

EL JUICIO DE AMPARO Y LOS DERECHOS HUMANOS

A 100 años de la Constitución Mexicana de 1917



**VÍCTOR MANUEL SERRATO LOZANO
OMERO VALDOVINOS MERCADO**

Coordinadores



EL JUICIO DE AMPARO Y LOS DERECHOS HUMANOS



A



**SERRATO LOZANO, VÍCTOR MANUEL
VALDOVINOS MERCADO, OMERIO.
COORDINADORES.**

**EL JUICIO DE AMPARO Y LOS
DERECHOS HUMANOS**

A 100 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917

B

Primera edición 2018

Serrato Lozano, Víctor Manuel, Valdovinos Mercado, Omero, Coordinadores.

El Juicio de Amparo y los derechos humanos, a 100 años de la Constitución Mexicana/
Serrato Lozano, Víctor Manuel y Valdovinos Mercado, Omero, Coordinadores. - México,
2018.

ISBN. 978-0-244-08496-7

C

Distribución digital mundial.

Se permite la distribución de la presente obra, así como de cualquiera de sus contenidos, siempre y cuando se lleve a cabo con la citación correspondiente, y el respeto a los derechos de autor.

ISBN. 978-0-244-08496-7

Elaborado en México.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.

RETOS Y PERSPECTIVAS DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. CONSTRUCCIÓN TEÓRICA Y EVOLUCIÓN NORMATIVA, A 100 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN.

Irma Nora VALENCIA VARGAS. _____ 6

EL CONTROL CONVECCIONAL DIFUSO POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA DEL ESTADO DE MICHOACÁN.

Carlos Paulo GALLARDO BALDERAS _____ 23

DERECHOS HUMANOS DENTRO DEL JUICIO DE NULIDAD ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA DEL ESTADO DE MICHOACÁN DE OCAMPO

Fabricio DORANTES ROMERO _____ 36

LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Joanna Margarita MORENO MANZO _____ 46

DE LAS INCONSISTENTES JURISPRUDENCIAS Y LA FALTA DE AUTONOMIA E INDEPENDENCIA JUDICIAL.

José Carlos GUERRA AGUILERA. _____ 56

LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES Y EL JUICIO DE AMPARO

Hugo Alberto ARRIAGA BECERRA _____ 101

DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES. EFECTIVIDAD CONTRA LA VIOLENCIA POLÍTICA DE LA MUJER

Omero VALDOVINOS MERCADO. _____ 120

LA TEORÍA DE LA AFECTACIÓN Y EL AMPARO DIRECTO ADHESIVO.

Marco Antonio TINOCO ALVAREZ. _____ 151

LAS LEYES CONSTITUCIONALES PENDIENTES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO. Reflexiones Desde la Perspectiva Práctica.

Marco Antonio TINOCO ÁLVAREZ. _____ 164

EL AGUA. SU JUSTICIABILIDAD COMO DERECHO HUMANO EN MÉXICO

Victorino ROJAS RIVERA* _____ 174

REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA LABORAL. SUS RETOS

Héctor Arturo MERCADO LÓPEZ _____ 239

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. ANÁLISIS DE UN CASO

Francisco GARCÍA SANDOVAL _____ 272

EVOLUCIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL MEXICANO

Alberto DEL CASTILLO DEL VALLE _____ 316

¿PARA QUÉ SIRVE, Y PARA QUÉ NO, EL JUICIO DE AMPARO EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO?

Juan Ramón BARRETO LÓPEZ _____ 335

LA RESILIENCIA CONSTRUIDA POR UNA INDIGENA ME'PHAA ANTE LA VIOLENCIA Y DISCRIMINACIÓN. EJEMPLO DE DIGNIDAD HUMANA

Magdalena DÍAZ BELTRÁN

José E. AGUILAR MOYA _____ 356

EL JUICIO DE AMPARO COMO RECURSO JUDICIAL EFECTIVO PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.

Jesús Renato GARCÍA RIVERA

Alicia BECERRA GÓMEZ _____ 372

INTRODUCCIÓN.

En el marco de la Conmemoración de los 100 años de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, precursora de los Derechos Sociales; la Comisión Estatal de Derechos Humanos en el Estado de Michoacán de Ocampo, en colaboración con el Gobierno del Estado de Michoacán, Tribunal Electoral en el Estado de Michoacán, el Tribunal de Justicia administrativa del Estado de Michoacán, el Poder Judicial del Estado de Michoacán, así como la Ilustre Academia Iberoamericana de Doctores, consideraron oportuno la realización de un evento académico para analizar diversos tópicos sobre Derechos Humanos y Amparo, con la finalidad de generar una amplia participación y afluencia de la comunidad jurídica y la sociedad en general.

Derivado de lo anterior, el día 15 de junio del año 2017, en la ciudad de Morelia, Michoacán, se inauguró formalmente el “*3er Seminario Nacional de Derechos Humanos y Amparo. En conmemoración de los 100 años de la Constitución de 1917*”, con la participación de destacadas figuras en el derecho mexicano.

Magistrados, Jueces, funcionarios públicos y abogados litigantes, tanto del Estado como de diversas de diversas partes de la República, así como académicos provenientes de diversas instituciones educativas, como la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, el Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey, campus Morelia, la Universidad Nacional Autónoma de México, y la Universidad Autónoma de Baja California, se congregaron para transmitir la importancia, relevancia y trascendencia del Juicio de Amparo, y los derechos humanos a lo largo del centenario de la Carta Magna Mexicana.

Tan ilustre evento, fungió no sólo como referencia de trabajos doctrinales, sino de la experiencia que cada uno de los participantes ha adquirido a lo largo de su desempeño

profesional, por lo que los asistentes a tal evento, fueron partícipes de la realidad que prepondera en el país sobre lo trascendental que resulta la protección de los derechos humanos, y con ello, el conocimiento de las necesidades que sufre la misma.

El presente compila algunos de los trabajos presentados en el marco del “*3er Seminario Nacional de Derechos Humanos y Amparo. En conmemoración de los 100 años de la Constitución de 1917*”, para el conocimiento de la población en general, con la intención de incentivar en la misma, la idea de los derechos humanos y la necesidad de su protección, logrando crear una comunidad científica motivada para el progreso no sólo del sistema jurídico mexicano, sino de la realidad social en general.

Temas que abarcaron en un orden cronológico desde la exposición de la situación actual del Estado de Derecho en el que se encuentra el sistema jurídico mexicano, en uso de mecanismos como el control difuso tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, y la labor de los órganos jurisdiccionales en la actualidad al momento de la interpretación de las normas contenidas en nuestro territorio y la propia historia del derecho procesal constitucional mexicano, fueron los que abarcaron los aspectos teóricos necesarios para que, aquellos que tuvieron la oportunidad de presenciar tan exquisitas ponencias se posicionaran en la actualidad de nuestro país en lo que respecta al espectro jurídico, tocando incluso temas tan actuales como la reforma a la justicia laboral.

Lo anterior, sin dejar de lado, el bagaje de derechos humanos que fueron expuesto por quienes han tenido la oportunidad de operarlos, estudiarlos y por tanto defenderlos para encontrar en su contenido una mayor protección de la dignidad humana. Algunos como el derecho al agua y la forma en la que ha de hacerse justiciable, así como el derecho a la libertad de expresión por funcionarios públicos, la protección de los derechos de los miembros de pueblos originarios, la dignidad, y la participación de los individuos en procesos jurisdiccionales en protección de sus derechos humanos, englobando en ello la protección de los derechos

político electorales para la tutela de las mujeres, establecieron la base sobre la que ha de construirse el correcto desempeño de las funciones por parte de las autoridades, e incluso de cualquiera de los operadores jurídicos para mejorar el sistema de protección jurídico en nuestro país, y con ello, mejorar a su vez, la realidad que prepondera en el mismo.

Aunado a ello, durante la realización del “*3er Seminario Nacional de Derechos Humanos y Amparo. En conmemoración de los 100 años de la Constitución de 1917*”, se establecieron de igual forma, las acciones que se requieren para construir un verdadero Estado de Derecho basado en los derechos humanos, a través ya sea de políticas públicas que permitan su materialización o acciones jurisdiccionales que les brinden forma, y otorguen a los gobernados las herramientas necesarias para alzar la voz ante las injusticias, dejando en claro que aún hay trabajo por realizar ante las omisiones y pendientes legislativos que preponderan en tal materia. Además, al tocarse temas como el Juicio de Amparo en materia penal, o bien, respecto del Amparo adhesivo y la teoría de la afectación, se permitió poner sobre la mesa la actual situación por la que atraviesa uno de los mejores ejemplos de control de constitucionalidad y legalidad con los que cuenta cada uno de los gobernados para hacer valer sus derechos.

La intención tanto del Seminario en comento, como de la presente obra compilatoria, va más allá de la mera difusión de los temas tratados en el mismo, pues lo que se busca, es generar en los asistentes, y en su oportunidad a los lectores de la misma, una conciencia jurídica, de legalidad y necesidad sobre los derechos humanos, para lograr que más mentes y manos trabajemos codo a codo en su protección.

MTRO. VÍCTOR MANUEL SERRATO LOZANO
PRESIDENTE DE LA COMISIÓN ESTATAL DE DERECHOS HUMANOS DEL ESTADO DE
MICHOACÁN DE OCAMPO

RETOS Y PERSPECTIVAS DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. CONSTRUCCIÓN TEÓRICA Y EVOLUCIÓN NORMATIVA, A 100 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN.

Irma Nora VALENCIA VARGAS¹.

SUMARIO. I. *Introducción.* II. *Construcción teórica del derecho a la protección de datos personales.* III. *Evolución normativa del derecho a la protección de datos personales y su régimen regulatoria en México.* IV. *Retos y perspectivas de los Estados, en materia de Protección de Datos Personales a 100 años de la Constitución de 1917.* V. *Conclusiones.* VI. *Fuentes de Información.*

PALABRAS CLAVE. Derecho a la intimidad, Protección de datos personales, Acceso a la Información, Transparencia, Derechos Humanos.

6

1. INTRODUCCIÓN.

En nuestros días, la posibilidad de que cualquier persona pueda tener injerencia en la vida privada de otra, se ha incrementado con el desarrollo constante de la tecnología, que permite

¹ Profesora-Investigadora de Tiempo Completo, adscrita a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo; integrante del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la citada Facultad. Licenciada en Derecho, egresada de la mencionada Universidad. Maestra en Gobierno y Asuntos Públicos y Doctora en Derecho por el Centro de Investigación y Desarrollo del Estado de Michoacán. Maestra y Doctoranda en “Sociedad Democrática, Estado y Derecho” por la Universidad del País Vasco *Euskal Herriko Unibertsitatea*. Diplomada en Derecho a la Información por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo; Diplomada en Género y Políticas Públicas por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales FLACSO. Conferencista en Foros y Congresos Regionales, Nacionales e Internacionales de Derecho a la Información, Acceso a la Información Pública, Gobierno Abierto, Archivos y demás relacionadas con la transparencia, democracia, acceso a la información y protección de datos personales; ex Consejera del Instituto para la Transparencia y Acceso a la Información Pública de Michoacán. Directora de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Poder Ejecutivo. (irnova16@yahoo.com.mx)

la libre y fácil circulación y transferencia de datos personales. Con el uso de esas herramientas tecnológicas, se logran integrar bases de datos inherentes a nuestra persona, que al no tener los correspondientes niveles de seguridad y cuidados necesarios facilitan la elaboración de perfiles de ciudadanos, con fines diversos, y al darles utilidad mediante su publicación y transferencia, trastocan derechos humanos y producen serias afectaciones a la intimidad y privacidad, poniendo en grave riesgo la dignidad del ser humano.

La protección de datos personales, desde la perspectiva de la evolución de los derechos a la intimidad y la privacidad requiere, -además de un cambio cultural que incida en el cuidado y auto regulación de la vida privada, mediante la construcción de una diferente forma de comunicación-, de una regulación rígida, del conocimiento ciudadano de los conceptos fundamentales, principios y riesgos, así como las responsabilidades ante el abuso y transgresión de dichos derechos, y las eventuales sanciones que inhiban conductas atentatorias a dicho derecho.

7

No obstante que desde la Constitución de 1857 se ha reconocido el derecho a la privacidad y a la intimidad, es hasta la reforma de Estado de 1977 que en la Carta Fundante se impone al Estado la obligación de garantizar el derecho a la información, en cuyo contenido se encuentra el derecho a la protección de datos personales.

Desde entonces, se ha experimentado una amplia génesis evolutiva, partiendo de Europa y extendiéndose globalmente, en razón de los desarrollos tecnológicos y avances científicos, que han cambiado incluso la forma de comunicación a partir del uso cotidiano de la computación, que hasta permite la ubicuidad y los ágiles intercambios de información.

Los constantes procesos de construcción y fortalecimiento de una sociedad democrática se han visto matizados por el desarrollo tecnológico y avance científico de la humanidad, y el

uso de las tecnologías de información y comunicaciones, han impuesto grandes retos a sectores públicos y privados respecto la condición de garantía del derecho a la protección de datos personales, a partir de la construcción de nuevas realidades que obligan a plantear nuevas exigencias, considerar nuevos escenarios de riesgo y diseñar nuevos conceptos e instituciones.

De allí la importancia de definir el avance que el derecho de acceso a la información ha tenido en nuestra sociedad, y la perspectiva global ante los constantes riesgos de transgresión a otros derechos como el que nos ocupa, y la exigencia de una regulación bastante robusta y efectiva que inhiba conductas transgresoras a la vez que genere una nueva cultura ciudadana en el manejo y protección de datos personales, con la consecuente creación de mecanismos e instrumentos que garanticen los niveles de seguridad requeridos para esas bases de datos.

II. CONSTRUCCIÓN TEÓRICA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.

8

Los constantes cambios políticos, sociales y económicos imponen a los sistemas jurídicos el fortalecimiento y evolución de conceptos y derechos y en otros casos, el reconocimiento de nuevos derechos que den respuesta a las necesidades y exigencias sociales.

El reconocimiento de la libertad, -en un principio-, se encontraba vinculado con el derecho a la vida e implicaba la no sumisión de los súbditos y su protección para salvaguardar la vida. Posteriormente, el concepto se amplió hasta el reconocimiento de la naturaleza espiritual del ser humano, incluyendo sus sentimientos e intelecto.²

² Warren, Samuel y Brandéis Louis. El derecho a la intimidad. Ed. Civitas, Madrid, 1995, p.p. 21-23

Actualmente, el derecho a la vida, en su contenido y objeto se han ido ensanchando hasta alcanzar protecciones cualitativas del ser humano, como la protección al medio ambiente, lo cual incluye ruidos, olores desagradables, polvo, humo, vibraciones insoportables, actividades nocivas a la salud física y psicológica; y en forma predominante, las emociones humanas, la fama, la posición social, el decoro, el honor, el prestigio, los sentimientos y sus consecuentes causaciones de daños resarcibles mediante indemnizaciones patrimoniales.

