y el fundamento de los Derechos Humanos, tienen una inseparable conexión que se produce porque los derechos tienen una raíz moral que se descubre a través de la fundamentación, pero no son tales sino por pertenecer a la vez al ordenamiento jurídico y poder así ser eficaces en la vida social, realizando la función que los justifica. Moralidad y juridicidad o moralidad legalizada forman el ámbito de estudio necesario para la comprensión de los Derechos Fundamentales.

Así pues, considerando que adoptamos de acuerdo a lo preceptuado por la Constitución mexicana vigente, una fundamentación de corte histórica, intersubjetiva y liberal de los Derechos Humanos, podríamos defender el concepto de una visión integral que contemplaría el aspecto ético, jurídico y de realidad social, aseverando que los mismos son:

1.- Una pretensión moral justificada, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizada en las ideas de libertad e igualdad, con los matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídicas y construida por la reflexión racional en la historia del mundo moderno con las aportaciones sucesivas e integradas de la filosofía moral y política liberal, democrática y socialista.

2.- Son un subsistema dentro del sistema jurídico, el derecho de los derechos fundamentales, lo que supone que la pretensión moral justificada sea técnicamente incorporable a una norma que pueda obligar a unos destinatarios correlativos de las obligaciones jurídicas que se desprenden para que el derecho sea efectivo, que sea susceptible de garantía o protección judicial, y, por supuesto que se pueda atribuir como derecho subjetivo, libertad, potestad o inmunidad a otros titulares concretos.

3.- Son una realidad social, es decir, actuante en la vida social, y por tanto condicionados en su existencia por factores extrajurídicos de carácter social, económico o cultural que favorecen, dificultan o impiden su efectividad⁴.

1.3 Los Derechos Humanos en México.

Entre las modificaciones que se desprenden de la citada reforma constitucional de 10 de junio de 2011, cabe destacar de manera preeminente las efectuadas al artículo 1° de nuestra Constitución Política, de donde pueden ser subrayadas principalmente las siguientes:

- Se incorpora el concepto de persona como titular de los Derechos Humanos que sustituye al de “individuo”, con la finalidad de respetar sobre todo el lenguaje de género.
- Se puntualiza que las personas gozarán de los Derechos Humanos que la Constitución y los Tratados Internacionales **reconocen** y no **otorgan**. Al respecto, como ha quedado señalado antes en el ámbito de los Derechos Humanos, dos corrientes de pensamiento filosófico han dominado, siendo estas el iusnaturalismo y el positivismo. De esta forma, desde el punto de vista iusnaturalista, los Derechos Humanos son inherentes a la persona que los posee por su propia naturaleza y, anteriores al Estado e independientes del reconocimiento que éste pueda darles. Por su parte, el positivismo sólo asume los derechos reconocidos por el sistema jurídico formal, es decir, no hay derechos anteriores y superiores a éste, sino que, los Derechos Humanos existen porque los Estados los han establecido en su legislación positiva.

De lo anterior, resultaría tal vez evidente que el hablar de “reconocer” en lugar de “otorgar” implicaría un cierto tránsito del positivismo al iusnaturalismo, con lo que se refuerza el criterio universalmente aceptado de que los derechos no son producto de una concesión del Estado ni de un acto legislativo, sino que constituyen un ámbito de libertad propio del ser humano, que debe ser garantizado por el orden jurídico y por las instituciones del Estado de Derecho. No obstante, el propio artículo 1° establece que

⁴ PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, op. cit., pp. 109 y 110.

dichos derechos deben estar reconocidos ya sea en la Constitución o en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, por lo que no es de reconocer dicho tránsito hacia el iusnaturalismo, porque finalmente para exigirlos a través de un medio de garantía deben estar contenidos en una norma jurídica positiva del más alto rango jerárquico.

- En materia de Derechos Humanos, se otorga jerarquía constitucional a los Tratados Internacionales. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha manifestado en los siguientes términos:

“TRATADOS INTERNACIONALES. CANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN.

Los tratados o convenciones suscritos por el Estado mexicano relativos a derechos humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque dichos instrumentos internacionales se conciben como una extensión de lo previsto en esa Ley Fundamental respecto a los derechos humanos, en tanto que constituyen la razón y el objeto de las instituciones. Por lo que los principios que conforman el derecho subjetivo público, deben adecuarse a las diversas finalidades de los medios de defensa que prevé la propia Constitución y de acuerdo con su artículo 133 las autoridades mexicanas deben respetarlos, por lo que bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por ellos al actuar de acuerdo a su ámbito competencial.”⁵

Lo anterior, constituye un beneficio para las personas como titulares de Derechos Humanos en el derecho positivo mexicano, ya que se amplía el catálogo de derechos que deberán ser protegidos y garantizados por el Estado.

- Con relación a lo anterior, se adopta una cláusula de armonización entre la Constitución y los Tratados Internacionales, misma que es denominada “interpretación conforme” consistente en que las normas de Derechos Humanos sean interpretadas de conformidad con nuestra Constitución y los Tratados Internacionales en la materia, de

⁵ TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXI, Mayo de 2010; Pág. 2079. Número de Registro 164509.

los que México sea parte.

El objeto materia de interpretación de esta cláusula, lo constituyen las normas en materia de Derechos Humanos que, efectivamente no deben limitarse a los derechos previstos en el Título I Capítulo I de nuestra Constitución mexicana vigente, sino que, además debe abarcar los Derechos Humanos contenidos en el resto del texto constitucional como puede ser el artículo 123 relativo a los derechos de los trabajadores.

Del mismo modo, el objeto materia de la interpretación conforme, no debe limitarse a los Derechos Humanos contenidos en los Tratados Internacionales que expresamente lleven en su rubro o denominación el tema de Derechos Humanos, pues de conformidad a lo que dispone el primer y segundo párrafos del artículo 1° constitucional vigente, lo pertinente sería tomar en cuenta los Derechos Humanos contenidos en todos los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano se parte, aún cuando versen sobre otra materia, por establecerlo así el primer párrafo del mismo artículo siempre y cuando en dichas disposiciones materialmente esté siendo regulado un Derecho Fundamental.

En ese sentido, resulta evidente que la inclusión de esta cláusula en la Constitución mexicana, ha generado como consecuencia una intensa capacitación y actualización de nuestros Jueces nacionales (sobre todo los de control de constitucionalidad) sobre los contenidos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, particularmente, de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como del funcionamiento de la nueva técnica de interpretación y argumentativa de las normas relativas a los Derechos Humanos prevista en la cláusula de interpretación conforme (constitucional y convencional), criterio que constituye un mandato constitucional obligatorio cuando se trate de interpretar normas que contengan Derechos Humanos.

➤ Dentro de lo que se ha denominado “interpretación conforme”, se favorece el principio “*pro homine*”, también conocido como “*pro persona*” que implica dos aspectos esenciales; el primero, consiste en elegir la interpretación entre la norma nacional en materia de Derechos Humanos y los tratados internacionales, que más favorezca a dicha persona; por otro lado, el segundo aspecto, consiste en que, en aquellos casos en los que se trate de restringir derechos a la persona, esto se hará con la menor vulneración o

restricción del derecho.

Lo anterior se encontraba manifestado en el siguiente criterio jurisprudencial emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

“PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE.

De conformidad con el texto vigente del artículo 1o. constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable -en materia de derechos humanos-, atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados

internacionales ratificados por el Estado mexicano.”⁶

No obstante lo anterior, debemos señalar que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 293/2011 suscitada entre el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y del Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, se analizaron los siguientes temas: a) la posición jerárquica de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos y la Constitución y b) el valor de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el tema. Y en ese sentido debemos señalar que resolvió y emitió la Jurisprudencia en los siguientes términos:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material,

⁶ [J]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2; Pág. 799. Número de Registro 2002000. Énfasis añadido.

circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.

Cabe señalar que la denominada interpretación conforme, constituye la base del “control difuso de convencionalidad”, mismo que se ha definido como “el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, único órgano de jurisdicción del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, que interpreta de manera “última” y “definitiva” el Pacto de san José.”⁷

De este modo, tenemos que todos los jueces están obligados a dejar de aplicar las normas que sean contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos y sus protocolos adicionales, así como a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, a los tratados internacionales (en general) y los criterios interpretativos que emitan los órganos que conforme al mismo tratado se encuentren legitimados para interpretarlos, especialmente los tribunales internacionales; lo que deja de manifiesto la ampliación del parámetro para ejercer el “control difuso de convencionalidad”, en razón de la reforma en materia de derechos humanos.

⁷ FERRER MAC GREGOR, E., *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf> Consultada el 21 de marzo de 2013.

Por lo que toca a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, nuestro máximo tribunal ha expresado que ésta solo tendrá carácter vinculante cuando el Estado mexicano haya sido parte en el litigio, lo que podemos observar en la siguiente tesis:

“SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO.

*El Estado Mexicano ha aceptado la jurisdicción de la **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, por ello, cuando ha sido parte en una controversia o litigio ante esa jurisdicción, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada, correspondiéndole exclusivamente a ese órgano internacional evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado Mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma **Corte** o con las reservas y salvedades formuladas por aquél. Por ello, la Suprema **Corte** de Justicia de la Nación, aun como tribunal constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso. Por tanto, la Suprema **Corte** no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, ya que para el Estado Mexicano dichas sentencias constituyen cosa juzgada. Lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado Mexicano, al haber figurado como parte en un litigio concreto, siendo vinculantes para el Poder Judicial no sólo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella.”⁸*

Por otro lado, los criterios de la Corte Interamericana que deriven de sentencias en las que

⁸ [TA]; 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 556. Número de Registro 160482.

el Estado mexicano no haya sido parte, únicamente serán orientadores para los jueces nacionales:

“CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 10. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que derivan de sentencias en donde el Estado Mexicano no intervino como parte en el litigio son orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona, de conformidad con el artículo 10. constitucional. De este modo, los jueces nacionales deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga la posibilidad de que sean los criterios internos los que se cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 10., lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos.”⁹

➤ Se establece la obligación de todas las autoridades del Estado mexicano de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los siguientes principios:

a) Universalidad.- Implica que los Derechos Humanos corresponden a todas las personas por igual. Éste se convierte en el principio fundamental por el que se reconoce igual dignidad a todas las personas y con él se obliga a toda autoridad a que

⁹ [TA]; 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 550. Número de Registro 160584.

en el reconocimiento, la aplicación o restricción del derecho, se evite cualquier discriminación.

b) Interdependencia.- Consiste en que cada uno de los derechos humanos se encuentran ligados unos a otros y entre sí, de tal manera que el reconocimiento de un Derecho Humano cualquiera que este sea así como su ejercicio, implica necesariamente que se respeten y protejan multiplicidad de derechos que se encuentran vinculados; de esa manera, si se quiere reconocer un derecho se deben de garantizar toda la gama de derechos propios del ser humano.

A través de este principio se está marcando una orientación clara para las autoridades que, al proteger un derecho deben observar los efectos que se causan sobre otros, a la vez que se obliga, en la labor de promoción de los mismos, a mantener siempre una visión integral.

c) Indivisibilidad.- Se refiere a que los Derechos Humanos son en sí mismos no son susceptibles de fragmentarse, ya sean de naturaleza civil, cultural, económica, política o social, pues son todos ellos inherentes al ser humano y derivan de su dignidad. Así, no se puede reconocer, proteger y garantizar parte de un derecho humano o sólo un grupo de derechos, sino que, su protección se debe hacer de una manera totalizadora que abarquen a todos y cada uno de ellos.

d) Progresividad.- Establece la obligación del Estado de procurar todos los medios posibles para su satisfacción en cada momento histórico y la prohibición de cualquier retroceso o involución en esta tarea.

➤ Se establece la obligación del Estado de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los Derechos Humanos, en los términos que establezca la ley, lo que a primera vista parece benéfico, sin embargo, de acuerdo con Sergio García Ramírez, la expresión “en los términos que establezca la ley” no es del todo correcta ya que por mucho tiempo, el régimen de reparaciones por violación de normas internacionales ha sido presidido en todo y para todo, por el Derecho Internacional, no por el ordenamiento interno y, en consecuencia, el Estado no puede oponer

consideraciones internas a la observancia de sus compromisos internacionales.¹⁰

Por ello, la ley nacional a que se refiere el artículo 1 constitucional, no puede hacer otra cosa en lo relativo a las violaciones de normas internacionales, que acoger la jurisprudencia del tribunal supranacional, en sus términos, y fijar las vías interiores para que se provea al cumplimiento puntual de las consecuencias reparadoras de fuente internacional.

- Se prohíbe la discriminación por preferencias sexuales, con la finalidad de favorecer el fortalecimiento de la igualdad y dignidad humana.

1.4 Las normas de Derechos Humanos.

Como ya se apuntó en la parte relativa al concepto y fundamento de los Derechos Humanos, si bien es cierto que los mismos constituyen una pretensión moral justificada, también lo es que dicha posición axiológica debe ser trasladada a una norma jurídica positiva a efecto de poder generar eficacia de los mismos. De ahí que, los Derechos Humanos se encuentren en enunciados lingüísticos que se traducen en normas de distinto tipo, generalmente en forma de principios jurídicos. Por lo anteriormente dicho, resulta necesario saber cómo deben ser entendidos estos principios constitucionales. Sobre este particular, debemos comenzar por distinguir entre reglas y principios, ante lo cual consideramos importante señalar la diferencia que sobre las mismas establece Ronald Dworkin, al aseverar que la distinción entre principios jurídicos y normas jurídicas es de tipo lógico, ya que ambas se refieren a decisiones particulares referentes a una obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en la orientación que dan, ya que las normas regla son aplicables a la manera disyuntiva, es decir, si se cumple el supuesto jurídico al verificarse los hechos en la realidad, la norma válida del sistema debe ser aplicada; en cambio si no se cumplen esos hechos no se produce ninguna consecuencia jurídica. Por el contrario, en las normas principio nunca se establecen consecuencias jurídicas que deban seguirse automáticamente al verificarse la hipótesis normativa. Más adelante el autor agrega otra distinción importante, que consiste en aseverar que los principios tienen una

¹⁰ GARCÍA RAMÍEZ, S., *La reforma constitucional sobre Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2012, p. 107.

dimensión de "peso o importancia" que no se encuentra en las reglas, así, cuando los principios se interfieren quien resuelve debe de considerar el peso que cada uno de éstos tiene en el caso concreto; pero en el caso de las reglas, cuando dos de éstas entran en conflicto, una necesariamente excluye a la otra que no es válida no dándose aquí ninguna ponderación de peso¹¹.

Partiendo de esta distinción, Zagrebelsky asegura que el Derecho actual está compuesto de reglas y principios, identificando a las primeras como las normas legislativas mientras que a los segundos como normas constitucionales; por ello, la distinción entre reglas y principios no es otra cosa que la diferencia entre Ley y Constitución¹². Señala que a los principios se debe prestar adhesión, en virtud de que son producto de tradiciones históricas, contextos de significado e incluso permiten cierto significado de valor. La importancia que destaca de esta distinción es que en la aplicación de las reglas sólo se hace uso de un silogismo jurídico o de una subsunción, en tanto que los principios, al momento de ser aplicados, exigen una reacción por parte del intérprete que hace que tome posición ante los mismos. Nos encontramos aquí ante el intrincado problema de la ponderación, la cual debe entenderse como la forma o manera de encontrar la solución a la situación de tensión entre dos normas con una condición de aplicación muy abierta. Dicha ponderación puede darse entre principios en sentido estricto, a partir de directrices o entre principios en sentido estricto y directrices¹³.

Ante la pregunta de si este nuevo Derecho por principios invoca un Derecho Natural, o bien puede ser conciliado con los postulados del derecho positivo¹⁴, se establece que el hecho de que la justicia y los Derechos Humanos estén contenidos en el texto constitucional

¹¹ Cfr. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1995, pp. 74-78. La postura desde el positivismo jurídico a esta diferencia entre principios y reglas, la defiende Luis Prieto al afirmar que: "se viene a defender la existencia de una separación al precio de reconocer que no existe diferencia alguna antes del proceso interpretativo, más en concreto, antes del conflicto entre normas", PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 60.

¹² Cfr. ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1999, pp. 109 y ss.

¹³ Cfr. ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2007, pp. 163-180.

¹⁴ Esto puede ser reconducido a aquello que Ferrajoli denomina de manera conceptualmente dividida como constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantistas, para lo cual puede verse FERRAJOLI, L., "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", trad. N. Guzmán, Doxa, Número 34, Alicante, 2011, pp. 15-53.

a través de estos principios, es la mayor prueba de positivización que con anterioridad estaban reservadas al Derecho Natural¹⁵. No se puede considerar un orden natural dado, puesto que la Constitución es la máxima de las creaciones políticas. Así pues, la Ley Suprema va a dictar principios que al estar por encima de los intereses particulares de los sujetos, permitirán la convivencia de todos a la vez. Ahora bien, en cuanto a la interpretación que de dichos principios hacen las jurisdicciones constitucionales, se dice que por medio de ella se acude a reflexiones y argumentaciones más vinculadas con el Derecho Natural, ante la imposibilidad de resolver los problemas con base en las reglas, razón por la cual se afirma que "en los principios constitucionales confluyen, por tanto, aspectos de temáticas positivistas e iusnaturalistas"¹⁶.

Sobre este punto en concreto, el de la moral que debe conectarse al derecho positivo, el profesor Luis Prieto, distingue la moral crítica de la moral social, diciendo que la primera es la del observador externo que está en condiciones de comparar las condiciones de ese Ordenamiento jurídico con exigencias de una normatividad distinta; mientras la segunda, se concibe como la concepción de justicia admitida por la mayor parte de la sociedad, o bien asumida por un buen número de los que tienen el poder de dictar las normas y aplicarlas. Ante ello, afirma el propio jurista español "que los actuales planteamientos antipositivistas que aparecen unidos a la cultura jurídica del constitucionalismo, lo que viene a sostener, en el fondo, es la conexión del Derecho con la moral social"¹⁷. Más recientemente el catedrático de la Universidad de Castilla la Mancha, ha hecho un análisis crítico de las dos clases de constitucionalismo planteadas por Ferrajoli, el principialista y el garantista, para pronunciarse a favor de un constitucionalismo de los derechos en donde la Ley mantiene un papel especial¹⁸.

¹⁵ No obstante, es posible mantener en este sitio que la postura de Zagrebelsky mantiene una postura antipositivista que puede adscribirse al no-positivismo principialista tanto en su parte destructiva de devaluación de los conceptos positivistas básicos y la parte constructiva que ofrece una idealización de los sistemas jurídicos basados en principios. Sobre este asunto, véase GARCÍA FIGUEROA, A., "El no positivismo principialista en Il diritto mite de Gustavo Zagrebelsky", en *Anuario de Filosofía de Derecho*, Tomo XIII, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996-1997.

¹⁶ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil, op.cit.*, p. 116.

¹⁷ PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México, 1997, p. 73.

¹⁸ *Cfr.* PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 155 y ss.

Así pues, si bien se acepta que las vías de conexión entre el Derecho y la moral son los principios, los cuales al ser de naturaleza moral reclaman del juez o intérprete una ponderación¹⁹, su validez jurídica no va a depender de su plausibilidad moral, sino más bien de una efectiva vigencia. Lo anterior, es la base para que Luis Prieto, al hablarnos sobre el valor y conveniencia de la separación del Derecho y la moral, esgrime que "desde un punto de vista ético la tesis de la separación resulta en términos generales preferible a la de la conexión, y ello incluso pensando en sistemas jurídicos que consideramos globalmente justos. El motivo fundamental de esa preferencia es que, a mi juicio, el positivismo metodológico fomenta el ejercicio de la responsabilidad moral del individuo"²⁰. Lo anterior, debido a que considera que sólo con una separación del Derecho y la Moral, se pueden emitir juicios críticos, independientes e imparciales sobre el propio sistema jurídico²¹.

En relación con este problema, se ha dicho que por una parte el positivismo que se basa en esta rígida incomunicabilidad, argumenta que es necesaria para no incurrir en la falacia naturalista al aludir a conceptos que remiten al Derecho Natural, que establecen un puente entre la realidad y el valor, entre la voluntad y la razón, entre los juicios de valor y los juicios de hecho. Por otro lado, el iusnaturalismo establece que el paso del ser al deber ser resulta posible por asumir la justicia como valor. Zagrebelsky trata de resolver este asunto, diciendo que primeramente se deben distinguir las ciencias teoréticas de las prácticas, porque el objetivo de las primeras es el conocimiento y el de las segundas la acción; así como la razón final de las teoréticas es poner a la razón en contacto con la verdad, la de las prácticas es poner a la razón en contacto con el actuar. De este modo, si a la praxis jurídica se llega a partir de la verdad conocida por la razón, debe decirse que la ciencia del derecho positivo, basado en un sistema regido por principios, debe considerarse una ciencia práctica porque del ser nace el deber ser. Esto, en palabras propias del autor turinés significa que: "Si el derecho debe volver a la realidad, es decir, si debe operar en

¹⁹ En la ponderación existe una relación de precedencia de un argumento interpretativo frente al otro, en donde siempre es necesario tomar en cuenta tres aspectos esenciales: 1.- Ley de ponderación, 2.- Fórmula del peso y 3.- Cargas de la argumentación. Sobre ello, véase ALEXY, R., *Teoría de la Argumentación Jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, 2ª. Ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 349-374.

²⁰ PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y Positivismo*, *op. cit.*, p. 85.

²¹ *Cfr.* PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos*, *op. cit.*, pp. 72 y ss.

cada caso concreto conforme al valor que los principios asignan a la realidad, no se puede controlar la validez de una norma teniendo en cuenta exclusivamente lo que ésta dice". Por ello, continúa Zagrebelsky, "es preciso tener en cuenta el derecho en acción, no basta una validez lógica es necesaria una validez práctica". Y, finalmente, concluye que "...el derecho que efectivamente rige, no es el que está escrito en los textos, sino el que resulta del impacto entre la norma en abstracto y sus condiciones reales de funcionamiento"²².

Esto se ve reflejado en el contexto actual en que se distingue entre *ciencia iuris* y *iuris prudencia*, donde la primera es racionalidad formal y la segunda racionalidad material o de contenidos. Esta última, que procura la realización de los principios se le suele denominar también "razonabilidad" o prudencia en el tratamiento del Derecho. La pluralidad de los principios y la ausencia de una jerarquización de los mismos, impide que pueda haber una ciencia sobre su articulación y hacen que haya una actitud de templanza en su ponderación. Aunque en este punto, debemos ser cautos y precisar que la ciencia no nos lleva necesariamente a conocimientos verdaderos o irrefutables, es más la propia ciencia desmitificada admite su propio desarrollo y evolución a través de la contrastación de ideas y de teorías. Así que, la prudencia y razonabilidad de las decisiones judiciales no deben confundirse como actitudes arbitrarias, sino siempre sujetas a un sistema explicable en términos objetivos y de razón compatibles con un determinado modelo de positivismo jurídico²³.