Y es que el concepto de derecho a la vida incluye los aspectos relacionados con la integridad física y psicológica del individuo, su identidad física y social y el derecho a la propia imagen como elementos conceptuales del derecho a la vida y específicamente a la vida privada.³

De igual manera, el derecho de propiedad –en su evolución-, se amplió para agregar a su contenido derechos inmateriales congruentes con los procesos mentales productores de ideas de obras literarias, artísticas, secretos industriales y marcas comerciales; la circulación de fotografías, divulgación de eventos con carga sexual, comunicación de hechos inherentes a la vida privada, concebidos como mercancía que a partir del ejercicio periodístico, o la simple publicación, pone en riesgo los bienes jurídicos tutelados inherentes a la vida íntima, el debilitamiento de la moral y los valores reconocidos por la sociedad.

Esta evolución social, en la que la información se constituye como un elemento indispensable para la construcción y fortalecimiento de toda sociedad democrática, y en donde el interés público define las necesidades y obligaciones de comunicar hechos y datos para la rendición de cuentas y el ejercicio ciudadano de participación en la toma de decisiones que afecten ese interés público, obligó a establecer como límites y excepciones, la intimidad.

³ Caso S. and Marper vs The United Kingdom, expedientes N° 30562/04 y 30566/04 [2008] ECHR1581 resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos, el 4 de diciembre de 2008, cuya queja de los demandantes se refiere a su inconformidad ante la determinación de las autoridades de conservar sus huellas dactilares, muestras celulares y perfiles genéricos, tras la conclusión, -por absolución-, y posteriormente archivo definitivo de las acciones penales emprendidas contra ellos.

Los derechos personalísimos orientados a la protección del patrimonio moral inmaterial de las personas, y en cuyo contenido se encuentra el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen, fueron constituyéndose como esos límites y fronteras que en su equilibrio permiten convivencia armoniosa plena con otros derechos.

Por otro lado, las libertades de expresión, de prensa y de información abrieron camino para la construcción de los conceptos fundamentales del derecho a la información y sus aplicaciones en el marco ius informativo, dentro del Estado de Derecho propio de nuestra sociedad democrática.

Así, el derecho a la información, en cuanto derecho humano –no solamente como un principio idealista con destellos de moralidad-, tiene eficacia jurídica y una dimensión central de la realidad informativa, como el de su propia justicia.⁴ Con una estructura interna fundamental –de sujeto, objeto y contenido-, distinta a la libertad de expresión y de prensa, en donde el sujeto titular del derecho son todas las personas de igual manera y por tanto universal; teniendo como objeto el fenómeno informativo en donde el eje central es la información veraz de utilidad para alcanzar el sentimiento de integración de la propia vida social del individuo, que constituye comunidad. Es decir, son los hechos, opiniones e ideas que representan utilidad social y que son susceptibles de incorporarse en un mensaje.

Por ello es que el contenido del derecho a la información son las prerrogativas de recibir, investigar y difundir esa información veraz. Esas facultades implican las posibilidades de acción del sujeto y que dan vida al derecho a la información reconocido en los cuerpos

⁴ AZURMENDI, Ana. Derecho a la información: guía jurídica para profesionales de la comunicación. Ed. Eunsa, 2ª. Ed. Navarra, 2011, p. 32.

normativos. Encuentra sus límites y fronteras en todo aquello que suponga riesgo en la convivencia con otros derechos del mismo rango, es decir, derechos humanos.

De tal suerte que, dentro del contenido del derecho a la información se encuentran una gama de derechos entre los que se encuentran el derecho de autor, derecho de las telecomunicaciones, derecho de los profesionales del periodismo, derecho de acceso a la información, derechos afines, entre los que se encuentran el derecho a la propia imagen, a la privacidad, a la intimidad, entre otros.

Todos estos derechos humanos son exigencia moral de realización, tanto en lo individual como en el entorno de comunidad y que en su evolución histórica, alcanzan el reconocimiento institucional traducido en el orden normativo.

Pero esos derechos humanos no se abstraen del desarrollo de la sociedad, en el cual el uso de la tecnología y los avances en los descubrimientos científicos generan un matiz que modifica el concepto de espacio o ámbito en el que se manifiestan y desarrollan.

El desarrollo tecnológico que caracteriza a nuestra sociedad, ya sea considerada como de la información o informatizada, hace surgir necesidades de re contextualizar y repensar nuestra condición humana dentro del discurso ético de la dignidad de la persona y los derechos humanos. Junto con ello, rediseñar el orden normativo y las políticas públicas con esas nuevas implicaciones.

Una realidad es precisamente el abanico de posibilidades de riesgo de transgresión de esos derechos humanos que se abre a partir de la tecnología y el uso del internet, y sus implicaciones en la vida social, a partir de la libertad de expresión en la red y la libre circulación de información lo cual advierte la necesidad de desplegar protecciones globales

acordes al momento histórico actual, en este nuevo contexto social, que permitan garantizar espacios para el libre desarrollo y la realización de la personalidad individual.

El derecho a la defensa del ámbito privado que comprende la no injerencia en la reputación, la honra, el honor, la imagen, respeto al nombre propio, la autodeterminación corporal que implica la libre decisión sobre la vida sexual, la decisión de abortar, al estilo de vida, entre otros, forman parte del libre desarrollo de la personalidad del individuo que debe ser garantizada.

Sobre todo, cuando por los influjos del desarrollo tecnológico y avance científico se pierde la capacidad de control de la información, como consecuencia de la facilidad de recopilación, vinculación, difusión y transferencia de información a través de herramientas y aplicaciones tecnológicas, transgrediendo el derecho al respeto a la vida privada.

12

Es así como el derecho a la protección de datos personales, mantiene un origen y una raigambre con el derecho a la intimidad, que debido a la tecnologización de la vida cotidiana y el cambio en la forma en que nos comunicamos, se deslinda de éste para constituirse como un derecho fundamental, autónomo, dotado de facultades –concedidas al titular del mismo-, que se traducen en deberes y obligaciones de hacer, tanto para el Estado como para los particulares.

Como todo derecho humano debidamente tutelado, -dentro de una sociedad democrática-, vale en la medida en que está suficientemente garantizado; el derecho a la protección de datos personales tiene reconocimiento constitucional que lo dota de un régimen de garantías, prerrogativas, limitaciones, obligaciones, exenciones, prohibiciones, instituciones, políticas públicas y requisitos procesales de actuación de los poderes públicos, que permiten su efectividad.

Esta condición surge en gran medida, de su necesaria convivencia con otros derechos y libertades propios de toda sociedad democrática, como el derecho de acceso a la información, la libertad de expresión, en un entorno en el que las tecnologías de información y comunicaciones se convierten en instrumentos de uso cotidiano en nuestra sociedad.

III. EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.

El Derecho a la protección de datos personales es un derecho subjetivo, autónomo, reconocido como derecho humano, considerado como instrumento jurídico imprescindible y estructural en la composición de la batería de derechos inherentes al desarrollo de cualquier sociedad democrática, ya que garantiza la libertad de las personas, tanto en su individualidad y como miembro de una comunidad.

Ha tenido una evolución exponencial a partir de las últimas cinco décadas, en que el desarrollo tecnológico y avance informático ha producido un uso frenético de la información, que ha puesto en riesgo otros derechos como la intimidad y privacidad, en demerito de la dignidad y calidad de vida de las personas.

En el siglo XVIII, durante la Ilustración se diseñaron las primeras expresiones filosóficas respecto al planteamiento de los derechos humanos; y advertimos su desarrollo y reconocimiento a partir del siglo XIX y primera mitad del siglo XX, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.⁵

⁵ Díaz Quinteros, Miguel Ángel. “Análisis de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En http://revistalibertades.com/documents/revistalibertadesnumero2_articulos.pdf. Primavera 2013.

En el continente Americano, el reconocimiento de las libertades cruza en su génesis por la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969, al que se encuentra adherido el Estado Mexicano, y que en su artículo 11, establece el derecho y protección de la honra y de la dignidad de las personas; y en el artículo 14 el derecho a la rectificación o respuesta. Con ello se establece como limitantes –en su ejercicio-, a las libertades, por el respeto a la dignidad y vida privada e intimidad de las personas.

En México, desde el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana de 1814, sancionado en Apatzingán, en el que se estableció textualmente que “...la libertad de hablar, de discurrir y de manifestar sus opiniones por medio de la imprenta, no debe prohibirse a ningún ciudadano, a menos que en sus producciones ataque el dogma, turbe la tranquilidad pública u ofenda el honor de los ciudadanos...”, se reconoce el derecho al honor.

14

Ese espíritu permanece en la Constitución de 1857 y de 1917 adicionando a ese reconocimiento, -como limitante al ejercicio de la libertad de prensa y de expresión-, el respeto a la vida privada, la moral, la intimidad personal y familiar, y el secreto de las comunicaciones, entre otros.

En la reforma estructural del Estado de 1977, se impuso en el artículo 6°. Constitucional la obligación al Estado de garantizar el Derecho a la Información. El 11 de julio de 2001 se publica en el Diario Oficial de la Federación la primera Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, y junto con ellos se inicia una fuerte cruzada que culminara con la producción normativa regional en materia de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que se extendió hasta un acercamiento firme a la regulación del derecho a la protección de datos personales, en posesión de entidades públicas y privadas.

Sin embargo es hasta la reforma constitucional de 2009, en que se reconoce el derecho a la protección de datos personales, como tal, definiéndose desde allí las acciones concedidas a los titulares de tal prerrogativa, de acceder, rectificar, cancelar y oponerse al uso y manejo de los datos personales en posesión de entidades públicas y privadas, considerando como supuestos de excepción el tratamiento de datos sin autorización, la seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud pública, protección de datos personales, o para proteger derechos de terceros.⁶

Posteriormente, se reconoce la necesidad de establecer como únicos límites a la libertad de difundir opiniones, información e ideas, -por cualquier medios incluyendo los derivados del desarrollo de tecnologías y comunicaciones-, los establecidos en el artículo 6° Constitucional.⁷

En la reforma del 2014, se reitera el reconocimiento no solo a la vida privada sino también a los datos personales, imponiéndose la obligación de protección en los términos antes referidos, y para alcanzar una efectiva garantía, se obliga al Estado a diseñar un esquema de revisión mediante procedimientos expeditos seguidos ante órganos autónomos, especializados e imparciales.

Cabe destacar que en esta evolución, se establecen competencias diferenciadas para conocer del tema relacionado con datos personales en posesión de entidades públicas y en posesión de entidades privadas. Así, en las leyes de transparencia se regula en un capítulo de excepciones al derecho de acceso a la información en primer supuesto. Posteriormente, el 26 de enero de 2017 se publica la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Entidades Públicas, determinándose el término de seis meses a partir de la publicación

⁶ Artículo 16, primer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el DOF el 01-06-2009.

⁷ Artículo 7° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el DOF el 01-06-2009.

de la norma, para realizar las adecuaciones normativas aplicables a todos los sujetos obligados.

Respecto a la protección de datos personales en posesión de entidades particulares se deposita la competencia en todo el país en favor del IFAI, ahora INAI, y tiene aplicación la Ley Federal en el órgano garante antes IFAI ahora INAI, con una regulación normativa específica contenida en la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares.

VI. RETOS Y PERSPECTIVAS DE LOS ESTADOS, EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, A 100 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1917.

En principio, la reglamentación del Derecho de Acceso a la Información Pública estableció como límite –entre otros-, la vida íntima y privada y excepciones al derecho, la protección de datos personales; sin embargo, solo incluían aquellos datos personales que se encontraban en posesión de entidades públicas, dejando excluidos de tutela los particulares.

Dicha eventualidad se satisfizo con la publicación de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, que regula el tratamiento legítimo, controlado e informado de datos, a fin de garantizar el derecho a la privacidad y a la autodeterminación informativa, reconociéndose como sujetos a su cumplimiento, los particulares que lleven a cabo esas acciones de tratamiento de datos personales, excepto las sociedades de información crediticia, y todos aquellos que recolecten y traten datos para uso exclusivamente personal.⁸

⁸ Artículos 1º y 2º de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de julio de 2010.

La Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, -en cuanto norma reglamentaria-, aprobada y publicada en 26 de enero de 2017, establece las bases, principios y procedimientos para garantizar el debido y efectivo cumplimiento de ese derecho. A la vez que impone el plazo de seis meses para la armonización de leyes regionales conforme esos parámetros.

De lo que se colige que el primer reto de los Estados, es la producción y armonización normativa no solo de la ley en la materia sino todas aquellas que resulten necesarias, como es el caso de las leyes de archivos, entre otras, y junto con ellas, el diseño de políticas públicas y acciones tendentes a la tutela del derecho.

Un punto de partida para establecer las acciones a realizar por parte del Estado, a fin de que se alcance una verdadera garantía el derecho a la protección de datos personales es el fomentar una cultura de la protección de datos personales, por parte de los ciudadanos, -ya sean particulares o servidores públicos-, que permita el reconocimiento de ese derecho humano y sus influjos en el desarrollo integral de estos, dentro de una sociedad democrática.

La identificación de los datos que alcanzan el rango de personales y que deben ser protegidos por las razones expuestas con anterioridad, permite a sus titulares una debida toma decisiones al consentir tanto la entrega como el tratamiento de los mismos; asimismo, ilustra a quienes realizan los procesos de barrido, integración y tratamiento, poniendo énfasis en el hecho de clarificar en donde se encuentran esos datos personales, quien los tiene y qué personas tienen acceso a ellos, a fin de determinar, en principio, la condición de éstos y el nivel de riesgo y seguridad que requieren los repositorios.

Lo anterior implica necesariamente la estructuración de un inventario de datos personales y sistemas mediante los cuales se lleva a cabo su tratamiento; así como el análisis respecto de

los eventuales riesgos, amenazas y vulnerabilidad, ya sean por actitudes negligentes del personal responsable de los mismos, o por la utilización –interna o externa-, de recursos tecnológicos, ya sea lícita o ilícita.

Consecuente con lo anterior, el diseño e instrumentación de políticas públicas internas relativas a la gestión y tratamiento de los datos personales, que incorporen los procesos de obtención, uso, tratamiento y supresión de los mismos, resulta primordial.

Las diversas entidades públicas y privadas, en cuanto sujetos obligados por las leyes protectoras de los datos personales, se encuentran obligadas a una revisión meticulosa y en no pocas ocasiones una reingeniería de sus procesos administrativos con una nueva visión a la luz de las implicaciones inherentes a este derecho.

18

Ello incluye la urgente necesidad de revisar, -materialmente-, el estado que guardan los archivos. Los sujetos obligados tanto por las regulaciones en materia de datos personales en posesión de particulares como de entidades públicas, además de fijar en lugares de acceso al público el aviso de privacidad,⁹ deben hacer una revisión respecto de los mecanismos de resguardo y repositorios de esos datos.

Lo anterior implica establecer y mantener medidas y niveles de seguridad en las bases de datos, automatizadas o no, que giran desde aspectos técnicos, administrativos y físicos que protejan la información que contiene datos personales, contra cualquier riesgo, alteración,

⁹ El aviso de privacidad es el documento en el cual se contiene la información, de parte del agente o servidor público encargado de la recopilación y tratamiento de los datos personales, que a manera de notificación pone a disposición del titular de éstos, dando a conocer el uso y tratamiento que llevará a cabo respecto de esos datos personales. Según determina el numeral séptimo de los Lineamientos del aviso de privacidad, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 17 de enero de 2013, “El aviso de privacidad es un documento físico, electrónico o en cualquier otro formato generado por el responsable que es puesto a disposición del titular, previo al tratamiento de sus datos personales, a fin de cumplir con el principio de información”.

manipulación, daño, pérdida, destrucción, uso, acceso o tratamiento que no haya sido consentido por el titular de los mismos.

Y es que la utilización de la tecnología representa un gran potencial para vincular y relacionar un gran volumen de información compuesta por datos y ponerla a disposición de cualquiera para construir perfiles de la personalidad, que pueden llegar a justificar decisiones públicas y privadas incluso limitar nuestra libertad condicionando nuestros actos cotidianos, e incluso para ser utilizados para fines no lícitos o comisión de delitos.

No obstante, es incuestionable que con el uso de la informática se favorece el progreso y desarrollo de las comunidades y regiones, además de permitir el trabajo eficaz del ejercicio y gestión del poder público y de las empresas privadas, necesarios en el desarrollo. Pero el costo de ello de ninguna manera puede ser el coartar o limitar los derechos humanos.

19

V. CONCLUSIONES.

El derecho a la protección de datos personales, tanto en posesión de entidades públicas como privadas cuenta con todos los mecanismos necesarios que requieren los derechos humanos para su efectiva garantía y respeto: un cuerpo normativo, un órgano autónomo que lo garantice y especialistas resolviendo las inconformidades planteadas por destinatarios de la norma, a quienes se les tutela el derecho.

Sin embargo, es momento de reflexionar respecto del gran reto que tiene tanto el Estado en cuanto obligado a la tutela del derecho a la protección de datos personales, como de la propia ciudadanía, en el sentido de conocer y comprender el contenido del mismo, la importancia de exigir su protección y la existencia de mecanismos simples para salvaguardar los mismos,

los cuales ya existen -por disposición de la ley-, pero valdría confrontarlos con la experiencia del ciudadano para verificar si efectivamente son los mecanismos y procedimientos idóneos para alcanzar el objetivo.

El reconocimiento de los alcances e implicaciones del reconocimiento y tutela del derecho deben procurarse mediante la instrumentación de políticas públicas que permitan no solo al Estado cumplir con esa garantía, sino a los ciudadanos, para construir una cultura de identificación del espacio íntimo y privado y consecuentemente, la necesidad -individual y colectiva-, de proteger los datos personales que cotidianamente estamos entregando y publicando por cualquier vía o ante múltiples exigencias.

El gran reto de los órganos garantes es la construcción de cultura de la protección de datos personales, a partir del reconocimiento de las normas que regulan ese derecho, con la finalidad de que los ciudadanos asuman sus responsabilidad en el proceso de garantía y respeto, rechazando actos transgresores del mismo, y colaboración para el fortalecimiento de los mecanismos de protección, y eficaz procedimiento sancionatorio.

20

VI. FUENTES DE INFORMACIÓN.

ARELLANO TOLEDO, Wilma, Coord. La Sociedad de la Información en Iberoamérica. Estudio multidisciplinar. Infotec. México, 2012.

AZURMENDI, Ana. Derecho a la comunicación. Ed. Bosch, España, 2011.

BALLESTEROS MAFFA, Luis Ángel. La Privacidad electrónica. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

BUSTAMANTE DONAS, Javier y otros. Los derechos humanos en internet. Ed. CIDEAL, España, 2012.

CESARIO, Roberto. Hábeas Data. Ed. Universidad. Buenos Aires, 2001.

GIDDENS, Anthony. La Tercera vía. La renovación de la socialdemocracia. Ed. Taurus, México, 2008.

-----Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas. Ed. Taurus, México, 1999.

GREGORIO G. Carlos y ORNELAS, Lina, Comp. Protección de datos personales en las redes sociales digitales: en particular de niños y adolescentes. Memorándum de Montevideo. Ed- IJusticia e IFAI. 1ª. Ed. México, 2011.

GUTIERREZ ZARZA, Ángeles Coord. Nuevas Tecnologías, Protección de Datos Personales y Proceso Penal. 1ª. Ed. España, 2012.

INFODF. Retos de la Protección de Datos Personales en el Sector Público. Info df, México, 2011.

JAREÑO LEAL Ángeles, Coord. Y BOIX REIG, Javier, Dir. La Protección Jurídica de la Intimidad. 1ª. Ed. Ed. Iustel, España, 2010.

ORDOÑEZ SOLIAS, David. Privacidad y protección judicial de los datos personales. Ed. Bosch, España, 2011.

PEREZ LUÑO Antonio Enrique. Los Derechos Humanos en la Sociedad Tecnológica. Editorial Universitas, S.A., España, 2012.

PIÑAR MAÑAS, José Luis. El derecho a la autodeterminación informativa. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

TRONCOSO REIGADA, Antonio. La Protección de Datos Personales en busca del equilibrio. Ed. Tirant lo Blanch Tratados. Valencia, 2010.

VILLANUEVA, Ernesto. Diccionario de Derecho a la Información. Ed. Porrúa, México 2009.

EL CONTROL CONVENCIONAL DIFUSO POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA DEL ESTADO DE MICHOACÁN.

Carlos Paulo GALLARDO BALDERAS¹⁰

SUMARIO. I. *Evolución del control concentrado y difuso.* II. *Control de convencionalidad.* III. *Bloque de constitucionalidad.* IV. *Tribunal administrativo local: control difuso.* V. *Conclusiones.* VI. *Fuentes de Información.*

PALABRAS CLAVE. Control convencional, control difuso, Justicia, Administrativa, Tribunal, Interpretación.

23

I. EVOLUCIÓN DEL CONTROL CONCENTRADO Y DIFUSO.

Conforme a la interpretación sistemática de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, determinó que es atribución exclusiva del Poder Judicial de la Federación el control judicial de la constitución y que el citado precepto no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del Congreso de la Unión.

Esa línea de pensamiento, evolucionó conforme a la sentencia emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el expediente varios 912/2010, de catorce

¹⁰ Secretario de Sala Penal; Juez Mixto de Primera Instancia del Estado de Michoacán; Secretario de Juzgado de Distrito y Tribunal Colegiado de Circuito; actualmente, Secretario de Estudio y Cuenta del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán. Curso de Especialidad Justicia Administrativa y curso de Maestría en Derecho Político y Administración Pública en el Instituto Internacional del Derecho y del Estado.

de julio de 2011, señaló que todas las autoridades del país, de conformidad con lo previsto por el artículo 1° constitucional, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales firmados por el Estado Mexicano, sino también por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trata, lo que se entiende en la doctrina como principio pro persona.

Asimismo, sostuvo que los mandatos contenidos en el nuevo artículo 1° constitucional, debían ponderarse junto con lo establecido por el diverso artículo 133 de la Constitución Federal, para determinar el marco dentro del que debe realizarse este control de convencionalidad, lo cual claramente será distinto al control concentrado que tradicionalmente operaba en nuestro sistema jurídico.

Señaló además, que es en el caso de la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133, en relación con el artículo 1° en donde los Jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior, precisándose que si bien los jueces no puede hacer una declaratoria general de invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículo 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligadas a dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados.

Así, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, precisó que para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente, pues no podría entenderse un control como el que se indica si no parte de un control de constitucionalidad general que se desprende

del análisis sistemático de los artículo 1º y 133 de la Constitución Federal y es parte de la esencia de la función judicial.

El Pleno agregó que este tipo de interpretaciones por parte de los Jueces presupone realizar tres pasos:

- a) Interpretación conforme en sentido amplio. Significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a todas las personas la protección más amplia.
- b) Interpretación conforme en sentido estricto. Cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de presunción constitucionalidad de las leyes, preferir a aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte para evitar o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.
- c) Inaplicabilidad de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles.

Agregó que actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano que son acordes con modelo de control de convencionalidad en los términos apuntados.

En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con las vías directa de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto. En segundo término, el control por parte del resto de los Jueces del país durante los procesos ordinarios en los que son competentes.

También, destacó el Pleno, todas las autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar la incompatibilidad de las mismas.

Añadió que ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema que es concentrado en una parte y difuso en otra y que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, los que fundamentalmente fluyan hacia la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que ésta determine cuál es la interpretación que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional.

Conforme a la ejecutoria emitida en el expediente de varios 912/2010, reseñada con antelación y las tesis que derivaron de dicho asunto, los Jueces que no forman parte del Poder Judicial de la Federación no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico nacional las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como si sucede en las vías de control directa establecidas en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución Federal), pero sí están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia los contenidos de la Constitución y los tratados en esta materia. Por tanto, el método de convencionalidad ex officio (control difuso), deben ejercerlo no solo el Poder Judicial de la Federación, sino

también los tribunales administrativos federales, y en el ámbito local, los tribunales judiciales, administrativos y electorales.

Posteriormente, a la emisión de la ejecutoria precisada con antelación, se planteó una modificación del criterio jurisprudencial del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación contenido en las jurisprudencias P./J. 73/99 y P./J. 74/99, con los rubros:

“CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.”

“CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.”

27

Lo anterior dio origen a la formación del expediente de solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, el cual se resolvió a través de la ejecutoria emitida el veinticinco de octubre de dos mil once, en el sentido de que lo que establece el artículo 1º constitucional reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, atento al principio de supremacía constitucional, los Jueces del Estado Mexicano al conocer de los asuntos de su competencia, deben hacer prevalecer los derechos humanos reconocidos en la Norma Fundamental y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, a pesar de las disposiciones en que contrario que puedan preverse en los ordenamientos que les corresponda aplicar para resolver los asuntos. Dicha determinación llevó a dejar sin efectos las jurisprudencias P./J. 73/99 y P./J. 74/99.

Bajo ese contexto, atendiendo a las interpretaciones realizadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de lo estipulado en el artículo 133 en relación con el 1º, ambos de la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, actualmente existen dos vertientes del modelo de control constitucional en el orden jurídico mexicano, por una parte, el control concentrado de los órganos del Poder Judicial de la Federación y por otra parte, el control por parte del resto de los jueces del país durante los procesos ordinarios en los que son competentes.

II. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

El control de convencionalidad, citando a Manuel de Jesús Equivel Leyva: “es un principio con estándares y reglas provenientes de tribunales internacionales, con el derecho interno y con la garantía de acceso a la justicia, como una herramienta eficaz y obligatoria para los jueces nacionales y para hacer efectivos los derechos humanos.” Y añadió, que el referido control “encuentra su antecedente en el concepto de control de constitucionalidad, que consiste en hacer valer el principio de supremacía constitucional a través de su defensa, para que los juzgadores de no deban aplicar normas que vayan en contra de ella, es decir, verifican si las normas contradicen a la Constitución.”

Por su parte, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, señala que “el control difuso de convencionalidad consiste en el deber de los jueces nacionales de realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.”

Los órganos jurisdiccionales nacionales no solo deben atender al derecho interno, sino que tienen que verificar que las leyes aplicables al caso particular, resultan compatibles con la Convención Americana de los Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales y con ello, evitar que las disposiciones no contradigan los derechos humanos.

El control difuso de convencionalidad deriva del artículo 29 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, en virtud del cual todos los órganos del Estado que la suscribieron se encuentran obligados de la manera más amplia posible el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en dicha Convención.

El control difuso no implica que los jueces puedan hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que se consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución o en los tratados internacionales, pero sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados internacionales.

Lo anterior porque el artículo 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos estatuye que los Estados Parte se comprometen a respetar los hechos que ella establece, pero también a garantizar su pleno y libre ejercicio. Y en artículo 2° establece el deber de adoptar disposiciones de carácter interno a efecto de adoptar disposiciones de carácter interno a efecto de dotar de plena efectividad a sus normas.

De tal manera que todos los jueces, al ejercer el control de convencionalidad, al advertir violación a los derechos humanos, le permite adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento de los derechos vulnerados en perjuicio del gobernado con motivo del acto de autoridad, en función de los tratados internacionales de los que sea parte el Estado Mexicano, lo que implica que siempre deben realizar la interpretación más armónica y favorable y de mayor efectividad en la tutela de los derechos.

Al respecto, Marcos Del Rosario Castellanos, señala: “Ahora, por vía de la interpretación conforme y el principio pro persona, se busca que prevalezca el mejor derecho regulado ya sea que se encuentre inserto en una norma constitucional, en un Tratado, o bien, en cualquier otro dispositivo normativo.”

El principio pro persona se encuentra previsto en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que implica, atendiendo a lo sostenido por los tribunales federales, que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que se trata de derechos protegidos y por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.

Así, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dejado de tener el monopolio para la interpretación de los derechos humanos, sino que corresponde a todas las autoridades y órganos jurisdiccionales, vigilar y proteger los derechos humanos.

30

III. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.

La incorporación de los derechos humanos de fuente internacional al catálogo de los derechos fundamentales en las constituciones nacionales constituye el “bloque de constitucionalidad”, basándose en los principios operativos de todo el sistema jurídico: el principio pro homine y principio de interpretación conforme, sin ellos sería materialmente imposible hacer valer el cumplimiento y tutela de los derechos humanos.

IV. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO LOCAL: CONTROL DIFUSO.

Conforme a los artículos 116, fracciones III y V y 73, fracción XXIX-H de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la competencia de los tribunales contenciosos administrativos, se circunscribe a dirimir controversias suscitadas entre la administración pública del poder ejecutivo local, central o paraestatal y los particulares.

Por su parte, el Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán, se creó por el Legislador en el artículo 95 del Código de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán, como un órgano autónomo, independiente de sus resoluciones y de jurisdicción plena en materia administrativa con sujeción a los principios de igualdad, publicidad, audiencia y legalidad. Y tendrá competencia como dirimir y resolver controversias que se susciten por actos u omisiones de naturaleza administrativa o fiscal entre el Poder Ejecutivo, los Ayuntamientos y los organismos autónomos, las entidades u organismos descentralizados o desconcentrados, estatales o municipales y los particulares.

Por su parte, el artículo 155, fracción IV, del Código de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán, se otorga competencia al Tribunal de Justicia Administrativa para conocer del juicio contra normas de carácter general consistentes en reglamentos, decretos, circulares, manuales, directivas, instructivos, manuales, a que alude el artículo 9 del Código citado, cuando sean autoaplicativas o cuando el interesado los controvierta en unión del primer acto concreto de aplicación.

Para llevar a cabo lo anterior, no se realiza un control de constitucionalidad, sino de difuso.