Ahora pasemos a decir que, según Zagrebelsky, esta separación entre Ley, derechos y justicia, así como entre principios y reglas va a encontrar su unidad en la aplicación judicial, esto es van a encontrarse y van a ser tomados en cuenta al momento de dirimir los casos concretos²⁴. Se vuelve a presentar aquí la insuficiencia de la aplicación de la regla como premisa mayor, a un caso concreto que sería la premisa menor, en un ejercicio de mero silogismo lógico, ya que con este ejercicio la jurisdicción se limitaba a realizar un servicio al

²² ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, op.cit., p. 122.

²³ Nos estamos refiriendo a un modelo de positivismo jurídico como teoría, que según Norberto Bobbio implica separación conceptual entre Derecho y moral, plenitud del sistema e identificación del Derecho válido con el Poder Estatal, para lo cual puede verse BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, Fontamara, México, 2001, pp. 43-46.

²⁴ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, op.cit., pp. 131 y ss.

legislador, desentrañando el íntimo sentido de la voluntad expresada en la letra de la Ley. Esto tiene que funcionar de manera distinta a partir del momento en que se considere al Derecho como disciplina práctica, porque así la jurisprudencia tendrá que servir no sólo a la Ley sino también a la realidad. Se trata de establecer una correlación entre la norma y el caso, de tal manera que no sólo sea el caso el que debe ajustarse a la norma, sino también que esa interpretación jurídica implique que la norma se oriente al caso mismo²⁵. Esta idea, ya había sido trabajada por Luis Recaséns al momento en que al referirse al *logos de lo razonable*, afirmaba que las normas jurídicas al momento de ser obedecidas por sus destinatarios o bien aplicadas por los órganos jurisdiccionales, es decir, cuando adquieren eficacia como cumplimiento o como aplicación son vividas de nueva cuenta y desde un ángulo distinto al que originariamente las creó²⁶.

Lo anterior hace que se tenga una idea distinta en cuanto a los métodos de interpretación, ya que siendo el método la forma o manera de llegar a un objetivo trazado, la búsqueda de la regla no va a venir determinada por el método, sino que éste estará en función de lo que se quiera encontrar. Así, la interpretación ya no dependerá exclusivamente de la voluntad del legislador, porque incluso esta voluntad debe someterse a la interpretación del que resuelve el caso. De esta forma habrá una pluralidad de métodos de interpretación que subsistan simultáneamente, ante los cuales el intérprete deberá hacer la elección dependiendo del caso y de las circunstancias²⁷. Podrá seguirse hablando de interpretación exegética, interpretación según la intención del legislador, interpretación sistemática, interpretación histórica, interpretación sociológica, interpretación según los cánones de justicia racional, no excluyéndose uno de otro, sino simplemente quedará a elección del intérprete el método que corresponda al caso que resuelve, siempre en atención al resultado que quiera obtener. Debiendo aclarar que dicha elección no puede ni debe ser arbitraria, sino que en todo caso deberá justificarse plenamente por el operador

²⁵ Cfr. ZAGREBELSKY, G., *La Ley y su Justicia*, trad. de A. Mora y M. Martínez Neira, Trata, Madrid, 2014, pp. 201 y ss.

²⁶ Cfr. RECASÉNS SICHES, L., *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, Porrúa, México, 1980, pp. 135 y ss.

²⁷ Cfr. ZAGREBELSKY, G., *La Ley y su Justicia*, op. cit., pp. 222 y ss.

jurídico que resuelve y que opta entre las diversas alternativas, estando siempre sujeto a normas del propio sistema y del razonamiento lo que nos permite alcanzar objetividad²⁸.

Es importante señalar que el juez al momento en que va a llevar a cabo la aplicación de la regla, debe previamente comprender el caso concreto aprehendiendo su sentido y asignándole un valor al mismo. Esto significa que debe realizar una conexión entre la acción y su resultado social para conocer el sentido de dicha acción y una vez hecho esto, le permitirá tener esta comprensión de valor frente a la controversia planteada. Se señala pues, que el caso en sí es mudo y no plantea pretensión de solución alguna, por lo que es necesaria esa toma de postura a partir de la categorización de sentido y de valor que se derive de dicho caso particular, que no está a cargo solamente del legislador, quien en todo caso establece los valores mediante normas de principios, pero asignar un sentido a las acciones no depende sólo del legislador sino de los demás operadores jurídicos e incluso los propios sujetos que intervienen. De esta manera, se propone que una vez que cada asunto en particular esté dotado de este sentido y valor que antes no tenían, se ejerza una presión sobre el Derecho para que dé la solución adecuada, la que no debe entenderse exclusivamente como reforma legislativa, sino más bien como continuas y constantes interpretaciones del Ordenamiento vigente.

Lo antes señalado trae aparejado un problema que es la pérdida de certeza en el Derecho, es decir, se argumenta que hay una posición subjetivista en la interpretación ya que dada la pluralidad de la sociedad, en donde se encuentran los juristas y demás operadores jurídicos, cada cual asume puntos de vista distintos de la realidad que se ven reflejados en sus decisiones. La respuesta que existe ante la citada problemática, es que no se trata de que los juristas tengan una mala disposición mental al momento de llevar a cabo

²⁸ Así lo percibe también Luis Prieto cuando asevera que: El protagonismo judicial se hace también patente cuando un mismo supuesto es subsumible en dos preceptos constitucionales de sentido contrario. Allí donde aparece un conflicto entre principios surge una apelación a la justificación racional de una decisión que, sólo en el caso concreto, otorga preferencia a uno u otro principio; justificación que puede conducir a cualquier resultado con el único límite precisamente de la irracionalidad”, PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos, op. cit.*, p. 62. Véase también PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos, op. cit.*, pp. 166 y ss.

su argumentación e interpretación²⁹, sino que el déficit de certeza se debe a que los principios que se han positivizado incluyéndolos en la Constitución, implican contenidos y argumentos de sentido y de valor distintos, con los que no es posible dar nunca una garantía de certeza. Buscar esta certidumbre implicaría un inagotable trabajo legislativo que fuera recogiendo todos los contenidos de los principios, con lo cual es preferible dejar esta tarea al órgano jurisdiccional.

Ante esta coexistencia de derechos, justicia y Ley dentro del Ordenamiento jurídico, se exige una actitud particular de aquél que interpreta el Ordenamiento a la cual se le denomina "razonabilidad", que no consiste en una absolutización de la razón, ni de la relativización de las diferentes razones, sino más bien del pluralismo de las mismas. Aquí ya no se trata de un criterio subjetivo del jurista, debido a que se ha convertido en requisito objetivo del Derecho. En este sentido, al momento de la aplicación judicial del Derecho esta razonabilidad se presenta en dos momentos fundamentales a saber: la categorización de los casos de acuerdo a los principios constitucionales y la búsqueda de la regla aplicable. Aparece inmerso en este contexto el concepto de equidad que caracteriza al Derecho en su conjunto, en esa unidad que se produce a través de la tarea jurisprudencial de ponderación de los principios constitucionalizados y de la existencia simultánea de la Ley.

Como puede observarse el papel que juegan los jueces dentro de este Estado Constitucional es tan importante, que incluso se les ha llegado a considerar como los nuevos señores del Derecho. El propio Ronald Dworkin llega a sostener que los legisladores no son el instrumento idóneo para la defensa de los derechos fundamentales y menos de los grupos vulnerables o desprotegidos, pues al no ser un órgano de naturaleza jurídica está sometido a presiones políticas o económicas³⁰. No obstante, desde nuestro punto de vista no debemos perder de vista que los jueces están y deben estar sujetos a la Ley, pues las Constituciones de las democracias actuales garantizan en efecto la igualdad y la libertad;

²⁹ Aquí consideramos a la argumentación y a la interpretación como dos nociones esencialmente distintas, aunque unidas de manera inseparable en la importante tarea de guiar la toma de decisiones jurídicas bajo cánones de razonabilidad. Para ello, véase VIOLA, F. y ZACCARIA, G., *Derecho e Interpretación. Elementos de Teoría Hermenéutica del Derecho*, trad. de A. de Cebeira, A. de Prada y A. Richart, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 109-114.

³⁰ Cfr. DWORKIN, R., *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 1996, pp. 34.

pero al mismo tiempo -y acaso como valor que posibilita la eficacia de los principios antes citados- la seguridad jurídica, el principio de legalidad y la ausencia de arbitrariedad de las actuaciones de los Poderes públicos.

Por ello, podríamos aquí afirmar junto con Juan Antonio García Amado, que si a esto nos lleva la objetividad de los principios que pregona Zagrebelsky, “habrá que concluir que constituyen un magnífico expediente para que en su nombre los jueces impongan como constitucional el modelo de orden que más les guste. Afortunadamente, hoy por hoy, los peligros de tal cambio de paradigma se apuntan en el horizonte pero no se han hecho aún plenamente reales. De la doctrina constitucional y jurídica en general dependerá en buena medida en que el Derecho de los derechos no muera a manos de sus justicieros”³¹. Porque como bien dice el profesor Rafael de Asís los jueces deben motivar suficientemente sus resoluciones³², lo cual implica una necesaria vinculación con las normas válidas del sistema jurídico en su conjunto. Y tratándose de las resoluciones que sean tomadas desde los derechos o de los derechos fundamentales, la motivación debe ser completa atendiendo a formas específicas en su interpretación³³.

Por lo anterior, no hay que olvidar que si estamos hablando de un Estado Constitucional democrático en el que prevalece la pluralidad, la legislación tiene un fundamento constitucional propio, y la misma Constitución es entendida en un contexto abierto de elementos que la hacen elástica para permitir el pluralismo. Los principios establecidos hoy en día en nuestra Constitución deben ser desarrollados, explicitados y -por qué no decirlo- también ponderados por el legislador en una tarea de razonabilidad argumentativa, en la que sólo en determinados casos y cumpliéndose hipótesis específicas es posible someterlo al control constitucional de la jurisdicción³⁴.

³¹ GARCÍA AMADO, J. A., “¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios”, en en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomos XIII-XIV, Ministerio de Justicia, Madrid, 1996-1997, p. 85.

³² Cfr. ASÍS ROIG, R., *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 77 y ss.

³³ Cfr. *Ibidem*, pp. 100 y ss.

³⁴ Sobre este aspecto puede verse nuestro trabajo SUÁREZ ROMERO, M. A., *Crisis de la Ley y Estado Constitucional. La argumentación jurídica del legislador*, en *Revista Derechos y Libertades* del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, Época II, núm. 28, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 147 y ss.

En definitiva, el hecho de que quede aceptado el avance del Estado de Derecho al Estado Constitucional actual, no implica una sustitución del señorío del legislador por el del juez, sino que simplemente el legislador debe entender que las leyes que elabora son sólo parte y no todo el Derecho. Mientras los jueces -sobre todo los constitucionales- tampoco deben ser los señores del Derecho, aunque sí garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre la Ley, principios y derechos fundamentales que comprende la compleja estructura del actual Estado Constitucional. Tal sólo habría que pensar que los todos los jueces -incluidos los constitucionales- en el ejercicio de función deben estar sometidos a muchas reglas que limitan incluso algunos de sus derechos fundamentales como la libertad ideológica, de pensamiento o de asociación siempre en aras de la independencia y la imparcialidad con la que deben actuar y resolver³⁵. Y también por lo que hace a su función sustancial y el contenido de la resolución que dictan en la controversia de que conocen, debe optarse por la figura de un juez razonable tanto en el plano de la validez como en el de la corrección, en donde indudablemente están sometidos a muchas reglas tanto jurídicas como de razonamiento³⁶.

1.5 Los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos.

En el Estado de Derecho de la Europa Continental rigió durante todo el siglo XIX y parte del XX el principio de Imperio de la Ley, que consistió en considerar a la expresión de la voluntad general como la principal fuente del Derecho. Aquí, la Constitución se concebía como una serie de principios programáticos que organizaban al Estado, las funciones de sus órganos y el reconocimiento de derechos a los individuos, pero que en todo caso requería el desarrollo legislativo para su cabal aplicación. No fue sino hasta después de la Segunda Guerra Mundial que en este ámbito geopolítico, se estableció un sistema de control concentrado de la Constitucionalidad a través de la instauración de los denominados Tribunales Constitucionales, cuya función sería precisamente la de declarar en forma

³⁵ Cfr. ANDRÉZ IBÁÑEZ, P., "La independencia judicial y los derechos de los jueces", en SAIZ ARNÁIZ, A. (Coord.), *Los derechos fundamentales de los jueces*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 45 y ss.

³⁶ Cfr. ASÍS ROIG, R., *El juez y la motivación en el Derecho*, op. cit., pp. 150 y ss.

abstracta sin requerir un acto concreto de aplicación, la inconstitucionalidad de cualquier ley contraria al texto constitucional, declaración que tendría efectos generales sobre toda la disposición normativa y con efectos *erga omnes*.

Ahora bien, el Derecho Internacional ha sido concebido tradicionalmente como el conjunto de normas jurídicas de carácter supranacional, que producen los Estados como entes soberanos a través de los Tratados y las Convenciones Internacionales. Dichas disposiciones jurídicas han tenido una importancia trascendental en todo tiempo, pero se ha ido acrecentando a partir de ciertas transformaciones al propio Derecho Internacional, en donde ya no son sujetos del mismo en forma exclusiva los Estados y los Organismos Internacionales, sino que ahora también lo son los individuos a partir de la internacionalización de los Derechos Humanos.

En el derecho positivo mexicano el asunto ha estado regulado por el artículo 133 constitucional que regula, por una parte el principio de Supremacía Constitucional y por la otra el control difuso de la Constitucionalidad. Al respecto, la Jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal ha mantenido diversos criterios al respecto.

En el año 1999 la Suprema Corte vino a establecer un criterio respecto a la jerarquía normativa, contrario al que se había establecido en la séptima época. De tal suerte que defenderá sólo parcialmente el principio de supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, pero siempre desde la óptica de la Supremacía Constitucional. Así, dicha tesis establece que: Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión ..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía

de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados."

En el año 2004 la primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció el criterio consistente en que: En dicho precepto constitucional se establecen los principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa, por los cuales la Constitución Federal y las leyes que de ella emanen, así como los tratados celebrados con potencias extranjeras, hechos por el presidente de la República con aprobación del Senado, constituyen la Ley Suprema de toda la Unión, debiendo los Jueces de cada Estado arreglarse a dichos

ordenamientos, a pesar de las disposiciones en contrario que pudiera haber en las Constituciones o en las leyes locales. Pues independientemente de que conforme a lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Estados que constituyen la República son libres y soberanos, dicha libertad y soberanía se refiere a los asuntos concernientes a su régimen interno, en tanto no se vulnere el Pacto Federal, porque deben permanecer en unión con la Federación según los principios de la Ley Fundamental, por lo que deberán sujetar su gobierno, en el ejercicio de sus funciones, a los mandatos de la Carta Magna, de manera que si las leyes expedidas por las Legislaturas de los Estados resultan contrarias a los preceptos constitucionales, deben predominar las disposiciones del Código Supremo y no las de esas leyes ordinarias, aun cuando procedan de acuerdo con la Constitución Local correspondiente. Pero sin que ello entrañe a favor de las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, facultades de control constitucional que les permitan desconocer las leyes emanadas del Congreso Local correspondiente, pues el artículo 133 constitucional debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto.

En el año de 2007 el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la nación interpretando el mismo artículo 133 de la Constitución estableció: "A partir de la interpretación del precepto citado, si aceptamos que las Leyes del Congreso de la Unión a las que aquél se refiere corresponden, no a las leyes federales sino a aquellas que inciden en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano y cuya emisión deriva de cláusulas constitucionales que constriñen al legislador para dictarlas, el principio de "supremacía constitucional" implícito en el texto del artículo en cita claramente se traduce en que la Constitución General de la República, las leyes generales del Congreso de la Unión y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, constituyen la "Ley Suprema de la Unión", esto es, conforman un orden jurídico superior, de carácter nacional, en el

cual la Constitución se ubica en la cúspide y, por debajo de ella los tratados internacionales y las leyes generales”.

Si entendemos al Derecho como fenómeno eminentemente normativo y como Ordenamiento, ello nos debe llevar a tratar el importante y trascendente tema de la jerarquía de las distintas disposiciones que constituyen dicho sistema. Esto es, establecer con precisión cuál será la norma básica de identificación que determine la validez o pertenencia de una norma a dicho sistema. Así, aunque la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha querido establecer un supuesto criterio de Supremacía del derecho Internacional sobre el derecho interno, este no es real pues finalmente quien determina la validez de las normas de derecho internacional es la Constitución, es decir, hay una supremacía del derecho interno sobre el internacional.

En ámbitos distintos al nuestro, se ha intentado establecer una Supremacía de normas de carácter supranacional, como sería el caso de la Unión Europea, que cuenta con una serie de disposiciones de derecho comunitario que son creadas y aplicadas por órganos de esa misma naturaleza. No obstante, aún en este contexto siempre se vuelve necesario la existencia de un criterio de validez que esté por encima, como pretendieron los partidarios de una Constitución Europea.

El problema del Derecho Internacional más que una cuestión de validez, es un problema de eficacia dentro de los propios sistemas: universal o regionales de derecho internacional. Pues al no existir mecanismos jurídicos que hagan plenamente efectivos los compromisos contraídos por los Estados, dichas normas buscan su aplicación en el ámbito interno de los mismos a través de los órganos constitucionalmente establecidos, en tal virtud sólo la Norma que es capaz de garantizar el efectivo cumplimiento de un sistema jurídico, es aquella que debe ser la que determine la validez del mismo.

Ahora bien, se debe estar consciente de que el fenómeno de los Derechos Humanos en su proceso evolutivo contempla una etapa de internacionalización, es decir, que el tema dejó de ser un problema que incumba exclusivamente a los Estados para convertirse en un tema de preocupación a nivel internacional. En esa medida, se ha generado todo un Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que se encuentra conformado por una serie de

tratados y convenios internacionales adoptados tanto en el ámbito universal bajo los auspicios de la Organización de Naciones Unidas (ONU), como en los sistemas regionales que en nuestro caso sería el Sistema interamericano bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos (OEA). Brevemente expondremos algunas de las características de dichos sistemas en los cuales se encuentra inmerso México.

a) Los Derechos Humanos en el Sistema Universal de Naciones Unidas³⁷.

La Organización de Naciones Unidas (ONU) compuesta actualmente de 190 Estados, ha contribuido sustancialmente a la *universalización* de los derechos humanos.

En su seno se han adoptado, entre otros, los siguientes instrumentos de carácter universal:

1.- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)

- Es el primer instrumento internacional general, de carácter universal, que enuncia derechos que se reconocen a toda persona.
- Por razones morales, políticas y jurídicas, tiene la importancia de un texto histórico en la lucha por la libertad y la dignidad humanas. De la misma magnitud que las tres grandes declaraciones: *Bill of Rights* (1689), *Declaración de derechos del Buen Pueblo de Virginia* (1776) y *Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano* (1789).

2.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, fue aprobado por la Asamblea General de la ONU, mediante resolución 2200 (XXI), el 16 de diciembre de 1966, aprobado por el Senado el 18 de diciembre de 1980, ratificado por México el 24 de marzo de 1981 y publicado en el DOF el 20 de mayo de 1981.
- Dicho Pacto Internacional pone de manifiesto la voluntad de los Estados Parte de *atribuir directamente al individuo los derechos reconocidos en él.*

³⁷ Cfr. CASTILLO, M., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 49 y ss.

En dicho pacto se asumen dos tipos de obligaciones por los Estados parte:

- **1.-** Obligación *inmediata* de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en el territorio del Estado o estén sujetos a su jurisdicción, todos los derechos reconocidos en el Pacto (Art. 2.1 y 2.3 a, b y c)
- **2.-** Conjunto de obligaciones positivas de comportamiento, y por tanto *mediatas*, a cargo de los Estados Parte (Art. 2.2)
- El órgano de control de las obligaciones contraídas por virtud del Pacto es el Comité de Derechos Humanos, compuesto por 18 personas, nacionales de los Estados Parte del Pacto, personas de gran integridad moral, de reconocida competencia en Derechos Humanos, elegidos por los Estados Parte, pero ejercen sus funciones a título personal. (Arts. 28-34). Entre los mecanismos de control del cumplimiento de las obligaciones contraídas por virtud del pacto podemos destacar: **1.- Presentación de informes** (mecanismo obligatorio, artículo 40). **2.- Presentación de comunicaciones por los Estados** (mecanismo potestativo, artículo 41). **3.- Presentación de comunicaciones por individuos** (mecanismo facultativo, artículo 1 del Protocolo Facultativo del Pacto de 16 de diciembre de 1966).

3.- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue aprobado por la Asamblea General de la ONU, mediante resolución 2200 (XXI), el 16 de diciembre de 1966, aprobado por el Senado el 18 de diciembre de 1980, ratificado por México el 23 de marzo de 1981 y publicado en el DOF el 12 de mayo de 1981.
- Dicho Pacto Internacional *no reconoce directamente al individuo los derechos enunciados*, sino que hace depender su cumplimiento de las *obligaciones positivas asumidas por los Estados Partes*.

Entre las obligaciones contraídas por los Estados Parte del Pacto podemos destacar:

- **1.- Obligaciones de comportamiento:**
 - A)** Garantizar que los derechos se ejerzan sin discriminación
 - B)** Adoptar medidas: económicas, técnicas, legislativas
 - C)** Medidas de orden internacional:

- a) conclusión de convenios
- b) aprobación de recomendaciones
- c) prestación de asistencia técnica
- d) celebración de reuniones regionales y técnicas

2.- Obligaciones de resultado: Lograr *progresivamente* la efectividad de los derechos reconocidos.

Entre los mecanismos de control de las obligaciones contraídas por virtud del Pacto encontramos:

- Los Estados Partes deberán presentar *informes*, al Secretario General de la ONU quien los transmitirá al Consejo Económico y Social. (Art. 16)
- El Consejo Económico y Social, puede *transmitir los informes* a la Comisión de Derechos Humanos para su estudio, recomendación o información (Art. 19)
- El Consejo Económico y Social puede presentar a la Asamblea General de la ONU *informes que contengan recomendaciones* de carácter general.

b) Los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano³⁸.