En efecto, el control difuso, adquiere importancia para la efectividad de los derechos humanos, por lo que los tribunales estatales atendiendo lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, podrán ejercer el control difuso. Para llevarlo a cabo, será necesario atender a las directrices que al respecto estableció la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia 2ª./J. 16/2014 (10ª) del rubro: “CONTROL DIFUSO. SU EJERCICIO EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”, a través de la cual determinó que cuando se ejerce el control difuso en el juicio contencioso administrativo, el tema de constitucionalidad o inconvencionalidad no es materia de la litis, porque ésta se limita a la materia de legalidad y por razón de la función jurisdiccional, puede ejercer el control difuso.

Añadió la referida jurisprudencia, que cuando, el actor formula conceptos de nulidad expresos y solicita que se ejerza el control difuso respecto de determinada norma y de existir coincidencia entre lo expresado en el concepto de violación y el criterio del tribunal, éste podrá inaplicar la norma, expresando las razones jurídicas de su decisión. En cambio, de considerar que la norma no tiene méritos para ser inaplicada, bastara con que mencione que no advirtió violación alguna de derechos humanos, para que se estime que realizó el control difuso y con ello respetó el principio de exhaustividad que rige el dictado de sus sentencias, sin que sea necesario que desarrolle una justificación jurídica extensiva en la sentencia.

También señaló que cuando se hubiera omitido el análisis por parte de la Sala, ello no amerita conceder el amparo, porque el Poder Judicial de la Federación tiene competencia primigenia respecto del control de constitucionalidad de normas generales y por ello, abordar el estudio en la sentencia.

Por consiguiente, el control difuso que efectúa el Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán, no implica que se haga un pronunciamiento sobre la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas generales, puesto que el control difuso, comprende el

análisis de legalidad. Para ello, se apoya en el derecho interno, como en los tratados internacionales, a fin de proteger los derechos humanos de los particulares afectados con los actos de autoridad.

V. CONCLUSIONES.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la interpretación de la ley fundamental reconoció que los tribunales administrativos lleven a cabo el control difuso.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a través de sus artículos 1° y 133 permite el control de difuso de convencionalidad a cargo de los tribunales administrativos, en materia de derechos humanos.

El control difuso del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán, es de legalidad y solo podrá inaplicar la norma, pero no expulsarla del sistema jurídico.

El control concentrado o directo corresponde a los Tribunales Federales.

Todas las autoridades están obligadas a proteger los derechos humanos, pero existen resistencias para lograr ese objetivo, por lo que será necesario realizar actividades a fin de que las autoridades armonicen sus normas en materia de derechos humanos.

VI. FUENTES DE INFORMACIÓN.

Electrónicas.

Marcos. De la Supremacía Constitucional a la Supremacía de Convencionalidad. La Nueva Conformación del Bloque de Constitucionalidad en México, <https://revistas-colaboración.jurídicas.unam.mx/index.php/quid-iuris/article/viewFile/17477/15685>

ESQUIVEL LEYVA, Manuel de Jesús. El Control de Convencionalidad en el Sistema Jurídico Mexicano, <https://archivos.jurídicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3980/18.pdf>

FERRER MAC GREGOR, Eduardo. El Control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional, <https://archivos.jurídicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/9.pdf>

FERRER MAC GREGOR, Eduardo. Interpretación Conforme y Control difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano, <https://archivos.jurídicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/14.pdf>

Normativas.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Michoacán de Ocampo.

Código de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán de Ocampo.

Convención Americana

Institucionales.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Semanario Judicial de la Federación
y su Gaceta.

DERECHOS HUMANOS DENTRO DEL JUICIO DE NULIDAD ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA DEL ESTADO DE MICHOACÁN DE OCAMPO

Fabricio DORANTES ROMERO¹¹

SUMARIO. *I. Introducción II. Derechos humanos comunes en los procedimientos III. El juicio de nulidad y los principales derechos humanos. IV. Conclusión. V. Fuentes de Información.*

PALABRAS CLAVES. Derechos Humanos, Juicio de Nulidad, Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán.

36

I. INTRODUCCIÓN

Es sabido por todos, que los derechos humanos han permeado el Sistema Jurídico Mexicano, son ya la clave para que un procedimiento se inicie, desarrolle y concluya legalmente así como objeto de expresión y con ello análisis, en los argumentos de las partes de un juicio; los Tribunales del Estado, en todas sus materias instancias, ya resuelven conforme a ellos. El Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán, no es la excepción; sin embargo existen algunos que son comunes prácticamente en todos los juicio de nulidad

¹¹ Licenciado en Derecho por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, con curso de Especialidad en Justicia Administrativa por la misma Institución y estudio de Maestría en Derecho Político y Administración Pública en el Instituto Internacional del Derecho y del Estado. Diplomado en Introducción a la Función Jurisdiccional así como en Retórica y Argumentación Jurídica. Abogado litigante y actualmente Secretario de Estudio y Cuenta del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán.

presentados ante dicho órgano constitucional autónomo, de ahí que sea útil señalar desde su praxis, cuales son los que en esta materia e instancia, resultan indispensables atender.

II. DERECHOS HUMANOS COMUNES EN LOS PROCEDIMIENTOS

Los derechos humanos como definición son el conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente¹².

Son principios de los derechos humanos, bien sabidos por todos, por lo que sólo serán enunciados, los de Universalidad -No discriminación-, Interdependencia, Invisibilidad, Progresividad -No regresión- y obviamente son obligaciones del Estado, Promover, Respetar Proteger, Garantizar, Prevenir, Investigar, Sancionar y Reparar.

37

Resulta importante señalar que el Estado puede llegar a ser responsable de violar los derechos humanos por: Acción (como consecuencia de un hacer o actuar del Estado o sus agentes), Aquiescencia (como consecuencia del consentimiento tácito del Estado o sus agentes), u Omisión (como resultado que el Estado o sus agentes no actúen cuando debían hacerlo).

Y, también se señala que el sistema interamericano de derechos humanos se fundamenta en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en 1948, la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), en 1948 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita el 1969 y vigente desde 1978.

¹² Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México 1984. t. III, D, página 223.

Ahora, en todas las instancias jurisdiccionales existen formalidades, requisitos y etapas que deben de cumplirse para que pueda válidamente desarrollarse un proceso o juicio y dictar sentencia. Pero, aquellas, están actualmente sujetas a la constitucionalidad y convencionalidad de los derechos y garantías que deben tener las partes de un juicio.

De ahí que el presente trabajo pretenda enunciar los derechos humanos comunes que encontramos en los juicios sometidos ante los órganos impartidores de justicia, entendiendo que pueden ser más de ellos, sin embargo se comentarán los más comunes.

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Derecho humano establecido en los artículos 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que implica la capacidad de ser titular de derechos, esto es ser sujeto de derechos y obligaciones –capacidad de goce-.

El derecho a las garantías judiciales. Fundamento. Artículos 8.1 y 25.1, del Pacto de San José Costa Rica, para ser oído con las debidas garantías, dentro de un proceso razonable por un tribunal competente, independiente e imparcial, para la determinación de los derechos u obligaciones.

El principio de legalidad y de no retroactividad. Fundamento; artículo 9 de la citada convención, que en esencia señala que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.

El derecho humano al debido proceso contenida en el artículo 14 Constitucional, se integra con la notificación del inicio del procedimiento; la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; la oportunidad de alegar; y, una resolución que dirima las cuestiones debatidas; así como el derecho a contar con un abogado, a no declarar contra sí mismo o a conocer la causa del procedimiento sancionatorio; el derecho a contar con un traductor o intérprete, -tratándose de grupos vulnerables-, entre otras de igual naturaleza.

El derecho a la protección de la honra y de la dignidad. Artículos 5, 11 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, disponen que todas las personas son iguales; por ende, tienen derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, así como su honra y reconocimiento de su dignidad, así como la protección de sus datos personales.

Derecho Humano a La Tutela Judicial Efectiva. La tutela judicial efectiva, consagrada como derecho humano en los artículos 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 8, numeral 1 y 25, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su vertiente de recurso efectivo, implica la obligación para los tribunales de resolver los conflictos que se les plantean sin obstáculos o dilaciones innecesarias y evitando formalismos o interpretaciones no razonables que impidan o dificulten el enjuiciamiento de fondo y la auténtica tutela judicial. Solo deben requerirse las formalidades necesarias, razonables y proporcionales al caso, para lograr su trámite y resolución y que los órganos encargados de administrar justicia deben asumir una actitud de facilitadores del acceso a la jurisdicción. Aquí podemos encontrar el principio pro actione de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción, por lo que el Tribunal debe buscar en cada caso la interpretación más favorable al ejercicio de la acción.

Derecho Humano a la Igualdad. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, obliga a que al pretender resolver sobre una ley contiene una distinción basada en una categoría sospechosa, es decir, en alguno de los criterios enunciados en el último párrafo del artículo 1o.

constitucional (el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas), el Tribunal debe realizar un escrutinio estricto de la medida para examinar su constitucionalidad a la luz del principio de igualdad, puesto que estas distinciones están afectadas de una presunción de inconstitucionalidad.

Derecho Humano a un medio ambiente adecuado; artículos 1 y 4 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", así como el 4o., quinto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que la protección al medio ambiente es de tal importancia al interés social que implica y justifica, en cuanto resulten disponibles, restricciones para preservar y mantener ese interés en las leyes que establecen el orden público; proteger el ambiente, conservar el patrimonio natural, propiciar el desarrollo sustentable del Estado y establecer las bases para -entre otros casos- tutelar en el ámbito de la jurisdicción estatal, el derecho de toda persona a disfrutar de un ambiente adecuado para su desarrollo, salud y bienestar, así como prevenir y controlar la contaminación del aire, el agua y el suelo y conservar el patrimonio natural de la sociedad.

40

III. EL JUICIO DE NULIDAD Y TRIBUNAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

El juicio de nulidad o también llamado juicio contencioso administrativo, al ser un proceso jurisdiccional, garantiza los derechos humanos que se han venido desarrollando a lo largo del presente trabajo.

Algunos de ellos son garantizados por disposición del Código de Justicia Administrativa del Estado, pero otros se respetan a través jurisprudencia obligatoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tratados internacionales de los que México forma parte.

El primero de ellos se respecta al tener un Tribunal y Magistrados que permiten resolver, pues el Tribunal de Justicia Administrativa es un órgano autónomo que de forma imparcial regula los actos y procedimientos administrativos entre el particular y las dependencias, coordinaciones, entidades y organismos públicos desconcentrados del Poder Ejecutivo Estatal, la Auditoría Superior de Michoacán, los Organismos Públicos Autónomos y como bases normativas para los ayuntamientos y las dependencias, entidades y organismos públicos desconcentrados de la Administración Pública Municipal. Así como garantiza el acceso a la justicia administrativa en el Estado de Michoacán.

La personalidad jurídica se reconoce al no ser necesario para accionar en el juicio de nulidad, la autorización o cédula profesional de un abogado; si bien resulta necesaria para poder firmar a nombre de una persona, interponer recursos etc., lo cierto es que para acudir al Tribunal basta hacerlo por propio derecho, que implica una legitimación y acceso efectivo a la justicia administrativa, pudiendo siempre comparecer el afectado del acto de autoridad hasta obtener sentencia definitiva.

Obviamente para presentar una demanda de juicio de nulidad, deben cumplirse ciertos requisitos, establecidos por el Código de Justicia Administrativa del Estado en sus artículos 230 y 232, la firma, señalar el acto impugnado, y hacerlo en el plazo de cuarenta y cinco días; mismo que no riñe con el acceso a la justicia al ser un término razonable para realizar un planteamiento ante el Tribunal lo cual constituye un legítimo presupuesto procesal que no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva.

También, se destaca el derecho de presentar medios probatorios y de solicitar medidas cautelares. Medios de convicción que como cualquier materia, deben ser lícitos y no contravenir con el orden público, todo ello siempre buscando el respeto a la igualdad procesal, para que cada parte tenga los derechos de defensa, alegación y no se le impongan cargas excesivas.

También se prevé el desahogo de una audiencia, en la cual se señalen las pruebas ofrecidas por las partes y otorga el derecho de alegar; después viene el derecho a una sentencia fundada en derecho, pues las resoluciones que dicta el Tribunal, obviamente deben contener fundamentación y motivación así como resolver la cuestión efectivamente planteada, que se traduciría en congruencia y exhaustividad.

En esta parte surge también la aplicación del principio pro persona, pues normalmente es hasta la sentencia definitiva cuando se realiza la interpretación y aplicación de las normas al verificar la legalidad o no de los actos de autoridad, para que el Tribunal a partir de una interpretación de normas que lleve a la protección eficaz de las personas, resuelva los casos concretos, sobre todo en tratándose de grupos vulnerables, como mujeres, menores de edad, indígenas, entre otros.

Finalmente se busca también cumplir con el derecho de ejecución del fallo y el principio de cosa juzgada non bis in ídem; lo primero con la imposición de medios de apremio que permite el Tribunal hacer cumplir sus determinaciones y ejecutar la nulidad total o parcial así como pago de daños y perjuicios. Lo segundo, como causal de improcedencia que puede oficiosamente hacerse valer por el Tribunal.

Importante resulta también, el derecho humano de legalidad y no retroactividad, el cual es vital en materia fiscal y de responsabilidad administrativa de servidores públicos, la cual

implica que las sanciones deben estar en la ley de forma previa al acto o bien la comisión de la presunta conducta irregular, vinculado esta con la presunción de inocencia que debe respetarse para proteger también la honra y dignidad de los administrados, que por regla general son la parte accionante en el juicio de nulidad.

Y, es precisamente en esta materia de responsabilidad administrativa de servidores públicos que al ser aplicados sus principios del derecho penal toda vez que atrae conceptos como falta, sanción, facultad potestativa del Estado para sancionar que se asemejan a los de delito, pena y el ius puniendi del Estado, se aplican y conocen distintos derechos humanos que rigen mayormente a la materia penal pero que con las adecuaciones necesarias son extensivos al procedimiento administrativo sancionador.

El derecho humano a defensa adecuada implica también el deber de que el tribunal cuente con medios de impugnación efectivos, que en caso resulta ser el recurso de reconsideración; además de incidentes y quejas, que buscan su garantía. Empero, por la estructura orgánica del propio tribunal, no se cuenta con una doble instancia o segundo grado de jurisdicción pues sólo es una Sala Colegiada, por lo que las resoluciones definitivas deben ser impugnadas vía amparo –directo o bien indirecto-. Verbigracia. Sentencia incidental o sentencia definitiva. Y solo las decisiones tomadas de forma unitaria por los Magistrados Instructores, pueden ser objeto de revisión en Pleno a través del recurso de reconsideración; e.g. sobreseimiento del juicio.

Es de destacar que el Tribunal cuenta con una defensoría jurídica gratuita, que brinda orientación en la materia, garantizando también el derecho a la asistencia jurídica especializada pues basta que el particular acuda y autorice la presentación de cierta demanda, para que el defensor jurídico apoye e incluso desarrolle el multicitado juicio de nulidad.

Parte de la competencia del Tribunal implica el tutelar el derecho a un medio ambiente adecuado y el acceso al agua potable. Lo anterior, pues el Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán, puede analizar la legalidad de los actos emitidos en materia de aguas, descargas residuales, forestales, entre otros, derivado de procedimientos, multas o cobros en estas materias, emitidas por autoridades municipales o estatales lo que de suyo implica tener presente tal derecho fundamental.

IV. CONCLUSIONES.

Los derechos humanos y la exigencia de su respecto en los procesos jurisdiccionales ha sido materia de numerosos análisis doctrinales y jurisprudenciales; pero sobre todo, de un cambio en el paradigma del pronunciamiento de resoluciones ante los órganos de impartición de justicia. El Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán no es la excepción; aunque es un tribunal joven con apenas diez años de vida en la impartición de esta materia, ha sido permeada también por los cambios derivados de la aplicación de derechos humanos, lo que implica que los operadores jurídicos y las partes, se encuentren capacitados para respetar y resolver conforme a aquellos.

Lo amplio de la competencia del Tribunal, permite el conocer y respetar diversos derechos humanos de índole distintas, como de materia penal, medio ambiente, procesales, entre otros, lo que implica que sea un órgano de impartición de justicia que en su labor diaria encuentre derechos humanos que buscan sean respetados.

V. FUENTES DE INFORMACIÓN.

Bibliográfica.

OLIVOS CAMPOS, José René (Coordinador). Derechos Humanos en Ibero-América.
Centro de Investigación y Desarrollo del Estado de Michoacán. Primera Edición.
México 2010.

Normativas.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
Código de Justicia Administrativa del Estado.

Electrónicas.

www.oas.org/es/

www.corteidh.or.cr/

www.cidh.oas.org/

www.juridicas.unam.mx/

<https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/tesis.aspx>

LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Joanna Margarita MORENO MANZO¹³

SUMARIO: I. *La política pública y su ciclo.* II. *La Importancia del Diagnóstico en las Políticas Públicas de Derechos Humano.* III. Un enfoque *bottom-up* de la política pública de derechos humanos. IV. Una propuesta de diagnóstico para Michoacán. V. *Conclusiones.* VI. *Fuentes de Información.*

PALABRAS CLAVES: Políticas Públicas, Enfoque Bottom-Up, Derechos Humanos.

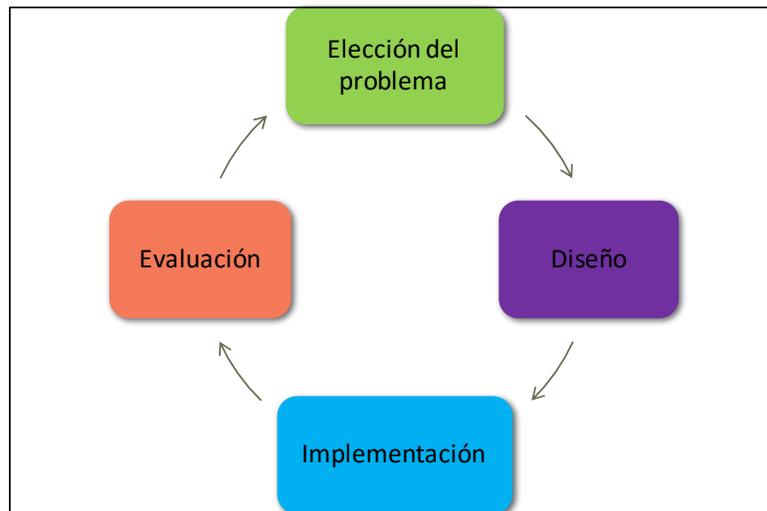
I. LA POLÍTICA PÚBLICA Y SU CICLO.

46

Las políticas públicas son las respuestas que da el estado, más precisamente el gobierno, a situaciones socialmente problemáticas (Pasquino, 2011). De acuerdo con Merino (2013) las políticas públicas se deben entender como un ciclo articulado conformado por diversas etapas, el autor expresa que al entenderlas como un ciclo es más sencillo identificar los principales obstáculos y así, poder lograr la solución del problema que las justifica.

¹³ Estudiante de Doctorado en Políticas Públicas, Instituto de Investigaciones Económicas y Empresariales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2016. Maestría en Comunicación Política, Universidad de Leeds, Leeds, Inglaterra. 2013 – 2014. Licenciado en Derecho, Título con Mención Honorífica, Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, 2006 – 2011.

Consejera Ciudadana, Comisión Estatal de Derechos Humanos, en el Estado de Michoacán, durante el periodo de octubre 2015 – Julio 2017. Profesora de Cátedra, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey.



Los Derechos Humanos deben ser analizados como una política transversal y convertirse en un enfoque para todas las demás políticas.

47

Durante el ciclo de las políticas públicas los problemas, las propuestas y las demandas son transformadas en programas gubernamentales (Jann y Wegrich, 2007).

Fuente: Elaboración propia con base en Merino, 2013.

Merino (2013), explica que la selección de un problema público implica identificarlo, definirlo, descubrir sus causas, identificar los actores involucrados en él, para entonces poder hacer un análisis de cómo se llevaría dicho problema a la agenda pública, buscar las posibles soluciones y por último justificar la decisión de una propuesta de política pública particular que habrá de dar solución al problema planteado.

Parsons (2007) pone de relieve la importancia de reconocer un problema que se habrá de solucionar a través de una política pública, el autor manifiesta que es vital para el éxito de la política que se elija un problema que en verdad sea público. Jones (1971) expresa que aquella persona que identifica el problema social será el que delinee las directrices para su discusión.

Merino (2013) establece que el primer reto en la elaboración de políticas públicas es justificar la intervención del Estado para resolver un problema en particular puesto que los recursos del estado tanto humanos como materiales son limitados.

Merino (2013) establece que una política pública no solo es la solución a una dificultad circunstancial, sino una “definición puntual de propósitos de más largo aliento, planteados en términos de la superación causal de un problema público” (p. 112); para el autor, la política debe ser una propuesta de acción integral y de largo plazo.

De acuerdo con la OECD (2012) la evaluación se puede definir como el hacer juicios del valor de un sujeto de evaluación, también la define como el proceso de determinar el valor o significancia de una actividad, una política o programa; para la OECD la evaluación debe ser un proceso sistemático y tan objetivo como sea posible.

II. LA IMPORTANCIA DEL DIAGNÓSTICO EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DERECHOS HUMANOS

Realizar un diagnóstico adecuado de un problema público es de gran utilidad para la toma de decisiones, los gobiernos se enfrentan a problemas públicos y necesidades infinitas ante presupuestos y recursos limitados, por lo tanto, debe actuar con base en elementos objetivos que muestren que las acciones que se realizarán en verdad solucionarán el problema público y que éste se resolverá de la manera más eficiente. En esta sección se han identificado cuatro principales razones por las que se debe hacer un diagnóstico del problema público, 1) lograr identificar el problema, definirlo y descubrir sus causas; 2) identificar los actores involucrados; 3) buscar las posibles soluciones y 4) poder justificar la decisión de la política pública. En los párrafos subsecuentes se desarrollarán cada una de ellas.

a) Identificar el problema público, definirlo y descubrir sus causas

De acuerdo con Parsons (2007) un problema debe ser definido, estructurado, delimitado y además debe recibir un nombre particular; para el autor, es necesario conceptualizar el problema para poder analizar las causas y sólo así, plantear una o varias soluciones. Varios autores (Merino, 2013; Parsons, 2007) coinciden en que es necesario definir al problema desde sus causas, ya que sólo así se entenderá a cabalidad.

Algunos autores tales como Jann y Wegrich (2007) y Sidney (2007) afirman que para el diseño de una política o particularmente de un programa es necesario saber cómo es que el problema formó parte de la agenda pública, que otras alternativas se analizaron y si tomaron en cuenta a los actores involucrados para entonces proceder a la toma de decisiones.

En el caso particular de los derechos humanos, el problema público puede ser las violaciones a los derechos humanos o la falta de garantías a los derechos humanos, aunque pareciera evidente, hay que distinguir cuál es la problemática que se quiere solucionar.

49

b) Identificar los actores involucrados en el problema público

Stein et al. (2006) establecen que en el proceso de formulación de las políticas públicas existen diversos actores, los autores ponen de manifiesto algunos tales como los partidos políticos, el poder legislativo, el jefe del ejecutivo federal, la burocracia, los gobiernos locales, el poder judicial y la sociedad civil. En materia de derechos humanos como ya se había mencionado la política pública es transversal, por lo que una gran cantidad de actores se involucran, prácticamente todos los miembros de la administración pública, los otros poderes e incluso organismos autónomos como garantes de los derechos humanos.

Lindblom y Woodhouse (1993) afirman que no solo los funcionarios públicos que gozan de atención por parte de los medios de comunicación son los únicos actores involucrados en el proceso de elaboración de las políticas públicas, sino también lo son los otros tales como empresarios, los partidos políticos y las organizaciones de la sociedad civil.

Es importante tomar en cuenta que los actores interactúan en la arena política, de acuerdo con Lilleker (2006) la arena o esfera pública es el espacio en el que ocurre el debate, un espacio hipotético en el cual todos habitamos, generando y compartiendo ideas, es el lugar en el que se crea el conocimiento social y se construye la opinión pública.

c) Buscar las posibles soluciones

Algunos autores (Parsons, 2007; Merino, 2013) manifiestan que es indispensable analizar las diversas alternativas para solucionar el problema público, para el caso de este trabajo planteamos que la solución es que los gobiernos municipales gocen de una buena reputación.

La toma de decisiones debe basarse en información, para entonces con base en ella decidir por más adecuado, ésta se puede definir como “un proceso en el que se elige o se selecciona determinada opción, la cual implica un punto o una serie de puntos en el tiempo y el espacio que marca el momento en el que los diseñadores de las políticas públicas asignan valores” (Parsons, 2007, p. 273).

d) Justificar la decisión de una propuesta de política pública

Se ha mencionado que los recursos públicos son limitados, por lo que es importante que se utilicen de la mejor manera, además, hay problemas públicos que vulneran bienes jurídicos tutelables de la mayor valía como son los derechos humanos, ya que estos implican el derecho a la vida, libertades básicas, derechos sociales, culturales, entre otros; por lo que el actuar del gobierno para protegerlos y garantizarlos no sólo debe hacerse utilizando los recursos de manera más eficiente, sino también con resultados precisos y en el menor tiempo posible.

Majone (1997) expresa que los argumentos persuasivos tienen un papel determinante en la elaboración de políticas públicas, para el autor, es necesario que los actores involucrados en la elaboración de las políticas justifiquen por qué una alternativa de solución es mejor que otra, pero no sólo que justifiquen, sino que logre persuadir a los demás. En la siguiente sección se tratará de un enfoque particular para realizar no sólo el diagnóstico, diseño sino la implementación de las políticas públicas.

51

III. UN ENFOQUE *BOTTOM-UP* DE LA POLÍTICA PÚBLICA DE DERECHOS HUMANOS

La implementación se puede definir como el conjunto de decisiones y acciones llevadas a cabo por actores públicos, paraestatales y privados, enmarcadas por un programa de actuación que regulan las reglas institucionales específicas a la política en cuestión y realizadas con la intención de crear, influenciar o controlar la construcción de una red de acción pública, la concepción de una estrategia de implementación bajo la forma de planes de acción y las decisiones o acciones concretas destinadas a los grupos objetivos (Subirats et al. 2008).

Pülzl y Treib (2007) retomando a los principales autores del enfoque tales como Lipsky (1971) define la implementación *bottom-up* como aquella en la que los burócratas locales son los principales actores en la implementación de la política y conciben la implementación como un proceso de negociación entre redes de implementadores. Lipsky (1971) describe cómo en la implementación es importante considerar el comportamiento de los servidores públicos llamados *street level bureaucrats*.

Para la política pública de derechos humanos, particularmente en el estado de Michoacán, es vital que desde el diagnóstico del problema público se realice con un enfoque *bottom-up*, es indispensable escuchar las necesidades y las dificultades diarias para implementar programas o para proteger derechos humanos de aquellos funcionarios que tienen trato directo con el ciudadano, el servidor público que se encuentra al “nivel de la calle”, del policía que en ocasiones sin la adecuada preparación tiene que respetar derechos humanos al realizar una detención, de el director de una guardería que sin los recursos adecuados tiene que garantizar derechos fundamentales básicos a menores con alguna discapacidad. Además vale la pena recordar que el estado de Michoacán ha atravesado en los últimos años por circunstancias particulares que han vulnerado el estado de derecho y por ende la garantía de derechos humanos, es indispensable que las políticas públicas de derechos humanos se hagan observando la realidad de cada una de las regiones del estado, de los 113 municipios, de las comunidades indígenas y de todos y cada uno de los grupos vulnerables en el estado.

En los párrafos siguientes y a manera de conclusión, se hace una propuesta para realizar un diagnóstico en el estado de Michoacán en materia de derechos humanos para el posterior diseño e implementación de la política pública pertinente.

IV. UNA PROPUESTA DE DIAGNÓSTICO PARA MICHOACÁN

Para realizar el diagnóstico de los derechos humanos en el estado de Michoacán, se propone una metodología mixta, por una parte con métodos cuantitativos a través de una encuesta estatal para conocer el *status* que guardan los derechos humanos en el estado; en tanto que a métodos cualitativos se propone utilizar narrativa, entrevistas y *focus groups* para conocer la narrativa de los actores involucrados en la protección de los derechos humanos, tales como funcionarios públicos, la Comisión Estatal de Derechos Humanos, otros poderes encargados de la legislación y judicialización de los derechos humanos; así como de los principales colectivos, asociaciones y grupos vulnerables.

Al realizar este diagnóstico, que cabe aclarar que habrá de hacerse de manera periódica para una evaluación continua de la política pública, se debe concluir la elaboración del Programa Estatal de Derechos Humanos, para su posterior implementación y por su puesto evaluación permanente.

¿Quiénes deben involucrarse en el diagnóstico del problema público? La respuesta es sencilla, ¿a quiénes les importa que los derechos humanos se protejan? Se debe involucrar la sociedad civil en general, por supuesto el gobierno es el actor que será rector, los organismos autónomos deberán participar, la academia, pero sobre todo, todos y cada uno de los ciudadanos.

V. FUENTES DE INFORMACIÓN.

Bibliográficas.