El proceso de evolución en la protección de los Derechos Humanos, está marcado por cuatro procesos fundamentales a saber:

- 1.- La adopción de la Carta de la OEA (30 abril 1948).
- 2.- La adopción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (2 mayo 1948).
- 3.- Creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (agosto de 1959).
- 4.- Enmienda a la Carta de la OEA por el Protocolo de Buenos Aires (27 febrero 1967).

Ahora bien, en la actualidad el Sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos, está regido bajo los auspicios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o también conocido como Pacto de San José, en donde las principales obligaciones de los Estados Parte son:

- **1.- Obligación de respetar los Derechos y Libertades**, garantizando su pleno ejercicio a toda persona que esté bajo su jurisdicción (Art. 1)

³⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 135 y ss.

- **2.- Deber de adoptar disposiciones de derecho interno**, legislativas y de otro tipo para hacer efectivos los derechos y libertades (Art. 2)
- **3.- Compromiso de los Estados en relación con los Derechos Económicos, Sociales y Culturales** para lograr su desarrollo progresivo (Art. 26)

Los órganos competentes para conocer de las obligaciones contraídas por los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos son:

- A) Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Está compuesta por **siete miembros** elegidos a título personal por la Asamblea General de la OEA.
- Durarán en su encargo cuatro años y pueden ser reelegidos por una sola vez.
- La Comisión tendrá un **Presidente** y un **Vicepresidente** elegidos por sus miembros y durarán un año.
- **Secretario Ejecutivo** que será designado por el Secretario General de la OEA en consulta con la Comisión.

Entre las principales funciones de la Comisión están:

- Promover la observancia y defensa de los Derechos Humanos y de ahí:
 - 1.- Estimular la conciencia de los derechos humanos
 - 2.- Formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados para que adopten medidas protectoras.
 - 3.- Preparar estudios e informes
 - 4.- Solicitar de los Estados informes sobre D.H.
 - 5.- Atender las consultas que se le presenten
 - 6.- **Actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad.**

- **B) Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

Es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte Interamericana tiene su sede en San José, Costa Rica.

- Está compuesta por siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la OEA

- Son elegidos por mayoría absoluta de los Estados miembros de la Convención en la Asamblea General de la OEA
- La Corte de entre sus miembros elige a su Presidente, Vicepresidente, establece su Secretaría y designa a su Secretario.
- La Corte no funciona de manera permanente, sólo su Presidente si presta servicios en forma permanente.

La Corte Interamericana tiene esencialmente dos funciones o competencias:

- Función o competencia contenciosa (Arts. 61, 62 y 63 de la Convención).

La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la aplicación de las disposiciones de la Convención Americana.

Esta competencia tiene su fundamento en la *voluntad de los Estados Partes*. Es decir, para que la Corte pueda conocer de un asunto es necesario que el Estado haya reconocido expresamente su competencia mediante:

- a) Declaración Especial (Art. 62.1 y 62.2)
- b) Convención Especial (Arts. 62.3)

- Función consultiva (Art. 64 de la Convención).

La Corte tiene competencia para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados relativos a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos.

La competencia consultiva de la Corte está concebida en términos más amplios tanto por razón de las personas como de la materia.

1.6 Los Derechos Humanos y la Legislación.

En diversos momentos de la historia del pensamiento jurídico, se pensó que la actividad legislativa no podía ser objeto de estudio de la Teoría General del Derecho, en virtud de que el objeto de la Ciencia jurídica lo constituía la norma como dato preexistente y no su proceso de elaboración. Por ello, la función creadora de normas desplegada por el legislativo no debía ser estudiada por la Ciencia del Derecho, sino más bien dicha actividad debía corresponder a distintos campos científicos como el de la Filosofía, la Sociología, la Política o la Economía entre otros.

Fue en el año de 1780 con la aparición de la obra de Cayetano de Filangieri, cuando se fincan las bases de lo que ahora se conoce como Ciencia de Legislación. Este autor italiano, en contraposición al trascendente autor de la ilustración Montesquieu quien empleara por vez primera un método para desentrañar el alma o espíritu de las leyes; abandona conscientemente dicho método estableciendo que mientras el ilustrado francés “busca el espíritu de las leyes, yo busco las reglas. Él procura hallar en ellas la razón de lo que se ha hecho, y yo procuro deducir las reglas de lo que debe hacerse”³⁹.

Se adopta así, una postura prescriptiva respecto de la legislación, de tal manera que la Ciencia del Derecho sea capaz de aportar elementos teóricos que establezcan las bases de racionalidad de la ley de manera previa a su elaboración. De esta forma, se puede en la actualidad afirmar que la “Ciencia de la Legislación se ocupa del proceso de producción de las leyes y de las normas en general. Su objeto de estudio es la legislación como actividad, como instrumento de regulación de relaciones sociales, y no ya la ley como elemento intangible”⁴⁰.

En este sentido, la Ciencia de la Legislación como género contempla dos especies a saber: la Teoría de la Legislación y la Técnica Legislativa. Por lo que hace a la primera, cabe decir que se trata del conjunto de estudios que sobre la legislación se realicen, ameritando su “reflexión sobre los problemas de naturaleza más abstracta y conceptual”⁴¹; mientras que la técnica legislativa es aquella “que se ocupa del conjunto de recursos y procedimientos dispuestos en orden a la composición y redacción de las normas que con ese nombre son aprobadas por una Cámara legislativa”⁴².

La Constitución como norma básica fundamental contiene disposiciones entre las que destacan los valores superiores, los Derechos Humanos y los principios del Estado democrático; pero este pacto social original es sin duda limitado y por ello debe ser desarrollado por el legislador. De esta forma es dable afirmar que el Poder Legislativo que

³⁹ FILANGIERI, C., *Ciencia de la Legislación*, Tomo I, trad. de J. Rubio, Imprenta de Núñez, Madrid, 1822, pp. XXVI-XXVII.

⁴⁰ GALIANA SAURA, A., *La Legislación en el Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 11.

⁴¹ ATIENZA, M., *Contribución a una Teoría de la Legislación*, Civitas, Madrid, 1997, p. 23.

⁴² CORONA FERRERO, J. M., “En torno al concepto de técnica legislativa”, en CORONA FERRERO, J. M., PAU VALL, F. y TUDELA ARANDA, J. (Coord.), *La técnica legislativa a debate*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 52.

en nuestro caso es el Congreso de la Unión compuesto de la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores, al producir leyes o normas generales lo hace con base en la norma fundamental, de tal forma que previo al resultado legislativo debe existir un proceso argumentativo que justifique dichas normas. En este sitio se encuentra lo que comúnmente se denomina racionalidad del legislador.

Para Manuel Atienza la racionalidad legislativa puede analizarse desde cinco niveles que en su conjunto la determinan y que son: racionalidad lingüística, racionalidad jurídico-formal, racionalidad pragmática, racionalidad teleológica y racionalidad ética⁴³.

La racionalidad lingüística o comunicativa es aquella referida a la correcta utilización del lenguaje que emplea el legislador, para transmitir un mensaje normativo a sus destinatarios a través de la ley. Una racionalidad lingüística nos permite reducir a su mínima expresión los problemas de ambigüedad y vaguedad en las normas producidas por el legislador. Una buena legislación, por lo que al lenguaje se refiere, deberá caracterizarse por la propiedad, claridad, simplicidad y precisión de los vocablos utilizados⁴⁴. Esto será trascendente, porque como se verá en el segundo capítulo que se analicen leyes específicas en la agenda de Sistema de Justicia, se verá que aquí debe ponerse especial énfasis para garantizar seguridad jurídica y evitar problemas interpretativos posteriores.

La racionalidad jurídico-formal se refiere al aspecto sistemático del Derecho, es decir, que si por un lado es cierto que el fenómeno jurídico se traduce en norma no sólo se reduce a ello, sino que además es conjunto de normas que deben convivir armónicamente en el sistema al cual pertenecen. De esta manera cuando el legislador crea una norma jurídica, debe ser consciente de que la misma se incorporará al conjunto del Ordenamiento, respetando los principios lógicos que lo gobiernan y que se resumen en la plenitud, la coherencia y la autonomía de las normas que constituyen el sistema jurídico.

La racionalidad pragmática es aquella que establece que una ley es racional, sólo en la medida en que exista una adecuación de la conducta o comportamiento de los destinatarios de la norma a lo prescrito en la misma⁴⁵. Es decir, una norma jurídica creada

⁴³ Cfr. ATIENZA, M., *Contribución a una Teoría de la Legislación*, op. cit., pp. 27 y ss.

⁴⁴ Cfr. DEL BURGO Y MARCHÁN, A. M., *El Lenguaje del Derecho*, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 198 y ss.

⁴⁵ Cfr. ATIENZA, M., *Contribución a una Teoría de la Legislación*, op. cit., pp. 36 y 37.

por el legislador no será racional en este nivel, en el supuesto en que sus prescripciones no sean obedecidas por los sujetos a los que afectan las mismas o bien aplicadas por el operadores jurídicos con competencia para ello. En este sentido, se puede decir que la eficacia de las normas determina esa racionalidad pragmática, aunque en este punto no ahondaremos sobre las clases de eficacia sino simplemente nos limitaremos a decir que dicha racionalidad exige una eficacia en términos generales.

La racionalidad teleológica es aquella que, partiendo de la idea de que toda norma se crea para la consecución de determinados objetivos, se alcanzará sólo en la medida en que se logren esos fines. Aquí, no basta con que la norma sea cumplida y por lo tanto *eficaz*, sino que además se requiere que con su acatamiento se alcancen los fines para los que fue creada y con ello se vuelva *eficiente*.

Por último, la racionalidad ética en la teoría de la legislación será aquella que sea alcanzada, en la medida en que el producto legislativo sea compatible y por lo tanto no trasgreda los principios y valores superiores del Ordenamiento jurídico plasmados en la Constitución. Como se ha dicho con anterioridad, la norma superior contiene el aspecto axiológico que sustenta al Estado de Derecho, por lo que la legislación al desarrollar dicha norma fundamental debe ser respetuosa de dichos valores. Por lo que debe considerarse que la actividad legislativa debe tener presente los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano es parte, a efecto de contribuir a su desarrollo, perfeccionamiento y eficacia a la que antes nos hemos referido a través de la producción de una legalidad selectiva acorde con los valores que defienden la dignidad humana⁴⁶.

Aunque a efectos sistemáticos se ha dividido la racionalidad legislativa en estos cinco niveles, es posible concluir que al no darse cualquiera de ellos estaríamos ante una norma irracional en el plano argumentativo. Debiendo destacar que el nivel de racionalidad lingüístico constituye un presupuesto del resto de niveles.

El proceso legislativo que se encuentra previsto y regulado en la Constitución

⁴⁶ Cfr. SUÁREZ ROMERO, M. A., *Crisis de la Ley y Estado Constitucional. La argumentación jurídica del legislador*, Porrúa, México, 2015, pp. 205 y ss.

Federal, comienza con la iniciativa pasando por la discusión parlamentaria hasta llegar a su aprobación y publicación correspondiente. Pues bien, es precisamente en todo este proceso en donde se va a verificar la actividad argumentativa y racional del legislador, por virtud de la cual se justificará la decisión jurídica a través del consenso alcanzado mediante ciertas reglas de procedimiento.

Es en los debates parlamentarios en donde se va a apreciar el diálogo intersubjetivo de los distintos sectores que representan al pueblo en sus diversas fracciones parlamentarias, los cuales en condiciones de libertad e igualdad expresarán las razones que sobre la iniciativa en concreto consideren oportunas. Aquí, se deberán discutir todos y cada uno de los aspectos de la propuesta legislativa, a efecto de determinar en qué medida es posible alcanzar cada uno de los niveles de racionalidad a los que antes se ha hecho referencia.

En este proceso se tendrá que ir consolidando esta racionalidad legislativa desde la iniciativa, en el debate se propiciará el diálogo intersubjetivo que permita llegar a un consenso que en un primer momento justifique dicha decisión. Hay que recordar que la iniciativa primeramente se discute en la comisión o comisiones del ramo respectivo, a partir de la cual se logrará un primer consenso que se cristaliza en el dictamen legislativo. En este primer proceso, se deberá atender el cumplimiento de los distintos niveles de racionalidad, aunque aún sean susceptibles de revisión en la aprobación del pleno de la Cámara legislativa.

Asimismo, es posible sostener que la exposición de motivos que precede el texto normativo propiamente dicho, no se incorpora formalmente al Ordenamiento jurídico, pero a pesar de ello pueden obtenerse de ahí algunos datos que ilustren acerca de la consecución de algunos niveles de racionalidad. En dicha exposición de motivos puede encontrarse, por ejemplo, los fines que pretende alcanzar el legislador con la ley promulgada o los valores superiores que pretende resguardar en atención a la racionalidad teleológica o ética respectivamente, en donde cobran especial relevancia los Derechos Humanos a los que nos hemos referido en todo este apartado.

Entre esos múltiples intereses resalta sin lugar a dudas el de la Política, el cual es

hecho valer por los distintos grupos y fracciones parlamentarios que conforman el Congreso de la Unión. A menudo, se suele decir, que los representantes populares en atención al grupo o partido político al cual pertenezcan, en el proceso de discusión y aprobación de leyes llevan a cabo una “negociación”. Pero: ¿hasta qué punto dicha negociación es compatible o más bien trasgrede los cánones de racionalidad legislativa antes descritos?

Al respecto, se ha dicho que en el discurso de la negociación se pueden apreciar dos modelos de racionalidad antagónicos entre sí: en primer lugar, un razonamiento instrumental representado por preferencias e intereses egoístas tendentes a maximizar el propio bienestar; en segundo lugar, un razonamiento imparcial limitado por los Derechos Humanos de las personas y el bien común⁴⁷.

Aquí, se puede admitir que en todo proceso parlamentario hay negociación, pero ésta debe ser aquella basada en un razonamiento imparcial en el que se hagan coincidir las distintas ideologías partidistas con los principios rectores del Estado democrático de Derecho⁴⁸. En caso contrario se estaría ante un producto legislativo inválido e ilegítimo a la vez, precedido de una negociación que sólo buscó la maximización de intereses particulares. Así pues, en el proceso racional de construcción normativa en sede parlamentaria, debe argumentarse políticamente siempre bajo la óptica del respeto irrestricto a las normas constitucionales.

Comúnmente los representantes populares al provenir de distintos sectores sociales carecen de una formación jurídica, no obstante las Cámaras legislativas deben contar con asesores que cuenten con conocimientos de técnica legislativa, a efecto de que las negociaciones políticas puedan encontrar su cauce jurídico. En muchas ocasiones pese a que las iniciativas o dictámenes han sido revisados por los expertos, pueden verse afectados en su estricta racionalidad jurídica por negociaciones políticas de última hora, lo cual además de inadecuado puede resultar también indeseable.

CAPITULO SEGUNDO

⁴⁷ Cfr. DE PÁRAMO ARGÜELLES, J. R., *Negociar y Argumentar: entre el mercado y la política*, Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 1998, pp. 10-11.

⁴⁸ El Estado de Derecho implica siempre entre otras cosas: a) Imperio de la Ley, b) División de Poderes, c) Legalidad de la Administración y d) Derechos y libertades fundamentales; para la cual puede verse DÍAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1998, pp. 44 y ss.

EL SISTEMA DE JUSTICIA

2.1 Antecedentes y conceptos fundamentales.

El concepto de Sistema de Justicia en México es sin duda alguna vago, pues no se logra connotar y denotar adecuadamente los elementos esenciales del mismo ni tampoco su campo de aplicabilidad. No obstante, a modo de descripción si pueden enunciarse algunos de los temas que abarca tal concepto y también los órganos del Estado que intervienen en el mismo. Así pues, suelen citarse como órganos directamente vinculados al Sistema de Justicia al Poder Judicial de la Federación y de las entidades federativas, que en el ámbito de sus respectivas competencias asumen el deber de asumir la función jurisdiccional en el Estado de Derecho, consistente en resolver conflictos o controversias de carácter legal o constitucional aplicando en dicha solución las normas generales preexistentes y formalmente válidas. En nuestro caso el Poder Judicial de la Federación está compuesto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunales Colegiados de Circuito, Tribunales Unitarios de Circuito, Juzgados de Distrito, Tribunal Electoral y Consejo de la Judicatura Federal⁴⁹.

Pero no solamente tiene una participación en el Sistema de Justicia el Poder Judicial, sino que también actúan de manera directa e indirecta los otros dos Poderes como son el Legislativo y el Ejecutivo. El primero de ello, es decir, el Congreso de la Unión en la discusión y aprobación de las leyes que en el ámbito de sus respectivas competencias tiene que expedir, las cuales al tener una vinculación directa con el Sistema de Justicia, hacen necesaria una función legislativa racional en los términos que antes hemos mencionado a efecto de poder contar con legislación eficaz y eficiente en estos temas cruciales. Y por su parte el Ejecutivo que tiene facultad de iniciativa por un lado que coadyuva de manera específica en el proceso legislativo, así como su intervención en la designación de los Ministros del más Alto Tribunal de país. Asimismo, tiene a su cargo a las autoridades de Seguridad Pública, que en el ámbito de sus competencias deben intervenir en dicho sistema.

⁴⁹ Cfr. FERNÁNDEZ AGUIRRE, G., *El Sistema de Justicia en México*, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/159/9.pdf>, pp. 31 y ss.

Ahora bien, por lo que hace a las funciones institucionales que están vinculadas con el Sistema de Justicia deben destacarse primordialmente, las de prevención del delito y las de procuración e impartición de justicia, así como la ejecución de sanciones penales en donde quedan involucrados los tres Poderes del Estado: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

El primer referente de lo que ahora se ha denominado derecho a la tutela judicial efectiva, surge hacia el año 1215 en Inglaterra con la denominada Carta Magna, donde se establece por primera vez la observancia jurídica de un sistema garantista, luego de concretar que: “Ningún hombre libre será arrestado, o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país⁵⁰.”

Posteriormente, el 15 de diciembre de 1791, se contempla en las enmiendas VI y XIV de la Constitución de los Estados Unidos de América, que establecen: “En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho a un juicio público y expedito por un jurado imparcial del Estado y distrito en que el delito se haya cometido; distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como a que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación; a que se le confronte con los testigos que depongan en su contra, a que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y a contar con la ayuda de un abogado que lo defienda.⁵¹” Y “Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la misma protección de las leyes⁵²”.

⁵⁰ Numeral 39 de la Carta Magna de 1250, Biblioteca jurídica virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2698/17.pdf>

⁵¹ Enmienda VI de la Constitución de los Estados Unidos de América, Ratificada el 15 de diciembre de 1791.

⁵² Enmienda XIV Sección I Constitución de los Estados Unidos de América, Ratificada el 9 de julio de 1868.

De igual forma hacia el año 1948, se observa en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”

En el mismo año, se alude al denominado derecho a la tutela judicial efectiva, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo XVIII, mediante el Derecho de justicia, determinando que “toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

Para 1966 se concibe en el artículo 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos señalando: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”.

Por otro lado, tres años más tarde, se alude a ello en el artículo 8 apartado 1°, de la Convención Americana de Derechos Humanos, también conocido como Pacto de San José señalando que: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal

formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Así entonces, a partir de todo ello en 1978, se establece en la Constitución española, por cuanto hace a que: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Igualmente se contempla que todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco y secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”⁵³.

Por lo que hace a la legislación mexicana, la tutela judicial efectiva se contempla en el segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución Política Federal: “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”.

Debiendo observar que no se concibe de manera literal bajo el enunciado “tutela judicial efectiva”, sino que el contenido de dicho artículo, alude a tal concepto, de ahí que haya sido necesario, establecer una definición exacta, a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, considerándola como “el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión”⁵⁴.

⁵³ Artículo 24 Constitución española, 1978. Disponible en <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=10&fin=55&tipo=2>

⁵⁴ GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES, No. De Registro 172759 [J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Abril de 2007; P. 124.

2.2. El derecho a la tutela judicial efectiva.

A nuestros efectos, el derecho a la tutela judicial efectiva se trata de la manifestación constitucional de un conjunto de instituciones de origen eminentemente procesal, cuyo propósito consiste en cautelar el libre, real e irrestricto acceso de todos los justiciables a la prestación jurisdiccional a cargo del Estado, a través de un debido proceso que revista los elementos necesarios, para hacer posible la eficacia del derecho contenido en las normas jurídicas vigentes o la creación de nuevas situaciones jurídicas que culmine con una resolución final ajustada a derecho y con un contenido mínimo de justicia, susceptible de ser ejecutada coercitivamente y que permita la consecución de los valores fundamentales sobre los que se cimienta el orden jurídico en su integridad.⁵⁵

De modo que, se considera un derecho fundamental, de acceso a todos los individuos, mediante el cual se ejercita el derecho de acción jurisdiccional, haciendo extensivas sus garantías procesales frente a los órganos correspondientes, en pleno ejercicio de la justicia.

2.3 Protección a víctimas del delito.

De manera general, las víctimas del delito poseen una serie de garantías, en observancia a la reparación integral del daño causado contra ellas en la comisión de un hecho punible⁵⁶.

Así entonces, contarán con un recurso judicial adecuado y efectivo que coadyuve al conocimiento de la verdad y la implementación de una investigación integral respecto al menoscabo causado, producto de la comisión del delito. Además podrán acceder a mecanismos de compensación como son: la asistencia material, médica, psicológica y social, así como la acreditación de una compensación económica por parte de los perpetuadores

⁵⁵ DE BERNARDIS, L., *La garantía procesal del debido proceso*, Cultural Cusco Editores, Lima, 1985.

⁵⁶ Constituye el derecho de resarcimiento que poseen las víctimas que han sido objeto de un delito, comprende las medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. Así, cada una de estas medidas será implementada a favor de la víctima teniendo en cuenta la gravedad y magnitud del hecho punible cometido o la gravedad y magnitud de la violación de sus derechos, así como las circunstancias y características del hecho victimizante de acuerdo al artículo 1° Ley de General de Protección a Víctimas.

con base a los gastos de victimización, acordes al daño a la integridad física o moral de la víctima⁵⁷, o bien cuando medie incapacidad por cesación laboral, daños patrimoniales o gastos de asesor judicial.

Por lo que hace al proceso, deberán ser informados y asesorados respecto al juicio y a los Derechos Humanos que les han sido vulnerados⁵⁸, recibiendo la debida protección a su intimidad y datos personales, además de una garantía de seguridad contra represalias para sí y sus familiares o testigos. Aunado a la intervención de expertos que mediante dictámenes aseguren una verdad jurídica, para fortalecer el juicio y establecer una sanción eficaz a los responsables.