- JANN, W. y WEGRICH, K. (2007). Theories of policy cycle. En: Fisher et al. (Eds). *Handbook of Public Policy Analysis*. (pp. 43 – 62). Florida: Taylor & Francis Group.
- JONES, J. (1971). Federal efforts to solve social problems. En: Smigel, E. (ed.), *Handbook on the study of social problems*. Chicago: Rand McNally.
- LILLEKER, D. (2006). *Key Concepts in Political Communication*. London: SAGE Publication Ltd.
- LINDBLOM, C. y Woodhouse, E. (1993). *The policy-making process*. 3a edición. New Jersey: Prentice-Hall.
- LIPSKY, M. (1971). Street Level Bureaucracy and the Analysis of Urban Reform. *Urban Affairs Quarterly*, No. 6, pp. 391–409.
- MAJONE, G. (1997). *Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- MERINO, M. (2013). *Políticas Públicas. Ensayo sobre la intervención del estado en la solución de problemas públicos*. México: CIDE.
- OECD. (2012). *OECD Glossary of Key Terms in Evaluation and Results-Based Management*. OECD Development Assistance Committee: Paris.
- PASQUINO, G. (2011). *Nuevo Curso de la Ciencia Política*. México: Fondo de Cultura Económico.
- PARSONS, W. (2007). *Políticas públicas. Una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas*. México: FLACSO.
- PÜLZL, H. y TREIB, O. (2007). Implementing public policy. En: Fisher et al. (Eds). *Handbook of Public Policy Analysis*. (pp. 89 - 108). Florida: Taylor & Francis Group.

SIDNEY, M. (2007). Policy formulation: design and tools. En: Fisher et al. (Eds). *Handbook of Public Policy Analysis*. (pp. 79 - 88). Florida: Taylor & Francis Group.

STEIN, E. et al. (2006). *La política de las políticas públicas. Progreso económico y social en América Latina. Informe 2006*. México: Editorial Planeta /BID.

SUBIRATS, J. et al. (2008). *Análisis y gestión de políticas públicas*. Barcelona: Editorial Ariel.

**DE LAS INCONSISTENTES JURISPRUDENCIAS Y LA FALTA DE
AUTONOMIA E INDEPENDENCIA JUDICIAL.**

**EN LA MEMORIA DE LOS MINISTROS JOSE RAMON PALACIOS VARGAS
(1916-2004)
y JOSE DE JESUS GUDIÑO PELAYO (1943-2010)**

“Ay de la generación, cuyos jueces merecen ser juzgados”¹⁴

“Defiende tus principios aun cuando tengas que hacerlo solo”¹⁵

“Al referirse a la función creadora del juez, en relación a la interpretación de las normas, compara la labor de aquel ejecutante de una obra musical: son varias las interpretaciones que pueden hacerse de ella, con la condición de que el ejecutante no se aparte de la partitura. Se puede tocar la Barcarola de Chopin de muchas formas, más o menos suave, más o menos lento; todo esto es permisible; pero lo que no se puede, es que el ejecutante toque, con esta partitura, la Marsellesa (...)”¹⁶

56

José Carlos GUERRA AGUILERA¹⁷.

SUMARIO: I.- *El Indebido Activismo Judicial*; II.- *El Obedecimiento Ciego A La Jurisprudencia*; III.- *La Inconsistencia Jurisprudencial*; IV.- *La Inexistencia Jurisprudencial*; V.- *El Jurisprudencialismo*; VI. - *La Falta De Autonomía E Independencia Judicial Por La Jurisprudencia*; VII.- *Las Campanas O Jurisprudencias, Sin Badajo.*

¹⁴ *Talmud*, (Libro sagrado de la religión judía) Ruth rabbá.1.

¹⁵ Jackson Brown. Cantautor.

¹⁶ Ensayos jurídicos en memoria de Jose Maria Cajica C. *El error judicial inexcusable como causa de responsabilidad administrativa*. Jaime Manuel Marroquín Zaleta, página 560.

¹⁷ Abogado, Integrante de la Academia Mexicana de Derechos Humanos y del Instituto Mexicano de Amparo, siendo actualmente delegado de ese Instituto para Guanajuato, Gto. Profesor de Técnicas Jurisprudenciales e Internet Jurídico del Supremo Tribunal de Justicia de Michoacán.

PALABRAS CLAVE: Activismo judicial. Precedente judicial. La Jurisprudencia mexicana. Inexistencia de Jurisprudencias. La falsedad documental de Jurisprudencias. No obligatoriedad de las Jurisprudencias. Jurisprudencialismo. Autonomía e independencia judicial.

I.- EL INDEBIDO ACTIVISMO JUDICIAL.

1.- Lo que antes era el imperio de la Ley, se ha visto mermado con algún activismo judicial. El problema lo apuntó el anterior ministro de la SCJN, Juan N. Silva en el prólogo del libro *Interpretación Conforme*, al indicar: “(...) quiero destacar que el autor apunto que la reforma constitucional se puede enfrentar fundamentalmente a tres riesgos: (...) un desbocado activismo judicial (...)”¹⁸. De la misma manera José Luis Caballero lo indica en el mismo libro, al denunciar: “(...) los “riesgos” que conlleva: (...) un desbocado activismo judicial (...)”¹⁹; también lo señaló el Doctor Leopoldo Gama, de la Universidad de Alicante, en su ensayo “El imperio de los jueces en México: el desastre que viene”,²⁰ cuando refiere la célebre contradicción de tesis 293/2011 y apunta directamente al indicar “(...) los tribunales no son foros apropiados para el activismo político sino para la responsabilidad democrática” y el señalamiento más grave estaría formulado desde 2009, por el actual Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Pedro Salazar Ugarte, en su estupendo libro “Garantismo Espurio”, en donde se denuncia: “(...) los jueces constitucionales asumen activamente el rol de custodios últimos de la Constitución. Y lo hacen en un contexto normativo e institucional que arroja resultado de pronóstico reservado”.²¹ Considera que habría un poder “*simplemente insoportable*” (sic) de los tribunales y que dar a los jueces el control de la constitucionalidad, los “*convertirían a los*

¹⁸ Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, número 90, segunda reimpresión, 2003, México, página XXIII.

¹⁹ Misma obra citada en la nota anterior, ppágina 233.

²⁰ Publicado en la revista *Nexos*, el día 7 de mayo de 2014.

²¹ Confrontar *Garantismo Espurio*, número 8, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, Madrid.

jueces latinoamericanos en un poder político relevante”; precisamente sería ello un garantismo espurio, esa dura la definición conceptual, la da el aludido Salazar Ugarte, a ciertas sentencias del Tribunal Electoral Federal Mexicano.²²

2.- Ciertamente algunas autoridades jurisdiccionales no escrupulosas y lo más grave, no lectoras, ni obedientes a la ley, evaden su cumplimiento, lo que es gravísimo y que implica en algunos casos una notoria ineptitud o descuido en el ejercicio de la función jurisdiccional.²³

II.- EL OBEDECIMIENTO CIEGO A LA JURISPRUDENCIA.

3.- Desde hace tiempo, desde el año de 2004, por ejemplo, las Juntas de Conciliación y Arbitraje y los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, tienen un **obedecimiento ciego**²⁴, a una jurisprudencia extraña, la **2a./J. 91/2004**, que inventa que no hay incidentes de

58

²² Muchas de estas ideas se establecieron en la ponencia **ACTIVISMO JUDICIAL EN MÉXICO: CONVENCIONALIDAD Y JURISPRUDENCIA?**, presentada en el **SEGUNDO SEMINARIO NACIONAL DE DERECHO DE AMPARO**, los días 2 y 3 de mayo de 2014, publicado en la revista *Transparencia y Derechos Humanos: Su tutela vía amparo*, por el Instituto para la Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Michoacán, en el 2014 y en el **DECIMO CONGRESO NACIONAL DE AMPARO** en la ponencia **NUEVO ACTIVISMO JUDICIAL EN MEXICO CONVENCIONALIDAD Y JURISPRUDENCIA**, organizado por la **FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD AUTONOMA DE CHIHUAHUA** y el **INSTITUTO MEXICANO DEL AMPARO** los días 7, 8 y 9 de noviembre de 2014, en Chihuahua, Chihuahua.

²³ Así lo establece la tesis: P. XLIII/2000, de la Novena Época, con número de registro digital: 192150, cuyo elocuente rubro es: **“NOTORIA INEPTITUD O DESCUIDO EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL. CONSTITUYE UN ERROR INEXCUSABLE DEJAR DE APLICAR UNA LEY DESACATANDO UNA DISPOSICIÓN QUE ESTABLECE EXPRESAMENTE SU APLICACIÓN.”**

²⁴ Esta expresión me valió que el Segundo Tribunal Colegiado de Circuito en materia laboral de Guanajuato, Gto; considerara que era una denostación en contra de ellos, en la página 98 de la sentencia del 19 de Septiembre de 2014, del expediente 50/2014 y ahí se indicó textualmente: **“Por último, no pasa inadvertido que el recurrente califica de obedecimiento ciego” y de “omisión grotesca” el proceder del juzgador de amparo; así como “deleznable”, “devastadora” y “descarada” la jurisprudencia que cuestiona de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de anterior integración, de quienes dada su investidura y la alta función constitucional, se presume su objetividad, imparcialidad, independencia, profesionalismo y excelencia como principios asequibles o inmanentes a su cargo; por lo que este tribunal colegiado estima pertinente prevenir al licenciado *****, apoderado legal del quejoso recurrente, para que se abstenga en lo subsecuente de denostar a los juzgadores”.** (sic)

nulidad de actuaciones y que solo existe el incidente de nulidad de notificaciones. Esa jurisprudencia va en contra del artículo 94 párrafo décimo, de la Carta Magna, ya que la jurisprudencia es solo la **interpretación correcta de la Ley**.²⁵ Y lo peor, va en contra de la Ley Laboral que en su artículo 610 permite expresamente ese incidente ²⁶. Y se ha aplicado para evadir las incidencias de nulidades de actuaciones ya que las Juntas de Conciliación y Arbitraje y muchos juzgadores federales, siguen “aprovechando” desde hace trece años, esa nefasta tesis indebidamente, para denegar justicia. Esto es grave al no respetar los derechos humanos, porque implica no solo una clara **denegación de justicia**, a la legalidad ²⁷, al debido proceso y a la seguridad jurídica. Esto es delicado porque además trata de eliminar un **recurso efectivo**.²⁸

4.- La citada tesis jurisprudencial invasora y extraña, de la anterior conformación de la Segunda Sala de la SCJN, que fantasea que no hay “nulidades de actuaciones”, y que casi legisla al indicar que solo existen en la Ley Laboral las incidencias de nulidades de notificaciones, es ésta:

59

²⁵ Ver en la Sexta Época, número de registro del disco óptico de Sistematización de Tesis y Ejecutorias de la SCJN: 390056; de la Primera Sala, que es una Jurisprudencia por reiteración, del Apéndice de 1995, Tesis: 187, **“JURISPRUDENCIA, CONCEPTO DE LA. SU APLICACION NO ES RETROACTIVA. Es inexacto que al aplicarse jurisprudencia surgida con posterioridad a la comisión del delito y a la ley entonces vigente, se viole en perjuicio del acusado el principio jurídico legal de irretroactividad, pues la jurisprudencia no constituye legislación nueva ni diferente, sino sólo es la interpretación correcta de la ley que la Suprema Corte de Justicia efectúa en determinado sentido y que se hace obligatoria por ordenarlo así disposiciones legales expresas, de suerte que su aplicación no es sino la misma de la ley vigente en la época de realización de los hechos que motivaron el proceso penal.”**

²⁶ “Artículo 610. Durante la tramitación de los juicios, hasta formular el proyecto de laudo a que se refieren los artículos 885 y 916 de esta Ley, el Presidente de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje y los de las Juntas Especiales podrán ser sustituidos por auxiliares, pero intervendrán personalmente en la votación de las resoluciones siguientes:

I. Competencia;

II. Personalidad;

III. Nulidad de actuaciones;

IV. Sustitución de patrón;

V. En los casos del artículo 772 de esta Ley; y

VI. Cuando se trate de conflictos colectivos de naturaleza económica, en la que designe perito y en la que ordene la práctica de diligencias a que se refiere el artículo 913.”

²⁷ Ver segundo párrafo del artículo 29 de la Carta Magna en relación con el artículo 27.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

²⁸ Ver el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos que indica que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro **recurso efectivo** ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.

Novena Época

Número de registros del disco óptico de Sistematización de Tesis y

Ejecutorias de la SCJN: 181091 y 181092

Segunda Sala

Jurisprudencia por contradicción.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo XX, Julio de 2004

Materia(s): Laboral

Tesis: 2a./J. 91/2004

Página: 284

NULIDAD. EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL EL INCIDENTE PREVISTO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 762 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO, ÚNICAMENTE²⁹ PROCEDE EN CONTRA DE LAS NOTIFICACIONES PRACTICADAS CON VIOLACIÓN A LO ESTABLECIDO EN EL CAPÍTULO VII DEL TÍTULO CATORCE DE LA LEY CITADA.- De las consideraciones sustentadas por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 36/2002-SS³⁰, de la que derivó la jurisprudencia 2a./J. 65/2002, publicada en el

60

²⁹ Ya desde aquí la Sala “legisla” al poner el adverbio de modo *únicamente*.

³⁰ La tesis en contradicción referida es ésta: Novena Época. - Registro: 186512.- Segunda Sala. - Jurisprudencia. - Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVI, Julio de 2002.- Materia: Laboral. - Tesis: 2a./J. 65/2002.- Página: 259.- **NULIDAD DE NOTIFICACIONES EN EL JUICIO LABORAL. ESTE INCIDENTE, RESPECTO DE LAS PARTES QUE HAN COMPARECIDO, CONSTITUYE UN MEDIO ORDINARIO DE DEFENSA Y DEBE AGOTARSE ANTES DE ACUDIR AL AMPARO, EXCEPTO CUANDO LA PARTE AFECTADA SE ENTERA DESPUÉS DEL LAUDO.-** Los artículos 107, fracción III, incisos a) y b), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 73, fracción XIII, de la Ley de Amparo, establecen lo que se conoce como principio de definitividad en el juicio de garantías, consistente en que el quejoso, previamente al ejercicio de la acción constitucional, debe agotar los medios ordinarios de defensa que prevén los preceptos aplicables, pues de no ser así, el mencionado juicio será improcedente. Ahora bien, de la interpretación conjunta de los artículos 735, 752 y 762 a 765 de la Ley Federal del Trabajo, se concluye que el incidente de nulidad de notificaciones en el juicio laboral satisface los requisitos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido para estimar la existencia de un medio ordinario de defensa, es decir, tiene por objeto anular la notificación que lesiona los intereses del quejoso, con efectos similares a la revocación, está establecido en la citada ley laboral y tiene determinado un procedimiento para su resolución, pues fija un término para su interposición y un plazo para su resolución y, por tanto, constituye una actuación necesaria de las partes que han comparecido al juicio laboral, a fin de que la Junta de Conciliación y Arbitraje se pronuncie, específicamente, sobre la nulidad de las notificaciones que se practiquen en forma distinta a lo prevenido en la ley. Lo anterior es así, porque los medios ordinarios de defensa son instituidos en las leyes para que los afectados los hagan valer, y sólo en caso de no obtener resolución favorable se actualiza