2.3.1 Antecedentes.

Hacia el año de 1985, el día 29 de noviembre, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante la resolución 40/34, establece la denominada Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. En ella se contempla la personalidad de la víctima en aquella persona que haya sido objeto de algún daño físico o mental, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en alguno de los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder⁵⁹. Inclusive se incorpora también a los familiares o personas que hayan intervenido o asistido a la víctima para evitar la consecución del delito.

Asimismo, contempla el trato que deberán tener las víctimas en observancia de su dignidad, además del acceso a mecanismos que logren la reparación total del daño, como la asistencia, comunicación, protección, resarcimiento, indemnización y apoyo integral a la víctima. Cabe señalar una importante inclusión en materia de derechos humanos, respecto

⁵⁷ Comprende tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas e indirectas, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y toda perturbación que no sea susceptible de medición pecuniaria, art. 64 apartado II, Ley de General de Protección a Víctimas.

⁵⁸ *Cfr.* COLÓN MORÁN, J., "Los Derechos Humanos de las víctimas del delito", en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/19/pr/pr28.pdf>

⁵⁹ Apartado A) de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante Resolución 40/34 Fecha de adopción: 29 de noviembre de 1985.

a la aplicación de dicha disposición, sin que medie diferencia de raza, color, sexo, idioma, edad, nacionalidad, religión, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico.

Es de observar que luego de la reforma constitucional mexicana del día 18 de junio del 2008, se inicia por primera vez el reconocimiento a los derechos de las víctimas. Sin embargo es hasta día 30 de abril del 2012, que se aprueba la Ley General de Víctimas, haciendo observable de manera expresa la protección a las víctimas del delito.

2.3.2 Marco normativo vigente.

Actualmente la Ley General de Víctimas establece y coordina los mecanismos de acceso a los derechos de las víctimas del delito, en el capítulo IV referente a los Derechos de las víctimas en el proceso penal, coadyuvando de manera general por una reparación integral del daño.

Asimismo, el Reglamento de la Ley General de Víctimas establece un modelo integral de protección a víctimas, en consonancia a lo dispuesto en los artículos 1° párrafo tercero, 17 párrafo tercero y 20 A. I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

2.3.3 Protección a víctimas de género.

Se considera víctima de género, a toda aquella mujer de cualquier edad a quien se le inflige cualquier tipo de violencia⁶⁰, al respecto existe un amplio marco legal, conformado por Declaraciones, Convenciones y Leyes, tales como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer, así como la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres.

Es de observar que de manera fáctica, corresponde a los ordenamientos jurídicos la determinación de la protección a dichas víctimas, mientras que los demás instrumentos

⁶⁰ Artículo 4 de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

jurídicos instan por prevenir e informar respecto a la igualdad de género y la erradicación de violencia.

Así entonces, la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia tiene por objeto, prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, así como los principios y modalidades para garantizar su acceso a una vida libre de violencia que favorezca su desarrollo y bienestar conforme a los principios de igualdad y de no discriminación⁶¹.

En consecuencia, por lo que hace a su protección, es de observar que se alude a una acción conjunta por parte de ciertos organismos competentes para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres, donde se contempla a la Federación, la Secretaría de Gobernación, Secretaría de Desarrollo Social, la Secretaría de Seguridad Pública, Secretaría de Educación Pública, Secretaría del Trabajo y Previsión Social, Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano, Procuraduría General de la República, Instituto Nacional de las Mujeres, Entidades Federativas y Municipios.

De esta forma, se observan dos mecanismos, uno correspondiente a las órdenes de protección, una vez que se ha conocido el hecho a cargo de la autoridad competente, con el objeto de salvaguardar la seguridad e integridad de la víctima, pudiendo ser de emergencia, preventivas y de naturaleza civil⁶², además de acciones integrales de

⁶¹ Art. 1 Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

⁶² Serán órdenes de protección de emergencia las siguientes: I. Desocupación inmediata por el agresor del domicilio conyugal o donde habite la víctima, independientemente de la acreditación de propiedad o posesión del inmueble, aún en los casos de arrendamiento del mismo; Prohibición inmediata al probable responsable de acercarse al domicilio, lugar de trabajo, de estudios, del domicilio de las y los ascendientes y descendientes o cualquier otro que frecuente la víctima; Reingreso de la víctima al domicilio, una vez que se salvaguarde de su seguridad, y IV. Prohibición de intimidar o molestar a la víctima en su entorno social, así como a cualquier integrante de su familia, Art. 29 Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

Se consideran órdenes de protección preventivas las siguientes: I. Retención y guarda de armas de fuego propiedad del Agresor o de alguna institución privada de seguridad, independientemente si las mismas se encuentran registradas conforme a la normatividad de la materia. II. Inventario de los bienes muebles e inmuebles de propiedad común, incluyendo los implementos de trabajo de la víctima; III. Uso y goce de bienes muebles que se encuentren en el inmueble que sirva de domicilio de la víctima; IV. Acceso al domicilio en común, de autoridades policíacas o de personas que auxilien a la Víctima a tomar sus pertenencias personales y las de sus hijas e hijos; V. Entrega inmediata de objetos de uso personal y documentos de identidad de la víctima y de sus hijas e hijos; VI. Auxilio policíaco de reacción inmediata a favor de la víctima, con autorización expresa de ingreso al domicilio donde se localice o se encuentre la Víctima en el momento de solicitar el

protección a las víctimas mediante servicios gratuitos de asistencia a través de programas de información y apoyo, así como integrar el juicio bajo perspectiva de género⁶³, prevención, atención médica, psicológica y jurídica gratuita, obtener un trato respetuoso y protección de las autoridades, recibir información clara. Del mismo modo, se contará con un refugio para la plena integración de la víctima y sus hijos (de existir).

Y en segundo lugar los servicios que brindan atención integral a las víctimas relacionadas con violencia de género, a cargo de los denominados Centros de Justicia para las Mujeres, asociados con instancias gubernamentales y asociaciones civiles, que se establecen como centros comunitarios cuyo enfoque radica en acciones preventivas para erradicar la violencia, mediante el acceso a la justicia y preservación de su dignidad.

2.3.4 Viabilidad de una Ley General.

Conviene saber que bajo una definición jurídica, se considera como “víctima” a la persona que sufre o es lesionada por otra que actúa movida por una gran variedad de motivos o circunstancias⁶⁴.

En este orden de ideas, debe concebirse una unificación en cuanto al término víctima y una categoría que delimite con precisión el origen o la constitución de aquellos elementos que le hayan atribuido tal condición.

auxilio, y VII. Brindar servicios reeducativos integrales especializados y gratuitos, con perspectiva de género al agresor en instituciones públicas debidamente acreditadas.

Art. 30 Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

Son órdenes de protección de naturaleza civil las siguientes: I. Suspensión temporal al agresor del régimen de visitas y convivencia con sus descendientes; II. Prohibición al agresor de enajenar o hipotecar bienes de su propiedad cuando se trate del domicilio conyugal; y en cualquier caso cuando se trate de bienes de la sociedad conyugal; III. Posesión exclusiva de la víctima sobre el inmueble que sirvió de domicilio; IV. Embargo preventivo de bienes del agresor, que deberá inscribirse con carácter temporal en el Registro Público de la Propiedad, a efecto de garantizar las obligaciones alimentarias, y V. Obligación alimentaria provisional e inmediata. Serán tramitadas ante los juzgados de lo familiar o a falta de éstos en los juzgados civiles que corresponda.

Art. 32 Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

⁶³ Entendida como una visión científica, analítica y política sobre las mujeres y los hombres y las relaciones entre ellos en la sociedad, que permite enfocar y comprender las desigualdades socialmente construidas a fin de establecer políticas y acciones de Estado transversales para disminuir hasta abatir las brechas de desigualdad entre los sexos y garantizar el acceso a la justicia y el ejercicio pleno de sus derechos.

Art. 2 Fracción II de la Ley general para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos.

⁶⁴ KRAPHIN, I., “Elementos para una efectiva protección de los derechos de las víctimas en materia penal”, en *Revista jurídica Boletín mexicano de Derecho Comparado*, número 82, Biblioteca jurídica virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

Sin embargo, la legislación mexicana, separa a nivel de leyes, a las víctimas en general en cuanto hace a la Ley General de Víctimas y a las víctimas de género con la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia; no obstante que ambas sean consideradas dentro de la abstracción de víctima y de que se establezcan consideraciones similares tanto de manera conductual como en respuesta a su compensación.

Así entonces, es de observarse que la primera establece un modelo integral de atención a víctimas, que consta de medidas de atención, asistencia y protección a las mismas, mediante un programa muy completo que detalla tales acciones, en coordinación con las autoridades e instituciones de asistencia pública y la Comisión Ejecutiva de Víctimas, bajo un Sistema Nacional de Atención a Víctimas encaminando todos sus esfuerzos a la reparación integral del daño.

Mientras que en el caso de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, se alude a programas y acciones en beneficio de la observancia de los Derechos Humanos de las mujeres, pretendiendo fomentar una mentalidad incluyente que inste a erradicar la violencia de género, educando y capacitando tanto a las autoridades como a la sociedad.

No obstante, es importante destacar que tales actuaciones únicamente son alusiones, pues no se detallan ni se conciben de manera específica, sin que medie un modelo integral de atención a víctimas de género y sin inclusión del Sistema Nacional de Atención a Víctimas, y por ende tampoco observancia alguna de la Comisión Ejecutiva de Víctimas. Aunado a que no se concibe una especie de amalgama entre un ordenamiento y otro.

De manera que la viabilidad de una Ley General es evidente, pero en ella debe establecerse ambas consideraciones de víctima a la que nos hemos referido, pues una cohesión normativa en materia de protección a víctimas que considere dentro de sí a las víctimas de género, traería consigo una notable mejora en la atención, asistencia y acceso a la justicia, además del concreto acceso a los derechos de que es parte por el hecho mismo

de ser víctima, del derecho a la verdad y del impostergable derecho a la reparación integral del daño.

2.4 Trata de personas.

A la expresión “trata de personas” se le conoce como la actividad destinada a la captación, el transporte, traslado, acogida o recepción de personas, recurriendo a la amenaza, al uso de la fuerza u otras formas de coacción, así como al rapto, al fraude, engaño, abuso de poder en una situación de vulnerabilidad, con la promesa de la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de dicha persona que tenga autoridad sobre otra con propósitos de explotación, ya sea sexual, laboral o prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.⁶⁵

En la actualidad México es considerado lugar de origen, tránsito y destino de trata de personas, y ocupa el quinto lugar en el mundo por el número de víctimas, y el tercero en cuanto a delitos cibernéticos, la mitad de los cuales están relacionados con pornografía infantil.⁶⁶

2.4.1 Antecedentes.

Existen evidencias del rango de mercancía que adquirirían las personas en el periodo medieval, concretamente en la lucha entre musulmanes y cristianos. Es hasta el año de 1869 que en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se define el vocablo "trata" para referirse al "comercio de esclavos africanos". En 1904 se firmó el primer acuerdo internacional para asegurar la protección eficaz contra el tráfico criminal denominado "trata de blancas". El término se ha ido transformando y ha adquirido un rango más amplio, ya que no sólo hace referencia al comercio de mujeres blancas y con fines preferentemente sexuales, sino que incluye toda forma de explotación en contra de cualquier persona.⁶⁷

⁶⁵ Art. 3 del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada.

⁶⁶ ECPAT Internacional: “Guía de prevención del delito cibernético” Secretaría de Seguridad Pública”, 2006.

⁶⁷ Capítulo I, Reglamento Programa Nacional para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos 2014-2018.

Posteriormente, el 15 de diciembre del año 2000, en la región de Palermo Italia, se concibe por primera vez el término “trata de personas”, en el denominado Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, también conocido como Protocolo de Palermo, con el objeto prevenir y erradicar la trata de personas, particularmente en mujeres y niños, además de brindar asistencia y protección a las víctimas de que sean parte.

Por lo que hace a la legislación mexicana, nuestro país suscribió dicho protocolo en el mismo año de su conformación, pero es hasta el año 2007 que se expide la denominada Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas. No obstante, debido a la insuficiencia de protocolos de prevención y asistencia a víctimas, dicha ley fue derogada, dando paso a la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, expedida el 14 de junio de 2012 y el Programa Nacional para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos 2014-2018. Aunado a la creación de una Fiscalía Especial para los Delitos de Violencia contra las Mujeres y Trata de Personas (FEVIMTRA), cuyo objetivo fundamental es promover una protección integral de las víctimas, conformar una adecuada investigación, combatir la impunidad y erradicar la violencia. El Programa contra la Trata de Personas de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos creado en el año 2007, tiene como objeto emprender diversas acciones con la finalidad, de dar a conocer a la sociedad la naturaleza, las modalidades, las consecuencias y las formas de actuar de quienes operan estas bandas delictivas, así como de urgir a los órganos del Estado y a todos los actores sociales a combatir este grave flagelo social.⁶⁸. Entre dichos órganos está como hemos comentado antes todos los Poderes públicos, incluido el Legislativo que debe discutir y aprobar las leyes que alcanzando un grado óptimo de racionalidad coadyuven a dichos fines, por lo que el

⁶⁸ Programa contra la Trata de Personas de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos Diagnóstico sobre la situación de trata de personas en México, 2007 <http://200.33.14.34:1033/archivos/pdfs/diagnosticoTrataPersonas.pdf> p.24.Fecha de consulta: 03/12/2015.

legislador deberá estar atento a la racionalidad pragmática y teleológica en la elaboración de las mismas.

2.4.2 Problemática actual: delitos sexuales, migración y menores.

Se consideran delitos sexuales a todas aquellas conductas o hechos sancionados por las leyes penales, que se comentan a través de actos verbales o físicos de contenido sexual en contra de una persona, sin su consentimiento.

La legislación mexicana, ha configurado un protocolo de investigación para los delitos sexuales en adultos, estableciendo las bases mediante las cuales se llevarán a cabo aspectos determinantes en el proceso, desde la investigación hasta la atención a las víctimas, puntualizando los principios relativos a una investigación eficaz en materia de delitos, a través del respeto al normal desarrollo psicosexual, a la libertad sexual, a la intimidad sexual, integridad sexual física y moral, a la salud física y psicológica, a la dignidad de la persona, privacidad y al anonimato. Así como el derecho a una tutela judicial efectiva, a la seguridad, a la impartición de una justicia pronta y expedita, al respeto, al principio de no repetición de diligencias; rigurosidad y exhaustividad en las acciones de investigación de delitos sexuales, a la renuncia del careo con el imputado y respetar el Derecho Internacional Humanitario⁶⁹. En este último caso evidentemente en los casos de estado de guerra.

Por lo que hace a los delitos sexuales en menores, según las estadísticas, en cada año son explotados sexualmente entre 16 y 20 niños y niñas en México⁷⁰.

Como medio de prevención y atención a dichos actos, se cuenta con la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, la cual se fundamenta en el párrafo sexto del artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que tiene por objeto brindar protección a los delitos relacionados con abuso sexual en menores. Aunado a un medio de protección a los menores, denominado *Alerta Amber*, que consiste en un mecanismo nacional para la búsqueda y pronta localización de niñas, niños y adolescentes reportados como desaparecidos que se encuentren en riesgo inminente de

⁶⁹ Protocolo de investigación de delitos sexuales en adultos, Secretariado Ejecutivo Sistema Nacional de Seguridad Pública, Secretaría de Gobernación.

⁷⁰ Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, Fondo Internacional para la Infancia.

sufrir daño grave a su integridad personal, por motivo de ausencia, desaparición, extravío, privación ilegal de la libertad, no localización o cualquier circunstancia donde se presuma la comisión de algún ilícito ocurrido en territorio nacional⁷¹, a nivel de los tres niveles de gobierno en conjunto con los medios de comunicación.

Sin embargo, tales esfuerzos no han sido suficientes, puesto que de acuerdo con la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, actualmente México ocupa el primer lugar en el delito de abuso sexual infantil, según datos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).⁷²

Por su parte la migración constituye un factor determinante en la trata de personas, al ser vehículo principal de ejecución del delito, pues en muchas ocasiones se trata de una cuestión de índole internacional, luego de haber inclusión del crimen organizado mediante redes de corrupción que comercian con hombres, mujeres y niños para diversos fines lucrativos, siendo las mujeres y los menores los factores más vulnerables para la comisión del delito dada la facilidad con la que pueden someterlos.

En México, la Fiscalía Especial para los Delitos de Violencia contra las Mujeres y Trata de Personas (FEVIMTRA), la Secretaría de Seguridad Pública Federal y el Instituto Nacional de Migración (INM), son los organismos encargados de velar por la integridad de las víctimas y prevenir la comisión del delito. Asimismo, se alude a ello en el capítulo III de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, por cuanto hace a las Víctimas Extranjeras en México y de las Víctimas Mexicanas en el Extranjero, adoptando medidas en cuanto a la asistencia de la víctima y repatriación voluntaria de la misma, pero es de observarse que no se contempla en la Ley de Refugio y Protección Complementaria, ni en la Ley de Migración. Esto con la finalidad de guardar la debida racionalidad jurídico-formal, en todas las leyes que en la materia de “trata de personas” resulten involucrados temas y por ende requieran remisiones o bien regulaciones expresas.

⁷¹ Objetivo general de la Alerta Amber, <http://www.alertaamber.gob.mx/Alerta/ObjetivoGeneral> Consultado el 03/12/2015.

⁷² Boletín 0496 Cámara de Diputados 19 de noviembre 2015 día Mundial para la Prevención del Abuso contra los Niños, difusión Cámara de Diputados.

Lamentablemente, Felipe González, relator de los derechos de los migrantes, sostuvo que la situación para los indocumentados no ha cambiado desde 2008, ya que persisten “secuestros, asesinatos, violaciones, extorsiones, robos y abuso sexual de niños y niñas, que incluso son objeto de trata”⁷³.

2.4.3 Marco normativo vigente y aspectos legislativos.

Debemos decir que en la actualidad, México concibe un ordenamiento en materia de trata de personas llamada Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, cuyo objetivo es prevenir, investigar, perseguir y sancionar los delitos de dicha índole, estableciendo que “comete el delito de trata de personas quien promueva, solicite, ofrezca, facilite, consiga, traslade, entregue o reciba, para sí o para un tercero, a una persona, por medio de la violencia física o moral, engaño o el abuso de poder para someterla a explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, servidumbre o la extirpación de un órgano, tejido o sus componentes”⁷⁴.

Asimismo se contempla el contenido del art 73, fracción XXI, párrafo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respecto a los “tipos penales y sanciones en las materia de secuestro, desaparición forzada de personas, otras formas de privación de la libertad contrarias a la ley, trata de personas, tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Así como lo dispuesto en el capítulo IX del Código Penal del Estado de México, donde “comete el delito de trata de personas quien para sí o para un tercero induzca, procure, promueva, capte, reclute, facilite, traslade, consiga, solicite, ofrezca, mantenga, entregue o reciba a una persona recurriendo a la coacción física o moral, a la privación de la libertad, al engaño, al abuso de poder, al aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o a la entrega de pagos o beneficios para someterla a cualquier forma de explotación o para extraer sus órganos, tejidos o sus componentes”.⁷⁵ Del mismo modo se contemplan sanciones para aquellas personas que soliciten o contraten servicios que tengan por objeto algún tipo de explotación sexual, trabajos o servicios forzados,

⁷³ Derechos Humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, el vicepresidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) 18 de agosto 2014.

⁷⁴ Art. 5 Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas.

⁷⁵ Art. 268 Bis Código Penal del Estado de México.

esclavitud, servidumbre o mendicidad ajena, así como a quien emita la autorización para publicar anuncios en medios electrónicos o impresos cuyo objeto sea dar a conocer algún tipo de explotación de las ya mencionadas. Aunado a que de mediarse consentimiento por parte de la víctima en cualquier modalidad del delito de trata de personas, esto no constituirá una causa excluyente del delito. Esto resulta importante, porque en muchas ocasiones se intenta eludir la responsabilidad de estos delitos, argumentando que hay consentimiento de la víctima la cual puede incluso reconocerlo en virtud de amenazas o temor de recibir daños en su persona o familia.

En el mismo orden de ideas, se contempla lo establecido en el Capítulo VI artículo 10 del Código Penal Federal, considerando una pena de prisión de 5 a 15 años y de un mil a veinte mil días multa, a quien capte, enganche, transporte, transferirá, retenga, entregue, reciba o aloje a una o varias personas con fines de explotación.

Conteniendo una pena individual para cada caso de explotación, tratándose de esclavitud de 15 a 30 años prisión y de un mil a 20 mil días multa, condición de siervo de 5 a 10 años de prisión y de un mil a 20 mil días multa.

Prostitución, explotación sexual, pornografía, exhibiciones públicas o privadas de orden sexual, turismo sexual o cualquier otra actividad sexual de 15 a 30 años de prisión y de un mil a 30 mil días multa, sancionando también a aquel que someta a una persona o se beneficie de sí para la realización de actos pornográficos. O produzca o se beneficie de la producción de material pornográfico, o engañe o participe en engañar a una persona para prestar servicios sexuales o realizar actos pornográficos, con una pena de 10 a 15 años de prisión y de un mil a 30 mil días multa.

Asimismo, se sancionará con una pena de 5 a 15 años de prisión y de un mil a 30 mil días multa, al que se beneficie económicamente de la explotación de una persona mediante el comercio, distribución, exposición, circulación u oferta de libros, revistas, escritos, grabaciones, filmes, fotografías, anuncios impresos, imágenes u objetos, de carácter lascivo o sexual, reales o simulados, sea de manera física, o a través de cualquier medio.

En este punto es necesario considerar, que dicho ordenamiento alude a una figura jurídica complementaria al encuadre del delito de trata de personas, denominada lenocinio,

aplicable a toda persona que explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal, se mantenga de este comercio u obtenga de él un lucro, aplicable también a aquel que induzca o solicite a una persona para que con otra, comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución, y al que regentee, administre o sostenga directa o indirectamente, prostíbulos, casas de cita o lugares de concurrencia expresamente dedicados a explotar la prostitución, u obtenga cualquier beneficio con sus productos, otorgándole una pena privativa de libertad de 2 a 9 años y de cincuenta a quinientos días multa⁷⁶.

Por lo que hace a la explotación laboral ésta merecerá una sanción de 3 a 10 años de prisión, y de 5 mil a 50 mil días multa, los trabajos o servicios forzados de 10 a 20 años de prisión, y de 5 mil a 50 mil días multa, la mendicidad forzosa se sancionará de 4 a 9 años y de 500 a 20 mil días multa, el uso de menores para actividades delictivas de 10 a 20 años de prisión y de un mil a 20 mil días multa, la adopción ilegal con fines de explotación de la índole que fuere de 20 a 40 años de prisión y de 2 mil a 20 mil días multa, matrimonio forzoso o servil 4 a 10 años de prisión y de 200 a 2 mil días multa, además de la declaratoria de nulidad de matrimonio o de 20 a 40 años de prisión y de 2 mil a 30 mil días multa, al que realice explotación sexual aprovechándose de la relación matrimonial o concubinato, tráfico de órganos, tejidos y células de seres humanos vivos 15 a 25 años de prisión, y de 2 mil a 30 mil días multa, y finalmente en el caso de experimentación biomédica ilícita en seres humanos se establecerá una sanción de 3 a 5 años de prisión y de 2 mil a 30 mil días multa.

Finalmente, también se alude a dicha condición en el artículo 2, fracción VI de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en el artículo 194 fracción XVI, del Código Federal de Procedimientos Penales, en los artículos 50 Bis y 50 Ter, párrafo primero, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y el artículo 129 de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

En cuanto a los aspectos legislativos, es de observar primeramente que es hasta el año 2007 que México contempla la trata de personas en sus ordenamientos, no obstante

⁷⁶ Art. 206 Código Penal Federal.

de ser un delito que siempre ha estado presente, no se establecía como tipo penal, constituyendo sin duda, una de las más grandes lagunas que ha tenido la legislación mexicana. Ahora hay diversos tipos penales relacionados con esta práctica delictiva, no obstante las estadísticas muestran que el índice en su comisión no ha disminuido, por lo que además de la regulación punitiva es necesario contemplar en la legislación medidas y programas de prevención.

En consecuencia, en cuanto al contenido del marco normativo vigente, se pretende perseguir, mediante la configuración de mecanismos efectivos que establezcan competencias y formas de coordinación para la prevención, investigación, persecución y sanción de los delitos en materia de trata de personas en coordinación con los Gobiernos Federales, Estatales, del Distrito Federal y Municipales, además de tutelar vida, la dignidad, la libertad, la integridad, la seguridad, la protección y la asistencia a las víctimas, así como lo referente a la reparación integral del daño, de manera efectiva con base a la gravedad del daño y afectación sufrida.⁷⁷

Sin embargo, conviene saber, que de manera fáctica no se establecen dichas condiciones, ya que existe una serie de deficiencias que no se contemplan en dicha Ley conformando un obstáculo para su eficaz aplicación y observancia.

Tal es el caso del acceso limitado a los responsables de la comisión del delito, luego de que el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) diera a conocer una Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública en el 2012, en el marco del Subsistema Nacional de Información de Gobierno, Seguridad Pública e Impartición de Justicia. Dando como resultado que para el 2011 únicamente el 12.8% de delitos era denunciado, mientras que el 65.5% inicio una averiguación previa en el Ministerio Público, es decir que de cada 100 delitos, únicamente el 8.4 de los casos se presentó ante la autoridad competente, dejando un índice del 91.6% hacia 2011 de delitos no denunciados ante dicha autoridad⁷⁸. Cabe señalar que no se contempla una Comisión que investigue

⁷⁷ Art. 2 Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas.

⁷⁸ Programa contra la Trata de Personas de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos Diagnóstico sobre la situación de trata de personas en México, 2007 <http://200.33.14.34:1033/archivos/pdfs/diagnosticoTrataPersonas.pdf> p. 24.Fecha de consulta: 03/12/2015.

dichos delitos, sin que medie su manifestación en instancia penal, dando como resultado la impunidad de los mismos.

Aunado a ello, es de observar una discrepancia existente entre la comisión del delito y la sanción establecida por la autoridad, al dotar de facultades en la individualización de las penas a los juzgadores que conocen de los delitos de explotación humana, cuando sin importar la índole de que se trate, son vulnerados derechos de naturaleza superior, como son la vida, la libertad, la integridad y la dignidad, estando ante un delito grave que exige reparación y plena observancia de la ley y justo apego a la justicia por cuanto hace a la sanción.

Por ejemplo, tratándose de la explotación laboral, se otorga una sanción de 3 a 10 años de prisión, y de 5 mil a 50 mil días multa; o bien la sanción que se establece a quien opere una mendicidad forzosa, con una pena de 4 a 9 años y de 500 a 20 mil días multa, arrojando sanciones por demás ambiguas que no operan de manera humanista, pues parece que se hace a un lado el detrimento físico y mental del que han sido objeto las víctimas, al estipularse una pena contraria a la supremacía constitucional y el apego a la observancia de protección a los Derechos Humanos. Luego de mediar un concurso de delitos, donde aumentará la sanción, en tanto se configure la trata de personas más un tipo de explotación, cuestión que no tendría que configurarse, de existir una generalidad que concretamente estableciera una pena alta en cuanto al delito de trata de personas, sin importar la índole de que se trate, pues el sólo hecho de su comisión lleva consigo la vulneración de la esfera jurídica del individuo, sin poder ponderar en ningún sentido mayor o menor penalidad.

Eludiendo además a la observancia de factores de vulnerabilidad de las víctimas en concordancia al aumento de la pena, tal es el caso, del incremento de 9 a 18 años de prisión y de setecientos cincuenta a dos mil doscientos cincuenta días multa, para quienes formulen el delito contra un menor de dieciocho años de edad o en contra de persona que no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o capacidad para resistirlo, obstaculizando el acceso a la justicia, al generalizar que aquellas personas que sean objeto de dicho delito poseen la capacidad de resistirlo, en tanto sean mayores de edad y posean

plena capacidad mental, cuestión que no podría generalizarse en ningún supuesto, pues el solo hecho de ser objeto de un delito de tal envergadura hace a la persona vulnerable jurídica y físicamente, sin poder asegurar que sea capaz de resistir y entender dicha situación.

Asimismo, no se adecua la legislación al contexto actual, por cuanto hace al influjo que hoy en día poseen los medios electrónicos en la consecución del delito, ni se alude a una cohesión con la policía cibernética de la Secretaría de Seguridad Pública, al no contemplarse dicho elemento dentro del ordenamiento jurídico vigente.

Finalmente y al margen de lo referido, deberán reforzarse las medidas legislativas, mediante el fortalecimiento de sanciones adecuadas, en absoluto apego a los Derechos Humanos de las víctimas para una mayor observancia y eficacia de la Ley.

Además de la creación de un instrumento eficaz en coordinación con la Comisión Intersecretarial, instancia encargada de definir y coordinar la implementación de programas y acciones que coadyuven a prevenir, sancionar y erradicar la trata de personas, mediante un Protocolo Federal de Atención a Víctimas, a través de un modelo asistencial estructurado, ya que el denominado Programa Nacional para prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, a cargo de dicha comisión, se encarga de analizar la Política del Estado Mexicano frente a los delitos de trata, observando protocolos de atención de manera generalizada, sin establecer de manera concreta alguno en particular que tenga como fin la integridad y protección de la víctima, ya que independientemente de la modalidad del delito, la atención y compensación debe realizarse de manera fáctica, en beneficio absoluto de las mismas.

Por cuanto hace al delito sexual en menores, es importante destacar que tal delito no se encuentra tipificado en el ordenamiento penal, pues únicamente se alude al abuso sexual de manera generalizada en el artículo 260 del Código Penal Federal, en el entendido de que “comete el delito de abuso sexual quien ejecute en una persona, sin su consentimiento, o la obligue a ejecutar para sí o en otra persona, actos sexuales sin el propósito de llegar a la copula”, imponiendo una pena de seis a diez años de prisión y hasta doscientos días multa. Sin puntualizar una configuración del delito que contemple una sanción personalísima para el

abuso sexual infantil, puesto que median características del delito muy distintas, al tratarse de una relación de absoluta desigualdad, donde a diferencia del abuso sexual general, si puede mediar la cópula dentro de tal contemplación, pues mediante ese término, se alude a todo hecho por medio de la cual, un menor es obligado por un adulto a ejecutar un acto sexual sin su voluntad y mediante diversos medios de coacción, habiendo o no cópula.

De manera que, al no haber tipicidad específica, tampoco se contemplan medidas reparadoras y asistenciales que persigan la defensa de la dignidad e integridad del menor, así como una reparación integral del daño, siendo necesario considerar dichos hechos para una verdadera acción en contra los delitos sexuales en menores.

2.5 Desaparición forzada, tortura y arraigo.

La desaparición forzada constituye un acto de sustracción, donde un individuo es despojado de su libertad, mediante diversos medios coactivos, sin que medie su voluntad en la consecución de dicho delito, constituyendo una violación absoluta a su libertad, dignidad y seguridad.

Según la Declaración sobre la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, éstas tendrán lugar cuando se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del Gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley⁷⁹.

Por su parte, se considera como tortura, a todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación,

⁷⁹ Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, Asamblea General, resolución 47/133, 18 de diciembre de 1992.

cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia⁸⁰. Es de observar que en dicho instrumento no se considerarán torturas los dolores o sufrimientos a aquellos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas⁸¹.

De este modo, el elemento distintivo de la tortura radica en la intensidad de sufrimiento generado, aunado al de las características que ostente la víctima, con el fin de medir el grado de vulneración de que fue parte.

Por cuanto hace al arraigo judicial, este mandato judicial es considerado como una medida cautelar, a cargo del juzgador, cuando una persona es investigada por la comisión de delitos graves, cuya participación se ha asociado con el crimen organizado.

2.5.1 Antecedentes y conceptos.

El Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la Impunidad de la ONU, establece que conforme al Derecho Internacional, son considerados delitos graves: la tortura, las desapariciones forzadas, la ejecución extrajudicial y la esclavitud⁸².

El 18 de diciembre de 1992, se aprobó la Declaración sobre la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas a cargo de la Asamblea General de la ONU Resolución 47/133. Posteriormente, para diciembre del 2010 entra en vigor la Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas aprobada por la misma Asamblea General. En este punto hay que recordar lo que en la parte general relativa a los Derechos Humanos, se ha indicado sobre el valor jurídico de las declaraciones y los Tratados internacionales en la materia.

Un año después, en el año 2011, se establece la Ley del Registro Nacional de Personas Desaparecidas y Extraviadas, cuyo objeto consiste en una base de datos electrónica, sobre las personas desaparecidas, con el objeto de proporcionar apoyo en las

⁸⁰ Art. 1 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de la ONU.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Protocolo homologado de delito de tortura de Procuraduría General de la República, México, junio 2015.

investigaciones para su búsqueda, localización o ubicación de su familia y lugar de residencia⁸³. Finalmente, el 9 de agosto de 2012 se formó la Relatoría Especial sobre la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de no Repetición, a cargo del relator especial Pablo de Greiff, para el Consejo de Derechos Humanos de la ONU⁸⁴.

Por lo que hace a la tortura, hacia 1994, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, observó en México un importante número de denuncias respecto de actos de tortura o detenciones arbitrarias, lo cual es evidentemente desproporcionado frente a menor número de enjuiciamientos y condena de los culpables.⁸⁵

Para julio de 1996 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, realizó una visita a México para realizar por parte la misma, en virtud de su función de protección y salvaguarda de los Derechos Humanos, constando que la mayoría de los casos de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes, se producen en el contexto de la procuración de justicia, al ser usados en repetidas ocasiones por miembros de la policía ministerial mexicana durante la etapa de investigación previa, como método para obtener confesiones de los presuntos inculpados y/o como método de intimidación.⁸⁶

Posteriormente el 25 de mayo de 2003, el Comité contra la Tortura de la Convención para la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes de las Naciones Unidas, efectuó una supervisión al Estado mexicano, respecto a su actuación frente al delito de tortura, concluyendo que en México, la tortura ocurre de manera frecuente, calificada como una violación sistemática a los Derechos Humanos, al presentarse de manera habitual y recurrirse a ella de manera sistemática, en el marco de la investigación del delito, por parte del sistema de justicia penal y la policía preventiva, siempre disponible cuando el desarrollo de éstas lo requiera, debido a la impunidad en que permanecen los torturadores, y por la persistencia de las autoridades encargadas de impartir justicia en admitir como medios probatorios en los juicios las confesiones y declaraciones obtenidas mediante ella,

⁸³ Art. 2 Ley del Registro Nacional de datos de personas extraviadas o desaparecidas.

⁸⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos por Pablo de Greiff, 9 de agosto del 2012.

⁸⁵ ONU, CDH, Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos al Cuarto Informe del Gobierno de México, 27 de julio de 1999, documento CCPR/C/79/Add.109, párr. 7

⁸⁶ OEA, CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en México, 24 de septiembre de 1998.

no obstante las expresas disposiciones legales que declaran su admisibilidad.⁸⁷ En respuesta a ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, elaboró un Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en asuntos que involucren hechos constitutivos de tortura y malos tratos, cuyo objetivo consistía en detallar las obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los Derechos Humanos, derivadas de los delito de tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes.⁸⁸

Luego entonces, en junio del presente año, la Procuraduría General de la Republica, estableció el denominado Protocolo homologado de tortura donde se contempla también el delito de búsqueda de personas desaparecidas y desaparición forzada, con base en los Organismos Internacionales de Derechos Humanos y la mencionada Relatoría Especial del 9 de agosto del 2012, cuyo objetivo consiste en definir los procedimientos de actuación que llevan a cabo los agentes del Ministerio Público, personal de servicios periciales y policías, para una garantía de no repetición del delito, localización concreta de las víctimas y sanción eficaz a los responsables.

2.5.2 Normas vigentes.

La desaparición forzada es un delito contemplado en el art. 215 A del Código Penal Federal, considerado como un delito a cargo del servidor público que independientemente de que haya participado en la detención legal o ilegal de una o varias personas, propicie o mantenga dolosamente su ocultamiento bajo cualquier forma de detención.

Mientras por su parte, la tortura es una figura constituida en diversos ordenamientos, por cuanto hace a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ésta se contempla en el artículo 119, aludiendo al deber de los Poderes de la Unión, de los Estados y del Distrito Federal de entregar a los indiciados, procesados o sentenciados, además del aseguramiento y entrega de instrumentos el delito, ante la autoridad pudiendo celebrarse convenidos, con el Gobierno Federal quien actuará a través de la Procuraduría General de la República. En el Código Federal de Procedimientos Penales, se alude a la

⁸⁷ Organización de las Naciones Unidas , Comité Contra la Tortura, Informe sobre México, el marco del Artículo 20 de la Convención y respuesta del Gobierno, Ginebra, 25 de mayo de 2003.

⁸⁸ Dirección General de Comunicación y Vinculación Social de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en asuntos que involucren hechos constitutivos de tortura y malos tratos, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México DF, 2014.

tortura en el artículo 3 y 5, en cuanto la actuación de los policías por mando del Ministerio Público, así como a las penas y medidas de seguridad, para la consecución de una efectiva sentencia.

En el Código Nacional de Procedimientos Penales, se establece en el artículo 152, contemplando los derechos de los que dispone el detenido o imputado. Asimismo, se prevé en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, por cuanto hace a las obligaciones de los servidores públicos de establecer de manera eficaz sus competencias en materia penal.

En la Ley General de Víctimas a la que antes se ha hecho referencia, en cuanto al derecho imprescriptible a conocer la verdad y a recibir información específica sobre las violaciones de derechos o los delitos que las afectaron directamente.

Y finalmente de manera individual, se contempla en la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, cuyo objeto consiste en la prevención y sanción de la tortura, siendo observable en todo el territorio nacional en Materia de Fuero Federal y en el Distrito Federal en Materia de Fuero Común.

Por su parte el arraigo, se concibe en el artículo 16, constitucional párrafo octavo, “la autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días”.

En este caso debe mencionarse que dicha disposición ha sido cuestionada en cuanto a su validez, por ser contraria a las disposiciones contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues no se justifica la legalidad de ninguna detención por sospecha o sin que medio procedimiento judicial. No obstante, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto que en esta materia en concreto, en aplicación del principio *pro*

homine del artículo 1° Constitucional, las interpretaciones de las normas de Derechos Humanos deben ser interpretadas en lo más favorable a la persona siempre y cuando se trate de su extensión jurídica y no de su restricción, pues en este último caso se estará a lo dispuesto por la Constitución Federal.

2.5.3 Adecuación de las leyes vigentes.

La desaparición forzada constituye uno de los delitos más graves considerados hoy en día, debido a la vulneración de una serie de derechos considerados de naturaleza superior, no obstante únicamente se contempla de manera sucinta en el artículo 215 A del Código Penal Federal, señalando que: "comete el delito de desaparición forzada de personas, el servidor público que, independientemente de que haya participado en la detención legal o ilegal de una o varias personas, propicie o mantenga dolosamente su ocultamiento bajo cualquier forma de detención".

Debiendo observar que con base en el contexto mexicano, dicho delito no es exclusivo de los servidores públicos, pues hoy en día puede, se presentan desapariciones forzadas a cargo también de grupos delictivos con diversos fines, de ahí que por una parte deba concretarse en la ley tal modificación, siendo más viable la configuración establecida en la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas⁸⁹, al considerar diversos elementos en su concepción de desaparición: "cuando se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que estas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del Gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley"⁹⁰.

Asimismo, es de observar que la mayor problemática en torno a las desapariciones forzadas, consiste en la ausencia de claridad en la naturaleza del delito, debido al difícil acceso a la información que proporcionen datos para establecer tal comisión lo que conlleva

⁸⁹ Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, Asamblea General, resolución 47/133, 18 de diciembre de 1992.

⁹⁰ *Ibidem*.

a considerar tal hecho bajo otra tipificación, como puede ser un robo, u homicidio, perpetuándose de manera lamentable la impunidad, pues a falta de elementos, es difícil concebir cuando se ha tratado de una desaparición forzada que conllevó a un homicidio o un hecho que desde el principio se trató de un homicidio, sin la certeza de que mediará una desaparición previa.

Dada la incidencia de este delito en todo el territorio nacional, resulta necesario considerar la elaboración de una Ley Federal de Desaparición Forzada, que establezca protocolos de investigación eficaces, contemple la diversidad de actores que pueden perpetuarlo y los móviles del delito. Aunado a ello, resulta también indispensable un eficaz programa de prevención del delito y diversos procedimientos de búsqueda, además de una atención integral de víctimas.

Finalmente, cabe señalar que hoy en día constituye uno de los obstáculos más complejos en México, exigiendo observancia absoluta del Estado en la preservación de los derechos y el bienestar social.

Del mismo modo, por su parte, se considera como tortura, a todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia⁹¹. Es de observar que en dicho instrumento no se considerarán torturas los dolores o sufrimientos a aquellos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas⁹².

La tortura es una figura que se presenta en ambas vertientes, tanto en particulares a cargo de organizaciones delictivas como en indiciados que esperan ser juzgados, por medio de las autoridades, constituyéndose en una dualidad jurídica, ya que por un lado

⁹¹ Art. 1 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de la ONU.

⁹² *Ibidem*.

alude a un delito que atenta contra los Derechos Humanos exigiendo una sanción por parte de la autoridad, pero en la misma línea, se observa que tal condición es también un instrumento utilizado por la autoridad misma, como herramienta para esclarecer un hecho. De ahí que sea sumamente difícil concebir una adecuada defensa frente a hechos que la autoridad pretende ostentar. Resulta necesario, considerar una Ley contra la Tortura en México, que puntualice las acciones para prevenir, investigar, procesar y sancionar a aquellas personas que lleven a cabo dicho delito y en el mismo orden de ideas, erradicar el uso de la tortura como aparato de coacción interno y deslindarse del fuero que ostentan las autoridades, contemplando sanciones y procesos para aquellos servidores públicos que lo conciban dentro del proceso de investigación del delito, pues solamente así se podrá instar por avanzar en dicha materia. Incluso, podría también contemplarse aquellas normas que permitan a través de los protocolos correspondientes, la utilización de ciertos medios para la confesión de ciertas personas, en los que se ponga en riesgo o peligro la vida o integridad de personas inocentes, como podría ser el caso del extremo de terrorismo.

Además, desde una perspectiva internacional, el arraigo es considerado una medida que atenta contra los Derechos Humanos del indiciado, al observarse un indebido uso de la coacción, puesto que se establece un panorama real de individuos que no fueron procesados, pero si despojados de su libertad mientras se substancia la investigación, haciendo nugatoria la presunción de inocencia y el debido proceso legal como derechos esenciales de seguridad jurídica.

Finalmente, es de observar que tales aspectos exigen ser considerados de manera urgente, pues su inobservancia genera en forma evolutiva una serie de violaciones a los Derechos Humanos, obstaculizando el correcto y legal funcionamiento del Sistema de Justicia en México, pues no se contemplan medidas de reparación del daño a las víctimas ni protocolos de investigación y prevención, al permear de manera absoluta la impunidad y la desigualdad, hechos que en sí mismos reclaman la observancia de un Estado garantista.

2.6 Sistema Penitenciario.

En este apartado comenzaremos diciendo que el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, establece en sus dos primeros párrafos que:

“Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto”.

De la lectura de los párrafos citados, es de apreciarse que se alude al concepto de prisión preventiva, que es aquella que da lugar cuando el sujeto sin ser aún sentenciado queda privado de su libertad durante la sujeción al proceso penal, lo cual en el nuevo sistema acusatorio adversarial sólo daría lugar en casos excepcionales. Los reos que son aquellos que ya están compurgando una condena deben estar separados de los procesados, pues sin duda alguna el tratamiento para uno y otro son de distinta naturaleza. Se constituye el Sistema Penitenciario teniendo como eje fundamental el respeto a los Derechos Humanos y el objetivo primordial que es la reinserción del sentenciado, con una especial referencia al tratamiento de las mujeres que se encuentren internas en los centros de reinserción.

2.6.1 Antecedentes y fines del sistema.

En cuanto hace al Sistema Penitenciario en México, debemos señalar que una de las reformas profundas y significativas en la materia, fue precisamente en 1971 con la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, sin embargo, ésta no logró los objetivos que se buscaban ya que de acuerdo a datos estadísticos existe una sobre población en los centros de reclusión, no se logró la readaptación social del delincuente y además hay un índice alto de reincidencia en la comisión de delitos.

Aunado a lo anterior, debemos destacar que en el año 2009 se presentaron datos que arrojaron la existencia un déficit de 30.79% en la capacidad poblacional de los centros penitenciarios del país, además de la imposibilidad de mantener debidamente separados a los internos procesados de los sentenciados, contrariando flagrantemente lo que ordena el

texto constitucional. En esta época ya se afirma que existe sobrepoblación en los centros de readaptación social.

Por otro lado, debe señalarse que existe una mala distribución de la población de internos y un uso inadecuado de la infraestructura existente en el país, pues se evidencia que en determinados sitios geográficos la población es demasiado grande y en otros se reduce significativamente. Como dato, se ha señalado al respecto que el 50% de la población penitenciaria está concentrada en el 21.21% de la infraestructura. De igual forma, las estadísticas reflejan que al mes de enero de 2011, el déficit en la capacidad de los centros de readaptación social era de 21.7% (39,501 espacios). Aunado a ello, se suman algunos otros problemas como los 64 incidentes entre internos que involucraron 130 personas: 2 auto agresiones, 19 decesos, 4 suicidios, 3 fugas, entre otros⁹³.