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, julio de 2002, página 259, bajo el rubro: **"NULIDAD DE NOTIFICACIONES EN EL JUICIO LABORAL. ESTE INCIDENTE, RESPECTO DE LAS PARTES QUE HAN COMPARECIDO, CONSTITUYE UN MEDIO ORDINARIO DE DEFENSA Y DEBE AGOTARSE ANTES DE ACUDIR AL AMPARO, EXCEPTO CUANDO LA PARTE AFECTADA SE ENTERA DESPUÉS DEL LAUDO."**, así como del significado en materia procesal laboral del concepto "nulidad de actuaciones" (en forma genérica), se concluye que aun cuando el artículo 762, fracción I, de la Ley Federal del Trabajo, dispone que se tramitará como incidente de previo y especial pronunciamiento, entre otras cuestiones, la "nulidad", **sin especificar a qué tipo se refiere**³¹, lo cierto es que relacionando dicho precepto con el estudio conjunto de los artículos 739 a 751, 761 a 765, y especialmente de lo dispuesto en el 752 de la propia ley, se advierte que **el legislador se refiere**³² **a la nulidad de las notificaciones**, lo que se corrobora si se atiende a los principios de economía, concentración y sencillez que rigen el derecho procesal del trabajo previstos en el artículo 685, así como lo ordenado en el artículo 848 de la ley de la materia, que dispone expresamente que **las resoluciones que dicten las Juntas no pueden ser invalidadas por**

61

el medio extraordinario de defensa, que es el juicio de amparo; de lo contrario, si las partes dentro del juicio ordinario no tuvieran la carga de plantear sus defensas, excepciones o recursos ante la autoridad responsable, a fin de que ésta agote su jurisdicción, el amparo se convertiría en un recurso ordinario y el Juez de amparo suplantaría las facultades del Juez ordinario; además, si los afectados no interponen dichos medios ordinarios de defensa, las violaciones procesales que pudieron haber sido reparadas por la propia autoridad responsable mediante la tramitación del incidente respectivo, no podrán ser atendidas en el juicio de amparo que se promueva; máxime que debe prevalecer lo dispuesto por la fracción V del artículo 159 de la Ley de Amparo, que establece que se considerarán violadas las leyes del procedimiento y que afectan las defensas del quejoso, entre otras, cuando se resuelva ilegalmente un incidente de nulidad, lo que implica la obligatoriedad de su promoción. Sin embargo debe considerarse para la exigencia previa del incidente de nulidad de notificaciones, el momento en el cual el afectado tuvo conocimiento de la violación procesal de que se trata, pues si ello ocurrió antes de dictarse el laudo, el afectado debió interponer el incidente de referencia antes de acudir al juicio de amparo; en cambio, de haber conocido la violación hasta después de emitido el laudo por la Junta del conocimiento, el afectado puede reclamar el laudo en amparo directo junto con la violación procesal, pues habiendo concluido el procedimiento, los efectos de la cosa juzgada y de la preclusión impiden que se abra nuevamente para discutir cuestiones procesales, las que sólo pueden ser decididas en vía de amparo.- **Contradicción de tesis 36/2002-SS.** Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Tercer Circuito y el Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Segundo Circuito. 24 de mayo de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: María Marcela Ramírez Cerrillo. - Tesis de jurisprudencia 65/2002. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del catorce de junio de dos mil dos.

³¹ Impresionante violación al Principio General de Derecho que indica que **donde la ley no distingue no debemos distinguir.**

³² Aquí de plano los redactores de la tesis jurisprudencial, al pretender interpretar, distorsionan y cambiar una disposición expresa y la Sala que la emite se auto concede la facultad de determinar el sentido de una norma, en contra de su texto.

medio de defensa alguno³³, por lo que el incidente de nulidad previsto en el artículo 762, fracción I, *únicamente (sic) procede en relación con las notificaciones practicadas durante el procedimiento laboral*, (sic) en forma distinta a la regulada en el capítulo VII del título catorce de la propia ley.

Contradicción de tesis 67/2004-SS. Entre las sustentadas por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito. 23 de junio de 2004. Cinco votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano.

Tesis de jurisprudencia 91/2004. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del dos de julio de dos mil cuatro.

5.- Esa tesis jurisprudencial insisto va en contra del artículo 94, párrafo octavo, de la Constitución que ordenaba: “*La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación.*” y en contra del ahora vigente párrafo décimo del mismo artículo 94 de la Carta Magna, que indica, a partir del 6 de junio de 2011: “*La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución.*”

6.- La jurisprudencia es y solo debe ser la interpretación de la Ley. Las tesis del Poder Judicial de la Federación múltiples de todas las Épocas, así lo indican.

³³ Grave sofisma.

7.- La jurisprudencia no constituye legislación nueva, ni diferente, sino sólo debe ser la **interpretación correcta de la ley**, que la Suprema Corte de Justicia efectúa en determinado sentido; no puede, ni menos debe, restringir, ni alterar, **ni mucho menos derogar la Ley**. Así se indica desde hace más de 50 años:

Sexta Época

Registro digital: 390056

Primera Sala

Jurisprudencia

Apéndice de 1995

Tomo II, Parte SCJN

Materia(s): Penal

Tesis: 187

Página: 107

Genealogía:

APENDICE '65: TESIS 159 PG. 311

APENDICE '75: TESIS 164 PG. 336

APENDICE '85: TESIS 143 PG. 290

APENDICE '88: TESIS 1062 PG. 1695

APENDICE '95: TESIS 187 PG. 107

JURISPRUDENCIA, CONCEPTO DE LA. SU APLICACION NO ES RETROACTIVA.- Es inexacto que al aplicarse jurisprudencia surgida con posterioridad a la comisión del delito y a la ley entonces vigente, se viole en perjuicio del acusado el principio jurídico legal de irretroactividad, pues la jurisprudencia no constituye legislación nueva ni diferente, *sino sólo es la interpretación correcta de la ley que la Suprema Corte de Justicia efectúa en determinado sentido* y que se hace obligatoria por ordenarlo así disposiciones legales expresas, de suerte que su aplicación no es sino la misma de la ley vigente en la época de realización de los hechos que motivaron el proceso penal.

Sexta Época:

Amparo directo 155/61. Amado Zazueta y Zazueta. 11 de septiembre de 1961. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 2079/61. Carlos Penedo y de León. 26 de octubre de 1961. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 3486/62. Leandro Barriopedro Jiménez. 24 de agosto de 1962. Cinco votos.

Amparo directo 2771/61. Amado García Nava. 7 de septiembre de 1962. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 8131/62. Salomón Birch Cohen. 14 de marzo de 1963. Unanimidad de cuatro votos.

64

8.- Lo más grave es que en la sentencia que creó la tesis aludida, que es visible en el disco óptico de Sistematización de Tesis y Ejecutorias, bajo el número 18303, **no se mencionó la existencia del artículo 610 de la Ley Laboral**; igualmente peligroso es lo ahí se establece: *“Con base en las anteriores consideraciones sustentadas por esta Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, teniendo en cuenta, además, lo expuesto al inicio de este considerando, en relación con los conceptos procesales vinculados con la presente contradicción de tesis, tales como "incidente", "previo y especial pronunciamiento", "resolución de plano" y, principalmente, el alcance del concepto "incidente de nulidad", se concluye que aun cuando la Ley Federal del Trabajo, en su artículo 762, fracción I, dispone que se tramitará como incidente de previo y especial pronunciamiento, entre otras cuestiones, "la nulidad", **sin especificar a qué tipo de nulidad se refiere**, (el énfasis es mío, para resaltar el grave desvío ya que en la tesis se indica: “(...) la "nulidad", **sin especificar a qué tipo se refiere**,³⁴ lo cierto es que relacionando dicho precepto con el estudio conjunto*

³⁴ Se insiste, sorprendente violación al Principio General de Derecho que indica que **donde la ley no distingue no debemos distinguir**.

de los artículos 739 a 751, 761 a 765, y especialmente de lo dispuesto en el 752 de la propia ley, se advierte que el legislador se refiere (sic) a la nulidad de las notificaciones (...)” (sic) a la nulidad de las notificaciones; lo que se corrobora si se tiene en cuenta, además, los principios de economía, concentración y sencillez que rigen el derecho procesal del trabajo, previstos en el artículo 685, así como lo ordenado en el artículo 848 de la ley de la materia; preceptos de todos los cuales se advierte que el propio legislador laboral dispone expresamente que las resoluciones que dicten las Juntas no pueden ser invalidadas por medio de defensa alguno (pareciera una grave afirmación, si se considera que por ejemplo el juicio de amparo es el mejor medio de defensa; y que en todo caso incluso el incidente de nulidad de notificaciones, también es un medio de defensa) y, bajo ese entendido, el incidente de nulidad a que se refiere la fracción I del artículo 762 de la referida ley, únicamente procede en relación con las "notificaciones" practicadas, durante el procedimiento laboral, en forma distinta a la regulada en el capítulo VII del título catorce de la propia ley.”

65

III.- LA INCONSISTENCIA JURISPRUDENCIAL.

9.- No es el único caso, para mi asombro me encontré, por la inducción certera de la magistrada Guadalupe Eugenia Quijano³⁵, con la peligrosa e inconsistente tesis jurisprudencial siguiente:

Novena Época

Registros digitales números del disco óptico de Sistematización de Tesis y Ejecutorias de la

SCJN: 1013910 y 179681

Tribunales Colegiados de Circuito

Jurisprudencia

Apéndice de 2011

Tomo V. Civil Segunda Parte - TCC Segunda Sección - Familiar Subsección 2 - Adjetivo

³⁵ Ver el extraordinario libro *Análisis Crítico de la Jurisprudencia en México*, de Guadalupe Eugenia Quijano, Porrúa, 2011.

ALIMENTOS. OBLIGACIÓN DEL JUZGADOR DE PROVEER DE OFICIO RESPECTO DE ELLOS, AL DICTAR SENTENCIA EN CUALQUIER INSTANCIA, AUN CUANDO NO SE HUBIESEN SOLICITADO³⁶ EN VÍA DE EXCEPCIÓN O RECONVENCIÓN.- En los asuntos del ámbito familiar, tanto el Juez de primer grado como la *ad quem*, están facultados para pronunciarse de oficio y proveer en la sentencia de divorcio y declaración de custodia de menores, sobre los alimentos de éstos, así como de suplir en su favor la deficiencia de sus planteamientos, porque es imprescindible y de suma preferencia que en la sentencia que resuelva la situación que van a guardar dichos menores, se decida lo relativo a su derecho de recibir alimentos, no siendo óbice a lo anterior, la circunstancia de que no se hubiesen solicitado en vía de excepción al contestar la demanda o reconvenido su pago, toda vez que es de explorado derecho que la figura jurídica de los alimentos es una cuestión de orden público y de urgente necesidad, que quedaría sin satisfacerse plenamente si se obligara a los acreedores a ejercitar una nueva acción para obtenerlos.

66

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 2336/2000. —21 de septiembre de 2000. —Unanimidad de votos. — Ponente: Gustavo R. Parrao Rodríguez. —Secretario: Alfonso Avianeda Chávez.
Amparo directo 7326/2002. —22 de noviembre de 2002. —Unanimidad de votos. — Ponente: Gustavo R. Parrao Rodríguez. —Secretario: César Cárdenas Arroyo.
Amparo directo 2596/2003. —12 de junio de 2003. —Unanimidad de votos. —Ponente: Gustavo R. Parrao Rodríguez. —secretario: César Cárdenas Arroyo.
Amparo directo 1526/2004. —1o. de abril de 2004. —Unanimidad de votos. —Ponente:

³⁶ Impresionante postulado “AUN CUANDO NO SE HAYA SOLICITADO (SIC)”

Gustavo R. Parrao Rodríguez. —secretario: Abraham Mejía Arroyo
Amparo directo 7176/2004. —28 de octubre de 2004. —Unanimidad de votos. —Ponente:
Gustavo R. Parrao Rodríguez. —secretario: Carlos Alberto Hernández Zamora.

10.- Busqué, como lo hizo Guadalupe Eugenia Quijano³⁷, en el disco óptico de Sistematización de Tesis y Ejecutorias de la SCJN, las tesis aisladas, para confirmar su integración y hacer en todo caso una especie de disección, ya que la aludida es tesis “jurisprudencial” por reiteración, y sin sorpresa³⁸ encontré solo el tercer amparo directo número 2596/2003, que establece:

Novena Época

Registro digital del disco óptico de Sistematización de Tesis y Ejecutorias de la SCJN:

182354

Tribunales Colegiados de Circuito

67

³⁷ Libro citado en la nota a pie de página 22, página 181.

³⁸ En el último disco óptico de Sistematización de Tesis y Ejecutorias de la SCJN encontré 276 tesis que indican “*jurisprudencia con precedentes diferentes*” (sic). Esa sola confesión me hace pensar que son tesis inconsistentes; he revisado algunas y no hay reiteración alguna. Esta es una prueba de las falsedades documentales de tesis jurisprudenciales. Aparte están mal confeccionadas las tesis que estos rubros demuestran la falta de escrúpulo. Ver Décima Época, Tesis: 2a. CXXXIX/2016 (10a.) **DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. EL ARTÍCULO 37, FRACCIÓN V, DE LA LEY GENERAL RELATIVA, NO DISCRIMINA A LOS MENORES DE EDAD POR RAZÓN DE SU SEXO.** - Décima Época Tesis: I.18o.A.2 CS (10a.) **ESTABLECIMIENTOS MERCANTILES DEL DISTRITO FEDERAL (ACTUALMENTE CIUDAD DE MÉXICO). LOS ARTÍCULOS 10, APARTADO B, FRACCIÓN IX Y 28, CUARTO PÁRRAFO, DE LA LEY RELATIVA, AL PREVER LA OBLIGACIÓN DE INSTALAR PURIFICADORES DE AGUA Y OFRECERLA GRATUITAMENTE, SON CONFORMES CON EL DERECHO HUMANO AL AGUA (DECRETO PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 16 DE ABRIL DE 2014).** - Décima Época Tesis: 1a. CCCXCIV/2015 (10a.) **JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. EL ARTÍCULO 172 DE LA LEY RELATIVA PARA EL ESTADO DE COAHUILA, QUE DISPONE LA IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO PARA DELITOS GRAVES, ES ACORDE CON EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN EN SU VERTIENTE DE APLICACIÓN COMO MEDIDA MÁS GRAVE.** - Décima Época Tesis: 2a. CXL/2016 (10a.) **DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. LOS ARTÍCULOS 10, 39, 57, FRACCIÓN VII, Y 116, FRACCIÓN IV, DE LA LEY GENERAL RELATIVA, AL HACER REFERENCIA A LA "PREFERENCIA SEXUAL", NO VULNERAN EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR NI EL DERECHO DE LOS PADRES DE EDUCAR A SUS HIJOS.** - Décima Época, Tesis: 2a. CXLII/2016 (10a.) **DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. LOS ARTÍCULOS 57, SEGUNDO PÁRRAFO, Y 103, FRACCIÓN I, DE LA LEY GENERAL RELATIVA, NO CONSTITUYEN UNA RESTRICCIÓN INDEBIDA AL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.** Los rubros de estas tesis no identifican a cuál ley se refiere, y aun así se publican, sin la revisión debida.