Ahora bien, el cuestionamiento primordial ante la detección de la problemática descrita, es determinar si la mayoría de estos problemas se debe a que faltan adecuaciones a los ordenamientos legales vigentes, lo que en todo caso ha propiciado el abuso de la prisión preventiva, la convivencia entre internos de distintos niveles de peligrosidad, corrupción entre reclusos, custodios y autoridades. Aunado a que hace falta un servicio de carrera y profesionalización de las fuerzas de seguridad penitenciaria.

Aunque pueden ser diversas las respuestas a dicho cuestionamiento y con diversos matices, es posible identificar la necesidad de reformar: el diseño, organización y operación de la infraestructura, a la vez de establecer criterios generales para que las instalaciones y el personal penitenciario sean los idóneos para aplicar el nuevo modelo de reinserción plasmado por la reforma al artículo 18 constitucional de junio del 2008. Incluso, dentro de las exposiciones de motivos de diversas iniciativas de ley se argumenta que, de no realizar dichas reformas al sistema penitenciario, se perdería la batalla contra el crimen organizado ya que siguen existiendo reos que, desde dentro de los centros penitenciarios, dirigen aún actividades ilícitas, presentándose éste como uno de los objetivos de la reforma.

⁹³ Cfr. ZEPEDA LECUONA, G., *Situación y Desafíos del Sistema Penitenciario Mexicano*, México Evalúa, México, 2013, pp. 1 y ss.

Entre otros objetivos que perseguiría la adecuación del marco legal del Sistema Penitenciario, se busca garantizar la seguridad y el adecuado funcionamiento de los centros penitenciarios federales. Esto, bajo un régimen de disciplina estricto pero respetuoso de los Derechos Humanos, que facilite una eficiente, transparente y coordinada administración con todas las autoridades involucradas en el tema penitenciario⁹⁴.

2.6.2 Políticas de prevención del delito.

En este apartado venimos desarrollando lo que es el Sistema Penitenciario, desde sus antecedentes, organización y fines del mismo. No obstante, a los efectos del presente estudio resulta de especial interés considerar el aspecto de la prevención. Como se ha venido señalando desde el primer capítulo, una legislación adecuada debe serlo desde diversos niveles de racionalidad, entre los que se encuentran el jurídico-formal, pragmático, teleológico y ético. En ese sentido y bajo la óptica de que el sistema jurídico en su conjunto debe ser coherente y consistente, el Sistema Penitenciario no debe verse sólo a la luz del delincuente o infractor que requiere un tratamiento específico, sino desde las políticas públicas de prevención del delito.

Aquí cobran especial relevancia todos los órganos de gobierno que están involucrados en el Sistema de Justicia, de manera específica el Legislativo y el Ejecutivo, pues desde la discusión y aprobación de las leyes que regulen el mismo, deberá tenerse en cuenta esa interdisciplinariedad y conexión de distintas áreas de la regulación jurídica para alcanzar así mínimos satisfactorios en los objetivos generales. De este modo, la legislación del Sistema Penitenciario debe estar en concordancia con regulaciones a Derechos Humanos, Proceso Penal, Educación, Vivienda, Desarrollo Social, etc.; y, a la vez, con la Ley de Planeación y el conjunto de programas que el Gobierno Federal instaure y opere con estrategias viables que resuelvan los problemas de fondo. De ahí que, en nuestra opinión, no deben abandonarse dichas políticas de prevención y es ahí donde tiene que ponerse especial énfasis en la regulación normativa.

2.6.3 Reinserción del delincuente.

⁹⁴ Cfr. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Medidas Privativas y no Privativas de la Libertad. El sistema penitenciario*, ONU, Nueva York, 2010, pp. 7-8.

En este punto es necesario enfatizar que a partir de la Ilustración y de la aparición de la idea de los Derechos Humanos, en el sentido en que aquí han sido definidos, la noción de la pena como consecuencia jurídico-penal aplicable tras la realización de una conducta o hecho reputados como delito, deja de ser un castigo hacia a aquel que ha sido declarado responsable y culpable en la comisión de dicha conducta típica. Con anterioridad, la pena corporal era considerado un verdadero castigo que la sociedad aplicaba al delincuente como reacción ante su ofensa a los intereses públicos, que incluso podrían infligir daños en su propia persona o bienes, siendo en ocasiones susceptibles de trascender a otras personas con los que tuviera algún vínculo de parentesco⁹⁵.

Desde aquel entonces la pena vino a humanizarse y a dejar de representar un castigo para convertirse en un medio, a través del cual el infractor en la vía de individualización de la sanción y del tratamiento correspondiente, debía ser capaz de readaptarse para que con posterioridad pueda reincorporarse al grupo social al que pertenece en condiciones óptimas para el trabajo y el progreso. No obstante, a pesar de lo anteriormente señalado, esto no ha sido así, pues las prisiones en vez de ser un centro de readaptación social, son auténticas escuelas del crimen y dentro de ellas se cometen actos delictivos entre los propios internos y las autoridades penitenciarias.

Ahora mismo, el texto constitucional vigente ha modificado el término “readaptación” por el de “reinserción”⁹⁶, que finalmente refiere a que la pena como medida correctiva y de tratamiento debe tender a que el reo entre de nuevo al grupo social y con un grado de aceptabilidad del mismo, que le permita su propio desenvolvimiento y desarrollo tanto en el terreno individual como colectivo.

2.6.4 Adecuación en el nuevo sistema penal.

Como es bien sabido en el año 2008 se aprueba y promulga una reforma constitución que insta en México en Sistema Penal Acusatorio⁹⁷. En dicha reforma, se aprecia que de

⁹⁵ Sobre este tránsito de la pena como castigo a la dulzura de las penas, véase BECCARIA, C., *Tratado de los delitos y de las penas*, versión facsimilar, Porrúa, México, 1995, pp. 113 y ss.

⁹⁶ Cfr. ZEPEDA LECUONA, G., *Situación y Desafíos del Sistema Penitenciario Mexicano*, op.cit., pp. 7 y ss.

⁹⁷ Una visión general sobre este proceso penal acusatorio puede verse en UROSA RAMÍREZ, G., *Introducción a los Juicios Orales en materia Penal*, Porrúa, México, 2013.

las facultades que le eran inherentes al Poder judicial, las cuales se limitaban a la imposición de las penas; a la autoridad administrativa le correspondía llevar a cabo el cumplimiento y ejecución de las sentencias y las concesiones de beneficios pre-liberacionales, aunado a que el sentenciado no podía hacer valer sus derechos respecto de las decisiones de estos beneficios.

Ahora, en el nuevo Sistema Penal Acusatorio, se instaura el Juez de Ejecución⁹⁸, quien dentro de sus funciones puede modificar la duración de las penas, así como conceder la libertad por conversión de penas y concesión de beneficios. Así mismo, deberá procurar la reparación del daño a la víctima, mediante la tramitación del respectivo procedimiento.

A partir de dicha reforma constitucional que ha propiciado que paulatinamente se vaya instaurando dicho sistema de justicia penal, las entidades federativas han ido aprobando y publicando la Ley de Ejecución de Sanciones que regulan dichos procedimientos y facultades. A nivel federal, solamente contamos con una serie de iniciativas cuya propuesta busca facilitar a la autoridad administrativa el manejo de los centros penitenciarios, sin menoscabar las facultades del Poder Ejecutivo, que entre otras son las de proveer al Juez de Ejecución y al Agente del Ministerio público para su buen proceder. Otro de los objetivos de las iniciativas, es el desarrollo de parámetros constitucionales del nuevo paradigma penitenciario, en el que, la autoridad penitenciaria y la judicial intervendrán en el mismo procedimiento de ejecución de sanciones, respetando su competencia y estableciendo una relación de coordinación, en lugar de una de subordinación.

Ahora bien, en dicha iniciativa de Ley Federal de Ejecución de Sanciones Penales⁹⁹, se establece la estructura y el contenido de la presente ley, el cual es del tenor siguiente:

- I. TÍTULO PRIMERO, DEL OBJETIVO Y ÁMBITOS DE VALIDEZ.
- II. TÍTULO SEGUNDO, DEL SISTEMA PENITENCIARIO.
- III. TÍTULO TERCERO, DEL RÉGIMEN PENITENCIARIO.

⁹⁸ Cfr. CHAMPO SÁNCHEZ, N. M. y JUÁREZ BRIBIESCA, A., "El juez de vigilancia de ejecución de sanciones", en *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, México, 2010.

⁹⁹ Dicha iniciativa puede verse en la Gaceta Parlamentaria de la H. Cámara de Diputados en http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2011/04/asun_2766445_20110414_1302879320.pdf

IV. TÍTULO CUARTO, DE LOS REGÍMENES ESPECIALES.

V. TÍTULO QUINTO, DE LA DURACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LA PENA.

VI. TÍTULO SEXTO, DEL DESARROLLO PROFESIONAL PENITENCIARIO.

Al tenor de la misma, se procederá a hacer un análisis de la presente iniciativa de ley, a la luz de los cinco niveles de Racionalidad Legislativa a los cuales nos hemos referido ya con anterioridad.

En cuanto al nivel de racionalidad lingüístico que como sabemos se trata de la comunicación eficaz entre el creador del documento legislativo y a quién éste va dirigido, no sólo al ciudadano promedio, que es quien en principio debe acatar las oraciones prescriptivas u ordenanzas, sino también a quién debe aplicar dicho cuerpo legal, es decir, el Juez. Para obtener un alto nivel de racionalidad en este rubro, es necesario hacer un uso cabal y adecuado de la lengua, así como de puntuación y uso de los términos más comunes, todo ello con la intención de que una persona de conocimientos promedios pueda entender, de una primera lectura.

En la iniciativa de ley que venimos analizando, encontramos un vasto número de errores comunes como el uso del verbo en un tiempo verbal que poco ayuda al entendimiento, es decir, en un tiempo distinto que el infinitivo presente. Como ejemplo se hace mención de algunos casos:

Artículo 2: Para los efectos de esta Ley se **entenderá** por:

El tiempo verbal aquí empleado es el incorrecto, debe cambiarse por: Artículo 2: “Para los efectos de esta Ley, se debe entender por:”

Se aprovecha el ejemplo que se ha traído al análisis para destacar, que hace uso de un artículo completo para establecer las definiciones de conceptos que serán utilizados a lo largo de la propia ley. Sin embargo, omite incluir todos los conceptos que habrá de utilizar posteriormente. Por lo que se ve en la necesidad de definir otros conceptos en artículos ulteriores, como por ejemplo:

Artículo 4: El Sistema Penitenciario Federal es el conjunto de [...]

Lo anterior, sin omitir que en el mismo artículo donde define conceptos, también define palabras. Lo que se debió de hacer por separado. Así entonces, debió incluir el

artículo cuatro en el artículo dos y separar aquellas palabras que son conceptos de aquellas que usará posteriormente como abreviaturas.

En el nivel de racionalidad jurídico-formal, se trata de que al momento de crear una nueva ley o código, el creador tome en consideración que la ley que está discutiendo o proponiendo se insertará al ordenamiento en su conjunto, en el entendido de que todo sistema debe ser pleno, coherente y autónomo.

Ello, presupone que el creador de este nuevo ordenamiento debe tener en consideración todo el entramado de normas del sistema, ya sean anteriores o presentes, ya sean o no de la materia en específico; con lo que debe mantener la plenitud del sistema. Cuidando en su menor expresión las contradicciones que puedan surgir entre éstos y aquél (que está creando), para así encontrar la coherencia. Y por último, debe poder explicar la creación de este nuevo ordenamiento desde el sistema al que pertenece; que en este caso es el Sistema Jurídico.

En cuanto a este nivel y atendiendo a lo establecido en la exposición de motivos, podemos concluir que el legislador tomó la debida consideración del sistema al que pertenece, tanto el sistema global (Sistema Jurídico) como el particular (Sistema Penal).

Lo anterior se ve reforzado por el texto de los artículos transitorios, en específico de los numerales Segundo, Tercero, Cuarto y Sexto. Los que en términos generales señalan la aplicación de la presente Ley en relación a los ordenamientos anteriores así como su entrada en vigor, y establece plazos para la creación de reglas en la aplicación de éste.

En cuanto al nivel de racionalidad pragmático, diremos que el mismo tiene una vinculación particular con otros niveles, como son el lingüístico y el jurídico-formal. Lo anterior, debido a que en este nivel se considera la eficacia de las normas jurídicas que están siendo creadas e incorporadas al ordenamiento, precisando que dicha eficacia debe considerarse tanto como cumplimiento y como aplicación.

Por tanto, la relación con el nivel lingüístico prácticamente se explica por sí misma, pues sería incongruente considerar que los destinatarios habrán de cumplir y aplicar el ordenamiento que está siendo creado no siendo capaces de entenderlo en cuanto a su significación.

Más aún, en cuanto al nivel jurídico-formal encuentra su vinculación con el presente nivel debido a que entre más se consideren los factores inherentes al sistema al que pertenece la nueva creación, más fácil será conseguir que se aplique y que se cumpla sin que, al mismo tiempo, se incumpla con otras normas adyacentes.

En cuanto a este nivel, también observamos que claramente establece las facultades que el aplicador de dicho ordenamiento tiene, así como la coadyuvancia que debe imperar entre los distintos poderes, que participan en el procedimiento que prescribe.

En el nivel de racionalidad teleológico, como su nombre lo indica, busca conseguir un fin. Así entonces se evaluará la nueva ley o código a la luz del cumplimiento que ha conseguido obtener del fin último para el que fue creado. Para poder hacer un análisis objetivo de éste nivel de racionalidad, es menester, tomar en consideración el tiempo de aplicación del ordenamiento creado, así como de diferentes factores que pueden llegar a interrumpir la consecución de esos fines últimos. Entre estos factores, podemos encontrar la corrupción, la burocracia, la apatía, la poca preparación, entre otros por parte de los operadores del dicho sistema. Así mismo, es importante señalar que este nivel se encuentra vinculado directamente con el pragmático, desde un punto de vista de dependencia, pues para conseguir el fin último, el ordenamiento debe ser aplicado y cumplido.

Para este nivel teleológico, podemos aseverar que no se ha logrado el fin que se persigue pues los centros penitenciarios federales han sido muy vulnerables por lo que toca a la Administración Pública Federal. En este año se fugó de un Centro de Máxima seguridad, el hombre más buscado por las autoridades policiales, Joaquín "El Chapo" Guzmán. Más aún, todos los días se escucha y se lee en los medios, acerca de nuevos grupos delictivos que operan desde dentro de los centros penitenciarios, hecho que es de suma relevancia en la exposición de motivos y que no se ha logrado detener. Por lo que no es descabellado pensar que este ordenamiento, no sólo es susceptible de carecer de una racionalidad teleológica, sino que no ha logrado adecuarse al sistema al que pertenece pues de lo contrario, podría haber una consecución de éste fin. Así mismo, los centros penitenciarios siguen presentado una sobrepoblación, hecho que también fue reiterado a lo largo de la exposición de motivos y que no ha sido resuelto, como se plantea.

Finalmente, en cuanto al nivel de racionalidad ético, tenemos que el documento de iniciativa de ley, carecerá de racionalidad si no se encuentra sustentado en la ética pública, lo cual podría ser a través de la persecución de fines ilegítimos o porque prescriba comportamientos moralmente inaceptables. Para el nivel de racionalidad ética, podemos aseverar que el interés del legislador se encuentra en el lugar correcto. Pues la principal preocupación de la población en general es la seguridad de sus patrimonios y de un acceso cierto y garantizado a la justicia. Así, éste es el sustento en la ética pública que se favorece de establecer comportamientos moralmente aceptables.

En conclusión, encontramos que esta iniciativa de Ley Federal de Ejecución de Sanciones Penales, se encuentra viciada en su mayor parte de una irracionalidad de nivel lingüístico y pragmático, aún y cuando cumple de cierta manera con el nivel jurídico-formal y ético. Sin embargo, y dadas las circunstancias del país así como del universo del sistema de justicia penal; y de otros factores que tienen una gran injerencia en éste, concluimos que si bien es un esfuerzo plausible y que se busca profundizar, es claro que el trabajo del legislador y del aplicador de este ordenamiento aun es inmenso.

No siendo óbice a lo anterior, que también deba buscarse mejorar en otros aspectos que tienen injerencia en la aplicación de las normas penales, como una mejor preparación de los agentes del Ministerio Público, así como del personal de los juzgados penales y de los centros penitenciarios (todos los cuales contempla la presente ley) y que no se han vistos reflejados en una verdadera aplicación jurídica de los preceptos que se establecen en el ordenamiento que se analiza.

2.7 Sistema penal de menores en conflicto con la ley penal.

El Sistema de justicia penal para adolescentes se encuentra constituido y regulado en los párrafos 4°, 5° y 6° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que expresamente señalan:

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

La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.

Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. El proceso en materia de justicia para adolescentes será acusatorio y oral, en el que se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia de las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales al hecho realizado y tendrán como fin la reinserción y la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito”.

2.7.1 Antecedentes.

A raíz de la reforma al artículo 18 constitucional publicada en el D. O. F. el día 12 de diciembre de 2005, se establece un “Sistema Integral de Justicia para Adolescentes en conflicto con la ley penal”¹⁰⁰, aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito en las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad. Con este México adopta la doctrina integral de los derechos de la niñez.

Entre los instrumentos internacionales que sirvieron de base para la consolidación del Sistema de Justicia Penal para Adolescentes, podemos concretamente destacar:

- Declaración de los Derechos del Niño (1959).
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989).
- Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de los Menores (Reglas de Beijing de 1984).
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad de 1990).
- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (1990).

En la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, concretamente en su artículo 40 establece las siguientes obligaciones para los Estados Parte:

¹⁰⁰ Cfr. CALERO AGUILAR, A., “El nuevo sistema de justicia para adolescentes en México”, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2758/9.pdf>, pp. 252 y ss.

- Los Estados Parte deberán promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los menores que hayan infringido las leyes penales.
- Los Estados Parte deben instaurar un sistema de protección integral, que garantice a los menores infractores, el respeto de todos los derechos de los acusados por la comisión de delitos.
- Todo Estado Parte debe establecer una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad de infringir las leyes penales.

Ahora bien, en las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de los Menores, también conocidas como Reglas de Beijing, hay un rubro dedicado al Tratamiento en Establecimiento Penitenciario¹⁰¹. En ese tratamiento concretamente en la regla 13 se establecen los siguientes principios: **A)** Indica que la prisión preventiva debe aplicarse únicamente como medida de último recurso y durante el menor tiempo posible. **B)** Siempre deben adoptarse medidas que sustituyan al internamiento. **C)** Los Estados deben tomar medidas a efecto de evitar la influencia negativa de los delincuentes adultos, pero dichas medidas deben tener al menos la eficacia de las previstas en la regla.

En esas mismas Reglas de Beijing, concretamente en el numeral 17, se establecen los requisitos y condiciones para aplicar medida de internación a los menores infractores y entre las cuales podemos destacar las siguientes: **A)** La respuesta debe ser proporcional a las circunstancias, a la gravedad del delito y a las necesidades del menor y de la sociedad. **B)** La restricción de la libertad personal se reducirá al mínimo posible y después de haberse realizado un estudio minucioso. **C)** La privación de la libertad personal únicamente procederá en caso de delito grave, en donde concurra la violencia en contra de otra persona o bien porque el menor haya incurrido anteriormente en otros delitos graves.

2.7.2 Normas aplicables vigentes.

De acuerdo a las normas constitucionales, de Tratados Internacionales y legales vigentes en materia de Justicia Penal para Adolescentes, se ha constituido un sistema integral que en términos generales reúne las siguientes características esenciales:

¹⁰¹ Véase <http://www.eduso.net/res/pdf/15/reglas-de-beijing-UN-1985.pdf>

- Se distinguen dos grupos: menores de doce años y mayores de doce y menores de dieciocho.
- Los menores de doce años sólo serán sujetos de rehabilitación y asistencia.
- Reconocimiento a que se garantice a los adolescentes los Derechos Humanos que reconoce la Constitución mexicana.
- La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados.
- El sistema será aplicable en toda la República en el ámbito federal y cada uno de los Estados y el D.F. tienen facultades para legislar en el ámbito de sus competencias.
- Únicamente pueden ser sujetos del sistema aquellos a los que se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito.
- En todos los procedimientos se observará la garantía del debido proceso legal.
- Debe existir independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y aquellas que impongan las medidas.
- Se podrán aplicar medidas de orientación, protección y tratamiento.

Ahora bien, actualmente contamos con la Ley Federal de Justicia para Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 27 de diciembre de 2012 y que entró en vigor el 27 de diciembre de 2014. Entre los motivos de su creación se expusieron entre otros: el dar respuesta a una justicia de adolescentes, donde prevalezcan los derechos fundamentales, porque es necesario el reconocimiento pleno de esos derechos humanos a través de un instrumento en el que garantice plenamente un debido proceso legal.

El objetivo primordial es lograr una efectiva implementación de la reforma constitucional de 2005 en lo que se refiere a la Federación, en el sentido de crear un sistema integral de justicia para adolescentes que establezca una legislación especial y se conformen las instituciones y autoridades especializadas que respeten los derechos y las garantías fundamentales. La pregunta es, si la reforma es del 2005 ¿Por qué la ley federal de justicia para adolescentes se publicó hasta el 2012 y por si fuera poco fue vigente dos años después?

El niño o adolescente (menor de dieciocho años) debe de ser considerado como un sujeto de derecho, con derechos y obligaciones, y no como un mero objeto de la tutela estatal y familiar y esto lo vemos reflejado en el artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño, que dice: *"Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño"*

Entonces, de esta manera el niño o adolescente, en todos los actos jurídicos y procesales en que esté implicado, se va a formar su propio juicio o criterio y será oído. De esta manera se le otorga al niño la categoría de ser racional, de ser con dignidad, de alguien que tiene algo que decir.

Con base a la recomendación de la Organización de las Naciones Unidas, se plantea un sistema de justicia que se aplica únicamente a las personas que tengan entre doce años y dieciocho años; se implementa un sistema de justicia de adolescentes, esto significa que contiene un sistema especializado, reconocimiento de los principios de protección integral, el implemento de formas alternativas de justicia, la observación del debido proceso legal, la independencia de las autoridades que hagan la remisión administrativa y los que impongan las medidas judiciales, empleo de medidas proporcionales a la conducta realizada, con la finalidad de obtener la integración social y familiar del adolescente y el internamiento que se utilizara como utilizado medida extrema.

En los primeros artículos de la Ley vemos plasmados algunos de los objetivos de la misma, como la creación de un Sistema Federal de Justicia para los Adolescentes, en el cual se van a incluir los órganos, las instancias, procedimientos, principios, derechos y garantías previstas, y de igual manera los derivados de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Y su aplicación será a quienes entre los doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, se les atribuya o compruebe la realización de una o varias conductas tipificadas como delito competencia de las autoridades federales.

2.7.3 Análisis legislativo y adecuación viable actual.

En este apartado nos iremos refiriendo a cada uno de los niveles de racionalidad legislativa, así como a las propuestas de modificación o reforma que pudieran ser pertinentes en este momento. En los primeros artículos de la Ley Federal de Justicia para Adolescentes, la racionalidad lingüística se ve muy claramente identificada, porque nos da un listado de definiciones para los efectos de aplicación e interpretación de la misma, además de señalar quienes son los sujetos de la citada ley, los principios que derivan de esta, y algunas abreviaturas, para que a lo largo de la ley no sea repetitivo algún término.

Aunque en el artículo 8, donde se encuentran las definiciones para los efectos de la ley, habla de *Unidad Especializada para adolescentes* y del *Centro de Internamiento*, ambos dependientes de la Secretaría de Seguridad Pública Federal, los cuales a nuestro juicio han quedado desfasados del sistema pues ya desapareció dicha dependencia del Ejecutivo Federal.

Además, encontramos irregularidades, como cláusulas abiertas en los siguientes artículos: 10 fracción primera, 12 primer párrafo, 13 primer párrafo, 20, 22, 23 fracción primera, 24 donde nos da lugar para abarcar más supuestos, porque nos dirigen a otra legislación aplicable, y no la especifica de manera expresa para tener más certeza de lo que se habla.

Se encuentra una redundancia legislativa a manera de repetición en lo que se refiere a los artículos 1 y 3, en el primero menciona que la ley tiene como objeto "*la creación del Sistema Federal de Justicia para Adolescentes, el cual incluye a los órganos, instancias, procedimientos, principios, derechos y garantías previstos, y derivados de la Constitución Política de los Estados Unidos...*" y en el artículo 3 hace la misma mención de las autoridades, de los procedimientos, derechos y garantías. Hubiese bastado con el artículo 1 y su regulación.

Otra inconsistencia a modo de redundancia la encontramos en el artículo 4 donde establece los principios, ya que en el artículo 1 nos dice que la ley tiene como objeto la creación del Sistema Federal de Justicia para Adolescentes y que se van a incluir los principios, derechos y garantías derivados de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el artículo 4 de manera repetitiva menciona algunos que ya están en la

constitución, por lo que se considera pertinente y conveniente que solo se mencionen los que no estén previstos en la constitución.

En varios artículos se encuentra de manera incorrecta el verbo núcleo de la acción, debe de estar en infinitivo presente y no lo está, por ejemplo, en el artículo 23 dice: *“Los agentes de las policías que en el ejercicio de sus funciones tengan contacto con niños, niñas, adolescentes o adultos jóvenes presuntamente involucrados en conductas tipificadas como delito en las leyes federales, deberán ejercer sus funciones conforme a los siguientes deberes...”* Y tendría que quedar de la siguiente manera, *“deben ejercer sus funciones conforme...”*

En el artículo 29 se señala que, *el Ministerio Público de la Federación para Adolescentes estará obligado a solicitar la reparación del daño; y el Juez de Distrito Especializado para Adolescentes deberá pronunciarse al respecto. Lo correcto es, está obligado a solicitar... y debe pronunciarse al respecto.*

El artículo 37 establece: *En los casos de conductas tipificadas como delito que se persiguen sólo por querrela, el Ministerio Público de la Federación para Adolescentes estará obligado a promover el acuerdo conciliatorio, en los términos de esta Ley.* Lo ideal es: *“... está obligado a promover...”*

Algunas de las modificaciones propuestas quedarían de quedarían de la siguiente manera, en el artículo 161: *El Ministerio Público de la Federación para Adolescentes puede desistir de sus recursos, mediante solicitud fundada y motivada.* En el artículo 55: *Para imponer cualquier tipo de medida cautelar, el Ministerio Público de la Federación para Adolescentes debe acreditar ante el Juez de Distrito Especializado, la existencia del hecho atribuido y la probable participación del adolescente o adulto joven, a quien puede imponer una o varias de las medidas cautelares previstas en esta Ley, y dictar las órdenes necesarias para garantizar su cumplimiento.*

En el artículo 128 no hay precisión, ni claridad porque habla de un Reglamento que no se especifica, e incluso puede ser inexistente.

Los principios que emanan de esta ley como el de especialización, que se refiere a que desde el inicio del proceso, todas las actuaciones y diligencias estarán a cargo de

órganos especializados en materia de justicia para adolescentes; está contemplado de manera exhaustiva ya que es acorde a lo que dice la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 14 segundo párrafo. De acuerdo con la racionalidad jurídico-formal convive de manera armónica con el sistema.

De acuerdo con la racionalidad pragmática que es determinada por la eficacia, la aplicación y cumplimiento, veremos que en el artículo 31 párrafo tercero hace referencia a que *“Las pruebas serán valoradas por los jueces según la sana crítica, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia”*. Estas cláusulas o fórmulas estereotipadas del lenguaje jurídico llevan a mucha imprecisión, que finalmente se refieren a la correcta apreciación y fijación de los hechos probados en juicio y la debida argumentación en las resoluciones, lo cual en ocasiones está plasmado de deficiencias en la parte valorativa de las pruebas. Tal vez podrían establecerse reglas más específicas a las que estuvieran obligados los jueces y sobre todo en materia de menores. Aunado a ello, no debe olvidarse el problema de corrupción existente en todo el sistema de justicia penal, lo cual en la gran mayoría de ocasiones deja insubsistente e inaplicable gran parte de las normas y los fines que las mismas persiguen.

Por otro lado de acuerdo con el artículo 148 la Unidad Especializada debe verificar que los centros federales de internamiento tengan la capacidad para internar personas en condiciones adecuadas, pero investigando esto en realidad no es así, de acuerdo con la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) la cual reportó al Senado la existencia de irregularidades que registra la mayoría de los 56 Centros de Tratamiento Interno para Adolescentes, nos revela que en 66% de estos centros, los adolescentes sufren abusos como golpes, insultos, amenazas, permanencia en posturas forzadas, uso de esposas por lapsos prolongados, utilización de gas pimienta, vendas en los ojos, despojo de ropa y encierro en celdas insalubres. Y la ley nos señala todo lo contrario, que las instalaciones sanitarias deben estar limpias y situadas de modo que los menores en internamiento puedan satisfacer sus necesidades fisiológicas con higiene y privacidad.

La mayoría de los adolescentes infractores sufre maltratos, que incluye comida escasa, de mala calidad, en proceso de descomposición y con un bajo nivel nutritivo, y en la

ley nos dice que no debe de ser así, sino que los comedores deben contar con mobiliario adecuado y suficiente para que la ingesta de alimentos se dé en condiciones de higiene y dignidad;

El centro de tratamiento de Ciudad Cuauhtémoc, Chihuahua, que tiene capacidad para 55 internos, en realidad tiene 94, o sea que no se está cumpliendo con lo prescrito en la ley cuando dice que, los dormitorios deben contar con luz eléctrica y tener una capacidad máxima para cuatro personas y que deben estar equipados con ropa de cama individual, que deberá entregarse limpia, mantenerse en buen estado y mudarse con regularidad por razones de higiene. Entonces nos damos cuenta que no hay una eficacia en lo prescrito en la ley.

Por otro lado en el artículo tercero transitorio, nos dice que dentro del plazo de entrada en vigor de la ley, el Ejecutivo Federal y las autoridades federales correspondientes, deberán expedir los reglamentos que se prevén en esta Ley, así como realizar las adecuaciones presupuestales y orgánicas correspondientes, a esto nos referimos con los elementos pragmáticos, como el factor económico. Al parecer se encuentran algunas inconsistencias en la ley, no se utilizan las características de los manuales, y puede ser a consecuencia de ello que tengamos unas leyes tan extensivas y mal redactadas.

2.8 Fiscalía General de la República.

La Procuraduría General de la República en México ha sido la dependencia del Ejecutivo Federal, que tiene a su cargo la investigación de los delitos y su persecución en el proceso penal. Aunque una reforma a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal dejó de contemplarla dentro de las dependencias de la Administración Pública Centralizada, tras la reforma constitucional al artículo 102 en donde el Procurador dejó de ser nombrado y removido libremente por el Ejecutivo, para que su ratificación fuera facultad del Senado de la República a propuesta del propio Ejecutivo. No obstante, a nuestro juicio no dejó de ser dependencia pues su remoción siguió siendo facultad exclusiva del Ejecutivo Federal.

Ahora, transformada en Fiscalía General de la República, a partir del año 2018 se concibe como un órgano público autónomo de acusación, especializado en la investigación

del delito y procuración de justicia, dotado de personalidad jurídica y de patrimonio propios, mediante esta transformación de la Procuraduría General de la República.

2.8.1 Naturaleza jurídica.

Como consecuencia de la reforma del 18 de junio del 2008 que modificara siete artículos en materia penal, uno de ellos el artículo 20 constitucional, se establece un cambio en el sistema penal, al pasar de un sistema mixto a un sistema penal acusatorio, cuyas características permiten regirse bajo principios procesales de publicidad, inmediación, contradicción, continuidad y concentración, además de la plena observancia de los Derechos Humanos de las víctimas y de los imputados.

El 10 de febrero del 2014, con el objetivo de modernizar tanto el sistema de justicia penal como las instituciones que la procuran bajo decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, se reformó el Apartado A del artículo 102 constitucional¹⁰², por cuanto hace a la transformación de la Procuraduría General de la República en una Fiscalía General de la República, como órgano constitucional autónomo con independencia orgánica, presupuestal y funcional, a cargo de un Fiscal General, dotándolo de características de inmediatez, al estar configurado en la constitución, esencialidad, al ser necesario para que el Estado cumpla adecuadamente con sus funciones, influencia en la dirección política del Estado, considerando que tiene injerencia en sus decisiones sustantivas, paridad de rango, luego de haber estado subordinado orgánicamente al Ejecutivo Federal y no depender de ningún Poder del Estado, sino convertirse en otro órgano constitucional autónomo¹⁰³.

Posteriormente, hacia el 23 de septiembre del mismo año, se conforma una iniciativa de decreto para expedir la Ley de Fiscalía General de la República, en apego a lo establecido en el Código Nacional de Procedimientos Penales, cuyo objetivo principal radica en fortalecer la figura del Ministerio Público, desde la perspectiva de su función en representación de la sociedad. No obstante, es de observar que hoy en día, dicha Ley aún no se ha aprobado ni entrado en vigor.

¹⁰² Gaceta Parlamentaria, LXII Legislatura Cámara de Diputados, Año XVII, Número 4117 –IX, septiembre de 2014.

¹⁰³ *Ibidem*.

2.8.2 Marco jurídico vigente.

Actualmente, su denominación jurídica, se localiza en el artículo 102 apartado A. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecerse que el Ministerio Público se organizará en una Fiscalía General de la República como Órgano Público Autónomo, dotado de personalidad jurídica y de patrimonio propios, estableciendo las facultades del mismo, mediante la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal y la solicitud de las medidas cautelares contra los imputados. Además de buscar y presentar las pruebas que acrediten la participación de los mismos en hechos que las leyes señalen como delito, procurar que los juicios federales en materia penal se sigan con toda regularidad para que la impartición de justicia sea pronta y expedita.

Aunado al contenido del artículo 21 del mismo ordenamiento, respecto a la investigación de los delitos, ejercicio de la acción penal, imposición de las penas, así como lo relativo a la Procuración Justicia y como órgano del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

2.8.3 Necesidades de actualización legislativa.

Es de observar, que su función se pretende ejercer mediante la representación de la sociedad, garantía de acceso a la justicia y plena observancia de los Derechos Humanos, sin embargo para hacer efectivo dicho objetivo, deberán tomarse en cuenta diversos aspectos tales como:

- a)** Establecerse de facto como un órgano autónomo, sin inmiscuirse ningún otro, esto con el fin de lograr los resultados que se pretende obtener, poniendo a prueba su capacidad independiente de constitución y actuación en aras de la justicia.
- b)** Implementación de protocolos eficaces de investigación y combate al delito a través de procedimientos que describan un plan de actuación de acuerdo al mismo, con el fin de salvaguardar la justicia y dotar de plena eficacia a la ley.
- c)** Fijar una verdadera transformación en el funcionamiento del Ministerio Público, mediante reglas de actuación que inste por el combate a la delincuencia y la prevalencia de una justicia pronta, eficaz y expedita, quizás la tarea más difícil, recae en reestructurar la acreditación social de dicho órgano, ya que hoy en día debido a

la presencia de la corrupción e impunidad en el sistema, se constituye una instancia socialmente desprestigiada, formular protocolos de atención a las víctimas del delito, que garanticen la reparación integral del daño, en apego a la observancia de los derechos humanos y la configuración de una sentencia imparcial, aplicando la ley de manera generalizada, combatiendo con ello a la impunidad.

- d) Velar por los derechos de los imputados, haciendo observable de manera estricta la presunción de inocencia, con el fin de no coartar los derechos humanos del individuo que no fuere responsable.

Es de observar que un punto toral en dicha transformación, recae en el establecimiento de una verdadera profesionalización de los operadores de procuración de justicia, dotándolos del conocimiento y las herramientas necesarias que les permita desarrollar de manera eficaz su actuación.

Finalmente, la principal necesidad de actuación legislativa, recae en la presentación de resultados fácticos, que logren transformar el Sistema de Justicia Penal en México y no solo se constituyan como pretensiones que buscan perfeccionarse, para lo cual resulta necesario la aprobación de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República que la contemple con su nueva naturaleza jurídica y con los órganos y facultades inherentes a su nuevo estatus y función.

2.9 Lavado de dinero.

En este punto comenzaremos diciendo que “blanquear dinero ya no tiene hoy más que un significado: reciclar fondos ilegales o negros en la economía y finanzas legales”¹⁰⁴. Y dicho dinero negro procede fundamentalmente del narcotráfico, seguido del comercio ilegal de armas y la defraudación fiscal. Este fenómeno se ha dado en todas las partes del orbe y evidentemente en México, representa un problema grave toda vez que en nuestro país se generan grandes sumas por actos ilegales de los antes citados.

En México contamos con la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, publicada en el Diario Oficial de la

¹⁰⁴ CUISSET, A., *La experiencia francesa y la movilización internacional en la lucha contra el lavado de dinero*, Procuraduría General de la República, México, 1996, p. 21.

Federación el 17 de octubre de 2012 y entró en vigor nueve meses después de su publicación, en donde se pueden identificar diversas fallas en lo que sería el contenido, teniendo diversos problemas en la comunicación al momento de transmitir el lenguaje normativo, tanto con el aplicador como quien debe cumplir la norma.

En este caso la Ley en sentido general carece de claridad ya que a nuestro parecer la sociedad en general tendría problemas al momento de leer dicho texto, así como para comprender su contenido y hacer valer el derecho, abstenerse o cumplir las obligaciones en él establecido, ya que su alto grado de lenguaje técnico no permite entender de manera sencilla al destinatario como debe conducir su actuar.

Del contenido de la ley se puede apreciar en lo general que intenta dejar de lado las posibles ambigüedades o vaguedades que pudiese tener su cuerpo normativo, agregando un artículo de definiciones en el artículo 3, aunque como podemos notar en lo subsecuentes artículos se vuelve a definir lo ya definido haciendo la ley tediosa y extensa.

Encontramos también diversas deficiencias como lo es el caso de las llamadas cláusulas abiertas y el recurso lingüístico conocido como elipsis ya que el legislador considera o da por sentados conceptos o figuras, siendo también impreciso en las remisiones en tanto omite precisar cuáles son dichas disposiciones a las que nos remite los diversos artículos de la ley analizada, no siendo específico y considerando que el destinatario o aplicador de la norma conoce el cúmulo de normas relacionadas y las demás reglas generales del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en este punto tenemos como objetivo precisar en los diversos artículos de la Ley las fallas que el legislador no detectó al momento de su creación, así como su posible modificación o reforma de lo que a nuestro parecer sería lo correcto.

En cuanto al nivel de racionalidad lingüística o comunicativa, encontramos diversas fallas, puesto que los verbos núcleos de las acciones no se encuentran en infinitivo presente como lo señala una adecuada técnica legislativa, además encontramos cláusulas abiertas y elipsis. Como ejemplos de ello podríamos citar:

Artículo 6. La Secretaría tendrá las facultades siguientes

VIII. Las demás previstas en otras disposiciones de esta Ley y otros ordenamientos jurídicos aplicables.

Sobre ello, podemos decir que el verbo núcleo de la acción no está en infinitivo presente ("tendrá"); hay una cláusula abierta en donde no se enuncia las atribuciones de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, no siendo la norma específica ("las demás").

En este caso la propuesta de redacción sería: Se propone la siguiente redacción: "la Secretaría de Hacienda y Crédito Público puede ejercer para cumplir con el objetivo de esta ley las siguientes facultades descritas en el presente artículo así como las demás que se encuentre expresamente su reglamento".

Dentro de la ley encontramos muchas remisiones genéricas e indeterminadas a otras disposiciones jurídicas, se pueden encontrar múltiples ejemplos de dichas remisiones, pero nos enfocamos a analizar el siguiente artículo:

Artículo 15. Las Entidades Financieras, respecto de las Actividades Vulnerables en las que participan, tienen de conformidad con esta Ley y con las leyes que especialmente las regulan, las siguientes obligaciones:

I. Establecer medidas y procedimientos para prevenir y detectar actos, omisiones u operaciones que pudieran ubicarse en los supuestos previstos en el Capítulo II del Título Vigésimo Tercero del Código Penal Federal, así como para identificar a sus clientes y usuarios; de conformidad con lo establecido por los artículos 115 de la Ley de Instituciones de Crédito; 87-D, 95 y 95 Bis de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito; 129 de la Ley de Uniones de Crédito; 124 de la Ley de Ahorro y Crédito Popular; 71 y 72 de la Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo; 212 de la Ley del Mercado de Valores; 91 de la Ley de Sociedades de Inversión; 108 Bis de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro; 140 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, y 112 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Como crítica a este precepto en concreto podemos decir que el problema que se puede apreciar en este artículo, consiste en nuestro parecer que la ley es hasta cierto punto innecesaria ya que este artículo en su fracción primera hace mención a demasiadas leyes

del sector financiero e inclusive en materia penal, lo cual hace que el aplicador y destinatario de la misma, que puede o no ser experto en dicha área del derecho tendría un alto grado de incertidumbre jurídica para saber cuándo una actividad que realice una institución financiera dentro de su objeto social o un particular al realizar una operación de servicio, activa, pasiva, etc. que les ofrecen dichas entidades, está actuando o se pueda presumir que utiliza recursos obtenidos de manera ilícita para realizar las mismas. Es decir, estaríamos ante un grado alto de incertidumbre para saber cuál es la ley que de manera específica se aplicará al caso concreto que se presente.

Aquí podríamos proponer limitar el uso de remisiones genéricas o en su defecto y lo que consideramos sería lo más armónico, es que en cada una de las leyes especiales de los sectores financieros que tiendan a realizar actividades consideradas por esta Ley como “vulnerables”, agreguen un capítulo donde se especifique qué procede en los casos donde se actúe con recursos de procedencia ilícita.

En cuanto a la racionalidad pragmática y teleológica, un ejemplo de falta o defecto en este tipo de racionalidad lo encontramos claramente en el artículo 2 de la ley analizada, donde se especifica el objeto de la misma:

Artículo 2: “El objeto de esta Ley es proteger el sistema financiero y la economía nacional, estableciendo medidas y procedimientos para prevenir y detectar actos u operaciones que involucren recursos de procedencia ilícita, a través de una coordinación interinstitucional, que tenga como fines recabar elementos útiles para investigar y perseguir los delitos de operaciones con recursos de procedencia ilícita, los relacionados con estos últimos, las estructuras financieras de las organizaciones delictivas y evitar el uso de los recursos para su financiamiento”.

En este sentido podemos constatar que en el terreno fáctico no se ha podido disminuir que se utilicen recursos de procedencia ilícita e incluso desde que la Ley entró en vigor en el año 2012 hasta el año anterior, ha ido en aumento el uso de estos recursos ilícitos en delitos financieros como lo es el lavado de dinero, por lo tanto podemos notar que la ley no ha dado los resultados esperados, y lo que es aún más grave, no sólo no ha disminuido sino

que por el contrario encontramos un aumento en dichos recursos de procedencia ilícita incluso en ex servidores públicos.

Si bien es cierto la ley busca una mayor transparencia al momento de realizar operaciones que tengan de por medio pagos en efectivo, consideramos que el espíritu del legislador es en principio evitar que el dinero de procedencia ilícita contamine el sistema financiero mexicano, además de fortalecer los mecanismos de colaboración y cooperación entre las instituciones del país encargadas de investigar y procurar justicia; la Ley no tiene como objetivo perjudicar al empresario o al emprendedor, solo regula el uso de efectivo, es decir, aún se podrá comprar bienes y prestar servicios mediante pago en efectivo, pero quizás no por su valor total, lo cual como se analizará en posteriores líneas va en contra de diversas normas de carácter privado, por lo tanto se puede concluir que si bien el legislador tiende a crear con la presente Ley un universo donde se transparente todos los recursos de cualquier persona, lo hace desde nuestro punto de vista de una manera muy radical y arbitraria, a veces vulnerando Derechos Humanos de particulares que actúan de manera lícita.

En cuanto a la racionalidad jurídica formal, podemos analizarlo a la luz y conforme a la teoría de sistema, en el entendido de que la Ley no puede ser por sí misma autónoma, sino que la misma se debe ajustar a las demás normas generales del sistema jurídico mexicano, toda vez que si no se consideran los demás ordenamientos legales se podrían generar antinomias e inconsistencias, teniendo como consecuencias un bajo índice de efectividad y cumplimiento la norma.

Como ejemplo de ello podríamos citar:

Artículo 32. “Queda prohibido dar cumplimiento a obligaciones y, en general, liquidar o pagar, así como aceptar la liquidación o el pago, de actos u operaciones mediante el uso de monedas y billetes, en moneda nacional o divisas y Metales Preciosos, en los supuestos siguientes”:

Como se puede apreciar hay una norma con carácter deóntico prohibitivo, en este caso es una mala técnica legislativa ya que los redactores de la ley analizada no tuvieron presente al momento de su creación las disposiciones del Código Civil para el Distrito

Federal en su artículo 2062, el cual establece que el Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido, entonces si en este caso de manera tajante se prohíbe dar cumplimiento a las obligaciones, recordando estas como un vínculo jurídico entre dos personas, se estaría paralizando el sistema de pagos del país provocando esto un incumplimiento a las mismas y generando las consecuencias obvias que el incumplimiento trae aparejado como la rescisión de los contratos, cumplimiento forzoso de la misma o el pago de intereses moratorios o penas convencionales; pero ahora no proveniente del deudor, sino porque leyes externas al acuerdo de voluntades establecen mayores requisitos para dar cumplimiento a las obligaciones.

También es posible percatarse de esta contrariedad en el artículo 1796 del citado Código Civil, el cual de manera general establece que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la Ley y desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado y no más allá de lo que imponga un tercero ajeno a la relación contractual.

En esencia el artículo 32 de la ley analizada en sus diversas fracciones habla de transmisión de la propiedad, entendiendo esta en términos generales como la compraventa lo cual contraviene de manera tajante los artículos 2248 y 2249 del Código Civil, siendo esta perfecta y obligatoria cuando acuerdan las partes entre el precio y el objeto sin que el primero haya sido pagado y el segundo entregado, en ese momento se crea el vínculo, luego entonces al leer la ley analizada podemos notar que viola tajantemente diversas disposiciones del Código Civil entrometiéndose de gran manera el Estado en las cuestiones de naturaleza privada.

Por último, en cuanto a la racionalidad ética, se considera que el legislador al momento de crear la ley, no contempló cuestiones de Ética Pública, en el sentido de que “apunta” a todos con el dedo ya sea a las empresas y-o cualquier persona que realice alguna de las actividades consideradas como vulnerable, lo cual hace que etiqueten a una persona que actúa lícitamente, como un posible coadyuvante del crimen organizado lo cual es

erróneo y primeramente debería realizarse investigaciones respectivas, auténticas y de carácter científico a los establecimientos conforme a lo establecido en las leyes y no visitas de juego donde a través de actos de corrupción con los verificadores, se obtiene el reporte deseado y no estigmatizar a las personas sin juicio previo y hacer mayormente funcional el Sistema de Justicia en su conjunto.

2.10 Profesionalización de Policías.

En este último apartado del presente análisis, comenzaremos señalando que el artículo 2º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, establecía que: “El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescindibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, *la seguridad* y la resistencia a la opresión”¹⁰⁵. Ya desde estos primeros albores del Constitucionalismo, se contemplaba la necesidad de una fuerza pública o policía que sirviera para garantizar los derechos reconocidos tras la revolución francesa. En México, durante la época colonial se reglamentó el servicio de vigilantes nocturnos denominados “serenos”, los cuales tenían como función principal el de patrullar las calles de la capital de la Nueva España. Estos cuerpos policiales perduraron hasta la época de la Independencia, cuando fueron sustituidos por un cuerpo de policía municipal denominados “celadores públicos” y posteriormente por los “soldados de policía” o “gendarmes”, los cuales actuaban y funcionaban de acuerdo a lo dispuesto por el Reglamento de Vigilantes de 1827.

En la actualidad, la Constitución mexicana vigente establece en su artículo 21 en sus párrafos noveno y décimo las bases constitucionales de la Seguridad Pública. Expresamente estos párrafos establecen: “La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los

¹⁰⁵ JELLINEK, G., *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. de A. Posada, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2000, p. 167.

principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución”.

“Las instituciones de seguridad pública serán de carácter civil, disciplinado y profesional. El Ministerio Público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno deberán coordinarse entre sí para cumplir los objetivos de la seguridad pública y conformarán el Sistema Nacional de Seguridad Pública, que estará sujeto a las siguientes bases mínimas”:

- a)** La regulación de la selección, ingreso, formación, permanencia, evaluación, reconocimiento y certificación de los integrantes de las instituciones de seguridad pública. La operación y desarrollo de estas acciones será competencia de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los municipios en el ámbito de sus respectivas atribuciones.
- b)** El establecimiento de las bases de datos criminalísticos y de personal para las instituciones de seguridad pública. Ninguna persona podrá ingresar a las instituciones de seguridad pública si no ha sido debidamente certificado y registrado en el sistema.
- c)** La formulación de políticas públicas tendientes a prevenir la comisión de delitos.
- d)** Se determinará la participación de la comunidad que coadyuvará, entre otros, en los procesos de evaluación de las políticas de prevención del delito así como de las instituciones de seguridad pública.
- e)** Los fondos de ayuda federal para la seguridad pública, a nivel nacional serán aportados a las entidades federativas y municipios para ser destinados exclusivamente a estos fines.

En el ordenamiento jurídico mexicano de igual forma se encuentra vigente la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de enero de 2009 y fue reformada por última ocasión mediante publicación de 29 de octubre de 2013. De la citada ley es el Título III cuyo rubro es “Disposiciones Comunes a los Integrantes de las Instituciones de Seguridad Pública”, el que regula de manera específica en un primer plano las obligaciones de los servidores públicos adscritos a las instituciones que tienen a su cargo funciones de seguridad pública. Y en cuanto a la capacitación y

profesionalización de dicho personal, es el Capítulo III del Título antes citado, el que se refiere a las Academias e Institutos. Ahí se establecen las bases y lineamientos bajo los cuales operarán dichos centros de capacitación, lo cual concuerda formalmente con la teleología y ética de la disposición constitucional. No obstante, en la realidad se tienen deficiencias que hay que atender, por lo que sería recomendable revisar las normas relativas a los planes y programas de estudio, revalidación, reclutamiento entre otras de los miembros sustantivos del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

El Título Quinto de la ley cuyo rubro es “Del Desarrollo Policial” es en donde se encuentran las normas y procesos de la carrera policial, no obstante sentimos que desde la propia denominación no quiso hacerse patente la necesidad de un auténtico servicio civil de carrera, tal y como si lo dispone el título anterior relativo a la Procuración de Justicia. Tal vez sea necesario revisar a detalle las normas y procedimientos de la carrera policial, para que conjuntamente con la capacitación permanente de dicho personal se pueda ir accediendo a los distintos niveles. Hay que tomar en cuenta tanto la formación inicial como la actualización, para que a través de auténticos concursos se acceda a dicha función, considerando la formación y capacidades del agente. Se tiene que revisar la cuestión de la evaluación, para que sean comisiones o comités autónomos los que la realicen y así se garantice imparcialidad en los procesos¹⁰⁶.

Todo ello con el fin de fortalecer la auténtica profesionalización de las policías y con ella la función de seguridad pública a cargo del Estado, para lograr simultáneamente dar cumplimiento a los artículos 21 y 129 constitucionales y dicha función sea de carácter eminentemente civil y el Ejército pueda ir regresando paulatinamente a los cuarteles.

CONSIDERACIONES FINALES.

Primera.- La reforma Constitucional de 10 de junio de 2011 adoptó la denominación Derechos Humanos, para referirse a aquellas prerrogativas inherentes a toda persona que deben ser reconocidas y garantizadas por el ordenamiento jurídico positivo, que defienden

¹⁰⁶ La Universidad Nacional Autónoma de México, a través de la Coordinación de Humanidades, desarrolló dentro del Programa Universitario de Derechos Humanos un documento denominado “Hacia una Nueva Policía. Diagnóstico y propuesta”, en donde se analizan estos temas como son la capacitación, el mando único, la estabilidad laboral, etc. Véase: <http://insyde.org.mx/wp-content/uploads/2013/09/HACIA-UNA-NUEVA-POLIC%C3%8DA-PUDH-UNAM-2013.pdf>

su dignidad y valores como la igualdad, la libertad, la seguridad jurídica y la solidaridad; así como las garantías suficientes para que dichos derechos sean efectivos a través de mecanismos jurídicos.

Segunda.- Los Derechos Humanos están reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano es Parte, los cuales representan la parte sustancial del sistema jurídico y son capaces de irradiar a todo el ordenamiento, de tal suerte que su contenido debe ser directriz de toda actuación emanada de los Poderes públicos del Estado. Ya que su trasgresión representaría una invalidación de los actos estatales, que conllevaría necesariamente a un medio de control de constitucionalidad o convencionalidad.

Tercera.- En México los Derechos Humanos se rigen bajo los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Todas las autoridades están obligadas, en el ámbito de sus respectivas competencias, a promover, respetar, proteger y garantizar los citados derechos, pudiendo incluso dejar de aplicar aquellas normas generales que los contraríen. Asimismo, las normas de Derechos Humanos serán interpretadas de conformidad a la Constitución y los Tratados Internacionales favoreciendo la protección más amplia a la persona, pero en los casos de límites o restricciones a los mismos se estará a los establecidos en la Constitución.

Cuarta.- Las normas relativas a los Derechos Humanos generalmente se traducen en principios jurídicos o mandatos de optimización, los cuales no son posibles de aplicar de manera absoluta y tajante. En muchas ocasiones dichos principios suelen satisfacerse en diversos grados de progresividad, incluso pueden llegar a colisionar uno frente a otro obligando a una tarea argumentativa de ponderación por parte de los operadores jurídicos, en donde juegan un papel importante la legislación y la jurisdicción constitucional.

Quinta.- La Ciencia de la Legislación es una parte de la Ciencia del Derecho que tiene como propósito racionalizar el producto legislativo, desde el proceso de iniciativa de leyes hasta su aprobación y publicación. Dicha racionalidad debe alcanzarse en diversos niveles como lo son: el lingüístico, el jurídico-formal, el pragmático, el teleológico y el ético, siempre bajo de perspectiva de producir una legislación selectiva acorde con los Derechos Humanos,

muy en particular cuando se trata de regular los temas y problemáticas relativas al Sistema de Justicia.

Sexta.- El Sistema de Justicia es concebido como el conjunto de instituciones y funciones estatales, destinadas a la prevención, investigación, enjuiciamiento y ejecución de sanciones en la comisión de conductas tipificadas como delitos. Aquí quedan incluidas las tareas de procuración e impartición de justicia, en donde se ven involucrados los tres Poderes del Estado: Legislativo, Ejecutivo y Judicial; y, también, los tres órdenes de gobierno: Federal, Estatal y Municipal. Aquí resulta importante resaltar la labor del Legislativo, porque es él quien a través de la producción de normas generales el que garantiza la eficacia y eficiencia del sistema.

Séptima.- En el Sistema de Justicia es necesario tener reconocido y garantizado, el derecho a la tutela judicial efectiva, como aquella prerrogativa de que goza toda persona de que en caso de controversias del orden penal, se cuente con tribunales que estarán expeditos para dirimir las y con la garantía de que sus resoluciones serán emitidas de manera pronta, completa e imparcial. En esto vuelve a cobrar relevancia el Poder Legislativo, porque a través de una ley racional logrará la consecución de dichos fines, sujetando a reglas muy precisas a los jueces en su actuación jurisdiccional en materia penal.

Octava.- En la comisión del delito cobra una especial relevancia la víctima del mismo, quien tiene reconocidos una serie de derechos fundamentales que debe a su vez garantizar el Sistema de Justicia. Las leyes de protección a víctimas deben ser protectoras y garantistas en este sentido, proveyendo de los recursos necesarios para que desde la investigación y el enjuiciamiento la víctima esté resguardada, logrando no solamente la asesoría legal adecuada, su tratamiento físico y psíquico, sino que también se pueda con ello contribuir a la disminución de la cifra negra de delitos no denunciados. En la protección a víctimas cobra especial relevancia el tema de género, por ser las mujeres un sector vulnerable en la victimización.

Novena.- La trata de personas es conocida como la esclavitud del presente siglo, consistente en conductas a través de las cuales hay un sometimiento de una persona sobre otra, obligándola en contra de su voluntad a la realización de determinadas acciones

aprovechando un estado de vulnerabilidad de la víctima. Los fines de la trata de personas son diversos, entre los que destacan los sexuales, laborales, etc. El Sistema de Justicia debe estar atento a este fenómeno, pues tanto la Constitución como diversos instrumentos internacionales, se han pronunciado en que es obligación de los Estados atender esta problemática que incluso es transnacional. De ahí, la necesidad de revisar la legislación en esta materia, la cual no sólo se reduce a la ley específica sino a una serie de leyes colaterales en donde se aborda la temática, intentando resguardar la sistematicidad del sistema, congruencia y consistencia de dichas disposiciones. Aquí cobran especial relevancia los temas de trata de personas en delitos sexuales, migración y menores.

Décima.- La desaparición forzada es uno de los delitos que ha ido en aumento, en el cual se encuentran implicados no sólo servidores públicos sino también particulares, en donde el Sistema de Justicia mexicano tiene el deber de reducirlo ante las exigencias de órganos internacionales. Al respecto es menester revisar la legislación nacional en la materia, a efecto de evaluar las modificaciones que en su caso permitan una mayor eficacia en el cumplimiento y aplicación de las medidas. Es necesario revisar la legislación en materia de tortura, no solamente lo relativo a los tipos penales que la sancionan sino también las relativas a los procedimientos en la investigación y enjuiciamiento de los probables responsables. El tema del arraigo debe estar en la agenda legislativa ya que si bien es una restricción constitucional válida, su discusión y evaluación respecto de medidas alternativas y tal vez más eficaces en la investigación, lleven a conciliar nuestra legislación con la de los Tratados Internacionales en la materia.

Décimo primera.- El Sistema Penitenciario es uno de los temas que debe estar presente en toda agenda legislativa del Sistema de Justicia. La pena debe considerarse como medio idóneo de reinserción del delincuente y no como castigo, lo cual obliga a evaluar aquellas sanciones inusitadas e incluso con una falta de condición de aplicación, en donde el delincuente ni siquiera tendría vida para cumplirla. En definitiva hay que generar reglas y condiciones que ataquen el problema de la corrupción en los centros de reclusión y también la sobrepoblación en los mismos. En el nuevo sistema penal acusatorio cobra especial relevancia el Juez de Ejecución quien tendrá las facultades para que dicho propósito se lleve

a cabo. Se vuelve necesaria la aprobación de la Ley Federal de Sanciones Penales ante la inminente entrada en vigor del sistema adversarial.

Décimo segunda.- La constitución mexicana en su artículo 18 ha instaurado el sistema de justicia penal para adolescentes, el cual es perfectamente compatible con las reglas y tratados internacionales. Aquí deben destacarse la edad para ser sujeto del sistema y la edad para tratamiento en internación. En la ley de la materia se regulan los procedimientos y las autoridades tanto de investigación como de enjuiciamiento que tienen a su cargo operar el sistema de adolescentes. Se sugiere revisar ciertas disposiciones que permitan la congruencia con el resto de normas del sistema y aquellas que permitan una mayor eficacia. No obstante, el problema esencial en la materia radica en las normas, políticas públicas y programas de prevención, en donde entran en juego leyes de diversas materias.

Décimo tercera.- La Procuraduría General de la República ha sido transformada por mandato constitucional en Fiscalía General, lo cual lleva a un cambio de naturaleza del órgano para dejar de ser una dependencia del Ejecutivo y convertirse en órgano público autónomo. Dicha institución es fundamental en el Sistema de Justicia en virtud de que a la luz del nuevo proceso penal acusatorio tiene a su cargo la investigación y la acusación en los delitos del orden federal, lo cual amerita una revisión exhaustiva del marco legal vigente para adecuarlo a esta nueva naturaleza y funciones.

Décimo cuarta.- El lavado de dinero es la actividad por virtud de la cual se procede a ingresar al sistema financiero que funciona de acuerdo a las leyes de orden público, recursos obtenidos de actividades ilícitas en donde destacan fundamentalmente el narcotráfico y el secuestro. Al ser estos delitos uno de los flagelos que erosionan a la sociedad y que deben ser tratados y abatidos, debe atenderse a la efectiva y eficiente aplicación de las normas que regulan este tipo de operaciones con recursos de procedencia ilícita, ya que en la medida en que se logre detener los recursos económicos con los que opera la delincuencia organizada, se obtendrán menores índices delictivos en los rubros señalados y asimismo se mejorará la seguridad pública que tiene a su cargo el Estado.

Décimo quinta.- Entre los aspectos que deben atenderse en el orden legislativo vinculados al Sistema de Justicia, está la capacitación y profesionalización de los servidores encargados de operar dicho sistema. Al respecto cobra especial relevancia el de las policías ya que es aquí donde se encuentran los principales índices de corrupción, para lo cual hay que revisar aquellas normas que tienen que ver con el reclutamiento, capacitación, actualización y un auténtico servicio civil de carrera. Asimismo, deben considerarse aspectos colaterales pero que repercuten directamente en el buen funcionamiento de las policías, como son el mando único, estabilidad laboral y remuneración entre otros.

Bibliografía.

1. AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
2. ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1987.
3. ALEXY, R., *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
4. ASÍS ROIG, R., *Sobre el concepto y el Fundamento de los Derechos: una aproximación dualista*, Dykinson, Madrid, 2001.
- *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005.
5. ATIENZA, M., *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997.
- *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2007.
6. BECCARIA, C., *Tratado de los delitos y de las penas*, versión facsimilar, Porrúa, México, 1995.
7. BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, Fontamara, México, 2001.
8. BENTHAM, J., *Nomografía o arte de redactar leyes*, trad. de Cristina Pabón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000.
9. CALERO AGUILAR, A., "El nuevo sistema de justicia para adolescentes en México", en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2758/9.pdf>
10. CASTILLO, M., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
11. COLÓN MORÁN, J., "Los Derechos Humanos de las víctimas del delito", en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/19/pr/pr28.pdf>
12. CORONA FERRERO, J. M., PAU VALL, F. y TUDELA ARANDA, J. (Coord.), *La técnica legislativa a debate*, Tecnos, Madrid, 1994.
13. CUISSET, A., *La experiencia francesa y la movilización internacional en la lucha contra el lavado de dinero*, Procuraduría General de la República, México, 1996

14. CHAMPO SÁNCHEZ, N. M. y JUÁREZ BRIBIESCA, A., "El juez de vigilancia de ejecución de sanciones", en *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, México, 2010.
15. DE BERNARDIS, L., *La garantía procesal del debido proceso*, Cultural Cusco Editores, Lima, 1985.
16. DE PÁRAMO ARGÜELLES, J. R., *Negociar y Argumentar: entre el mercado y la política*, Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 1998.
17. DEL BURGO Y MARCHÁN, A. M., *El Lenguaje del Derecho*, Bosch, Barcelona, 2000.
18. DÍAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1998.
19. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1995.
- *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 1996.
20. ESPINOSA CATRO, C. A., *Arraigo como instrumento de violación a los derechos humanos*, Ubijus, México, 2014.
21. FERNÁNDEZ AGUIRRE, G., *El Sistema de Justicia en México*, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/159/9.pdf>
22. FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., *Manual de Derecho Penitenciario*, Aranzadi, Navarra, 2011.
23. FERNÁNDEZ ESPEJEL, G. y ARELLANO TREJO, E. (Coord.), *¿Por qué legislar combate al lavado de dinero?*, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, Cámara de Diputados, México, 2012.
24. FERRUSQUÍA CANCHOLA, M., *El sistema jurídico en lavado de dinero*, Flores Editor, México, 2013.
25. FILANGIERI, C., *Ciencia de la Legislación*, Tomo I, trad. de J. Rubio, Imprenta de Núñez, Madrid, 1822.
26. GALIANA SAURA, A., *La Legislación en el Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 2003.
27. GARCÍA AMADO, J. A., "¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomos XIII-XIV, Ministerio de Justicia, Madrid, 1996-1997.
28. GARCÍA FIGUEROA, A., "El no positivismo principialista en Il diritto mite de Gustavo Zagrebelsky", en *Anuario de Filosofía de Derecho*, Tomo XIII, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996-1997.
29. GARCÍA RAMÍEZ, S., *La reforma constitucional sobre Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2012.
30. GUSSIS, G., *Soberanía jurisdiccional: sobre el deber de los Estados de perseguir los delitos de desaparición forzada de personas*, Ediar, Buenos Aires, 2014.
31. GRETEL, *Curso de Técnica Legislativa*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
32. GUTIÉRREZ ROMERO, F. M., *Medidas judiciales de protección de las víctimas de violencia de género*, Bosch, Barcelona, 2010.
33. JELLINEK, G., *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. de A. Posada, Institutito de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2000.
34. KRAPHIN, I., "Elementos para una efectiva protección de los derechos de las víctimas en materia penal", en *Revista jurídica Boletín mexicano de Derecho Comparado*,

- número 82, Biblioteca jurídica virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
35. LUCIANI, D. S., *Trata de personas y otros delitos relacionados*, Rubinzal, Buenos Aires, 2015.
 36. MIR PUIG, C., *Derecho penitenciario: el cumplimiento de la pena privativa de libertad*, Atelier, Barcelona, 2012.
 37. OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Medidas Privativas y no Privativas de la Libertad. El sistema penitenciario*, ONU, Nueva York, 2010
 38. PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1995
 39. PÉREZ-LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1999.
 40. PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998.
 - *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México, 1997.
 - *El constitucionalismo de los derechos*, Trotta, Madrid, 2013.
 41. RECASÉNS SICHES, L., *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, Porrúa, México, 1980.
 42. SAIZ ARNÁIZ, A. (Coord.), *Los derechos fundamentales de los jueces*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
 43. SUÁREZ ROMERO, M. A., *Argumentación Jurídica*, Cuadernos de Trabajo del Seminario de Filosofía del Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, segunda edición, 2012.
 - *Crisis de la Ley y Estado Constitucional. La argumentación jurídica del legislador*, Porrúa, México, 2015.
 - *Estado Constitucional y Argumentación Jurídica en sede legislativa*, en *Revista Derechos y Libertades* del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, Época II, núm. 28, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 139-168.
 44. TAZZA, A. O., *La trata de personas: su influencia en delitos sexuales, la ley de migraciones y la ley de profilaxis antivenérea*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014.
 45. UROSA RAMÍREZ, G., *Introducción a los Juicios Orales en materia Penal*, Porrúa, México, 2013..
 46. VIOLA, F. y ZACCARIA, G., *Derecho e Interpretación. Elementos de Teoría Hermenéutica del Derecho*, trad. de A. de Cebeira, A. de Prada y A. Richart, Dykinson, Madrid, 2007.
 47. ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1999.
 - *La Ley y su Justicia*, trad. de A. Mora y M. Martínez Neira, Trata, Madrid, 2014.
 48. ZEPEDA LECUONA, G., *Situación y Desafíos del Sistema Penitenciario Mexicano*, México Evalúa, México, 2013.