Tesis Aislada
Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo XIX, enero de 2004
Materia(s): Civil
Tesis: I.6o.C.300 C
Página: 1579

PATRIA POTESTAD. EL JUZGADOR, DENTRO DE SU COMPETENCIA, DEBE VIGILAR QUE QUIEN LA EJERCE CUIDE TANTO DE LA INTEGRIDAD FÍSICA, COMO DE LA PSICOLÓGICA Y EMOCIONAL DEL MENOR.- De un análisis detallado y en su conjunto del contenido del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal se advierte, válidamente, que la finalidad primordial del legislador es prevenir y evitar, con la vigilancia del juzgador dentro de su competencia, que se ponga en riesgo la integridad, tanto física como psicológica y emocional del menor, cuando la conducta de quien ejerce la patria potestad pueda comprometer dichos principios en perjuicio del desarrollo integral de aquél.

68

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 2596/2003. 12 de junio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo R. Parrao Rodríguez. Secretario: César Cárdenas Arroyo.

11.- Si hacemos una pequeña especie de disección solo del rubro de la inconsistente y nefasta tesis jurisprudencial encontramos varias afirmaciones:

a) **ALIMENTOS. OBLIGACIÓN DEL JUZGADOR DE PROVEER DE OFICIO RESPECTO DE ELLOS.**

b) ALIMENTOS. OBLIGACIÓN DEL JUZGADOR DE PROVEER DE OFICIO RESPECTO DE ELLOS, AL DICTAR SENTENCIA EN CUALQUIER INSTANCIA.

c) ALIMENTOS. OBLIGACIÓN DEL JUZGADOR DE PROVEER DE OFICIO RESPECTO DE ELLOS, AL DICTAR SENTENCIA EN CUALQUIER INSTANCIA, AUN CUANDO NO SE HUBIESEN SOLICITADO EN VÍA DE EXCEPCIÓN O RECONVENCIÓN.

12.- Y en el texto de la tesis observemos estos enunciados:

a.- *“En los asuntos del ámbito familiar, tanto el Juez de primer grado como la ad quem, están facultados para pronunciarse de oficio y proveer en la sentencia de divorcio y declaración de custodia de menores, sobre los alimentos de éstos. (...).”*

b.- *“En los asuntos del ámbito familiar, (...) están facultados para pronunciarse de oficio (...) dichos menores (...) se decida lo relativo a su derecho de recibir alimentos, (...)”*

c.- *“(...) no siendo óbice a lo anterior, la circunstancia de que no se hubiesen solicitado en vía de excepción al contestar la demanda o reconvenido su pago. (...)”*

13.- La citada tesis, como bien lo indica su principal analista, no precisa la fundamentación legal en que se sustenta y esto es gravísimo, ya que “(...) instituye para el futuro una *calificación jurídica trascendente*” al indicar temerariamente: “es de explorado derecho que

*la figura jurídica de los alimentos es una cuestión de orden público y de urgente necesidad (...)*³⁹

14.- La pregunta debe quedar indeleble con esta tesis y otras semejantes: ¿qué artículo o artículos se interpretaron?

15.- Las tesis aisladas de los amparos directos 2336/2000, 7326/2002, 1526/2004, 7176/2004, no aparecen en el disco óptico de Sistematización de Tesis y Ejecutorias de la SCJN, lo que no es extraño. De esa suerte la citada analista tuvo que solicitar a la Comisión de Transparencia y acceso a la Información Pública Gubernamental del Consejo de la Judicatura Federal, las copias certificadas de esos amparos;⁴⁰

16.- Ese solo hecho podría convocar a la dubitación y más cuando el Amparo Directo **2596/2003**, no indica lo mismo que la tesis jurisprudencial referida. Es decir, el tema, la redacción, establecen una absoluta infidelidad, es decir bastaría ello para probar que no es “jurisprudencia”.

17.- Pero aparte en el Amparo directo 2336/2000, la *litis* fue sobre la improcedencia de la acción de divorcio, y lo notable es que la **pensión alimenticia no formó parte de la litis**⁴¹, incluso la mujer demandada confesó estar recibiendo pensión alimenticia suficiente. Esto llevó a indicar: “(...) *las razones objetivas que guiaron el sentido de esta ejecutoria fueron la existencia de tesis aisladas, que si bien solo fueron análogas porque tratan un tema similar (...) sin embargo también eran diferentes por las características esenciales del caso concreto -no existía deuda alimenticia, de lo que dependía lo debido (...)*”⁴²

³⁹ Ver libro citado en la nota a pie de página 22, página 181.

⁴⁰ Ver nota a pie de página 528 en el libro citado en la nota a pie de página 22, página 182.

⁴¹ Obra citada en la nota a pie de página anterior, página 183.

⁴² Obra citada en la nota a pie de página anterior, página 188.

18.- Guadalupe Eugenia Quijano, nos descubre muchos más problemas, ya que los amparos 2336/2000, 7326/2002, 1526/2004, 7176/2004 tienen otras características que sencillamente hacen insostenible que realmente exista la jurisprudencia. Podríamos entonces indicar que hay una falsedad documental de la tesis jurisprudencia de rubro: **“ALIMENTOS. OBLIGACIÓN DEL JUZGADOR DE PROVEER DE OFICIO RESPECTO DE ELLOS, AL DICTAR SENTENCIA EN CUALQUIER INSTANCIA, AUN CUANDO NO SE HUBIESEN SOLICITADO EN VÍA DE EXCEPCIÓN O RECONVENCIÓN.”**

19.- Lo verdaderamente grave de la tesis fabricada o inventada, es que parece obligar a los jueces, sobre una situación concreta, no sobre una norma concreta. es decir, desborda. Lo extraño es que todo esto que se plasmó y muy bien, por la aludida, en un libro en donde están estas ideas, (que indico en la nota a pie de página número 22), mismo que apareció en marzo de 2011, hace siete años, de una editorial jurídica archiconocida, no haya provocado en algún lector una repulsa de la citada, vía contradicción de tesis o semejante. Y más cuando se consulta la misma y se advierte que no se ha contradicho, no se ha interrumpido. Sigue vigente, latente, lo que es una vergüenza, incluso obra de un solo magistrado Gustavo R. Parrao Rodríguez. La Tesis sigue publicada por la Suprema Corte y este no es, por supuesto, el único caso de algunas tesis inconsistentes jurisprudenciales del país y esto es gravísimo.

71

IV.- LA INEXISTENCIA JURISPRUDENCIAL.

20.- Hace mucho habíamos advertido, lo hice en el Tercer Congreso Nacional de Amparo, hace más de 12 años⁴³ la inexistencia formal, ya que los precedentes no son idénticos, de una

⁴³ Ver de mi autoría el ensayo *DEL CONCEPTO DE AUTORIDADES: LAS VICISITUDES DE UNA CONOCIDA JURISPRUDENCIA INEXISTENTE Y AHORA INTERRUMPIDA*, publicada en la revista *Cuestiones Constitucionales*, número 12, enero-junio de 2005, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 2005, UNAM, páginas 277 y siguientes.

conocidísima tesis jurisprudencial que provoco por muchos años lo que he llamado la impunidad constitucional, de aquella tesis integradora que indicaba:

Quinta Época

Registro digital del disco óptico de Sistematización de Tesis y Ejecutorias de la SCJN:

395059

Cuarta Sala

Jurisprudencia

Apéndice de 1995

Tomo VI, Parte HO⁴⁴

Materia(s): Común

Tesis: 1103

Página: 763

Genealogía:

APENDICE AL TOMO LXXVI 158 PG. 289

APENDICE AL TOMO XCVII 178 PG. 366

APENDICE '54 TESIS 179 PG. 360

APENDICE '65 TESIS 54 PG. 115

APENDICE '75 TESIS 53 PG. 98

APENDICE '85 TESIS 75 PG. 122

APENDICE '88 TESIS 300 PG. 519

APENDICE '95: TESIS 1103 PG. 763

72

AUTORIDADES. QUIENES LO SON. - El término "autoridades" para los efectos del amparo, comprende a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública, en virtud de circunstancias, ya legales, ya de hecho, y que, por lo mismo, estén en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen.

⁴⁴ Las letras HO significan Histórica Obsoleta.

Quinta Época:

Tomo IV, pág. 1067. Amparo en revisión. Torres Marcolfo F. 10 de mayo de 1919.

Unanimidad de ocho votos.

Amparo en revisión 466/30. Rodríguez Calixto A. 25 de julio de 1930. Cinco votos.

Tomo XXXIII, pág. 2942. Amparo en revisión 271/30. Díaz Barriga Miguel. 10 de diciembre de 1931.

Amparo en revisión 4914/40. Sandi Mauricio. 30 de agosto de 1940. Cinco votos.

Amparo en revisión 2297/40. Moral Portilla Jorge del. 6 de noviembre de 1941.

Unanimidad de cuatro votos.

NOTA DEL DISCO OPTICO: En el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988, la tesis se publicó con el rubro: "**AUTORIDADES PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO**".

73

20.1.- Las cinco ejecutorias de esa jurisprudencia ahora considerada "Histórica Obsoleta" no logran tener un efecto armónico, no indican lo mismo, veamos:

20.1.1.- PRIMER PRECEDENTE:

AUTORIDADES. El término "autoridades", para los efectos del amparo, comprende a todas aquellas personas que **disponen de la fuerza pública**, en virtud de circunstancias, ya legales,

ya de hecho, y que, por lo mismo, estén en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen⁴⁵.

20.1.2.- Del mismo quejoso, ésta:

AMPARO, PROCEDENCIA DEL. El amparo procede, no solamente contra autoridades legalmente constituidas, sino también contra meras autoridades de facto, por más que se las suponga usurpadoras de atribuciones que legalmente no les corresponden⁴⁶.

20.1.3.- Veamos del mismo quejoso ésta:

AUTORIDADES. Al decir la Constitución que el amparo procede por leyes o actos de autoridades, que violen las garantías individuales, no significa, en manera alguna, que por autoridad deba entenderse, para los efectos del amparo, única y exclusivamente aquellas que estén establecidas con arreglo a las leyes, y que hayan obrado dentro de la esfera legal de sus atribuciones, al ejecutar los actos que se reputan violatorios de garantías⁴⁷.

74

⁴⁵ Amparo administrativo en revisión. **Torres Marcolfo F.** 10 de mayo de 1919. Unanimidad de ocho votos. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta Época. Pleno. Tomo IV. Página 1067. Visible en el Disco compacto de la SCJN **IUS**, número de registro 289,962.

⁴⁶ Amparo administrativo en revisión. **Torres Marcolfo F.** 10 de mayo de 1919. Unanimidad de ocho votos. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta Época. Pleno. Tomo IV. Página 1067. Visible en el Disco compacto de la SCJN **IUS**, número de registro 289,961.

⁴⁷ Amparo administrativo en revisión. **Torres Marcolfo F.** 10 de mayo de 1919. Unanimidad de ocho votos. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta Época. Pleno. Tomo IV. Página 1067. Visible en el Disco compacto de la SCJN **IUS**, número de registro 289,963.

20.2.- SEGUNDO PRECEDENTE

AUTORIDADES. Si por autoridad debe entenderse a toda persona investida de facultades por la ley, para dictar según su propio criterio y bajo su responsabilidad, determinaciones de cumplimiento obligatorio y por hacer cumplir esas mismas determinaciones, resulta evidente que los encargados de las escuelas públicas que impidan a los alumnos que se inscriban en ellas ejercitan actos de autoridad y, por tanto, la demanda de amparo procede contra ellos⁴⁸.

20.3.- TERCER PRECEDENTE:

AUTORIDADES. Las dependencias del Ejecutivo, cuando no tienen autonomía ni facultades legales para ejecutar actos propios, no pueden ser considerados como autoridades⁴⁹.

EXPROPIACION PARA URBANIZAR. Cuando se decreta la expropiación de un terreno, para el establecimiento de una colonia urbana, el fundamento de la utilidad pública no solamente radica en el beneficio que van a recibir los que han pedido la expropiación, con el fin de poblar la colonia, sino en el beneficio que el establecimiento de esa colonia reporta al Estado, al Municipio, y a los vecinos inmediatos, y a los habitantes de la ciudad en general, ya que la creación de una colonia urbana viene a determinar el aumento de los negocios, el ensanchamiento y embellecimiento de la ciudad, a la cual queda agregada la colonia, y el aumento de trabajo que demandan las construcciones, y, por último, contribuye

⁴⁸ Tomo XXIX, Página. 1180. **Rodríguez Calixto A.** 25 de julio de 1930. 5 votos. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta Época. Segunda Sala. Tomo XXIX. Página 1180. Visible en el Disco compacto de la SCJN *IUS*, número de registro 337,970.

⁴⁹ Tomo XXXIII, Página 2942. **Díaz Barriga Miguel.** 10 de diciembre de 1931. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta Época. Segunda Sala. Tomo XXXIII. Página 2942. Visible en el Disco compacto de la SCJN *IUS*, número de registro 337,435.

a librar a la clase media, de las difíciles condiciones en que se encuentran los que no tienen hogar propio⁵⁰.

20.4.-CUARTO PRECEDENTE

APELACION, RECURSO CONTRA LA RESOLUCION QUE LA DECLARA DESIERTA. La resolución que declara desierta la apelación y ejecutoriada la sentencia de primera instancia, admite, de conformidad con lo establecido por el artículo 686 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, el recurso de reposición⁵¹.

RECURSOS FRIVOLOS O IMPROCEDENTES, APRECIACION DE LOS. La apreciación de la frivolidad o improcedencia de un recurso, no queda al arbitrio de los jueces ni es exclusiva del tribunal sentenciador, sino que debe aparecer manifiesta de las circunstancias de cada caso”⁵².

76

20.5.- QUINTO PRECEDENTE:

“DEPARTAMENTO CENTRAL, CARACTER DE LA COMISION MIXTA DE ESCALAFON. La Comisión Mixta de Escalafón del Departamento Central, no tiene

⁵⁰ Tomo XXXIII, Página 2942. **Díaz Barriga Miguel.** 10 de diciembre de 1931. *Semanario Judicial de la Federación.* Quinta Época. Segunda Sala. Tomo XXXIII. Página 2942. Visible en el Disco compacto de la SCJN **IUS**, número de registro 337,436.

⁵¹ Tomo LXVIII. Página 2005. **Sandi Mauricio.** 6 de junio de 1941. Cinco votos *Semanario Judicial de la Federación.* Quinta Época. Tercera Sala. Tomo LXVIII, Página 2005. Visible en el Disco compacto de la SCJN **IUS**, número de registro 353,827.

⁵² Quinta Época. Tomo LXVIII. Página 2005. **Sandi Mauricio.** *Semanario Judicial de la Federación.* Quinta Época. Tercera Sala. Tomo LXVIII. Página 2005. Visible en el Disco compacto de la SCJN **IUS**, número de registro 353,825 y 353,826.

carácter de autoridad, toda vez que no tiene los atributos de ésta, puesto que carece de imperio para hacer cumplir sus resoluciones”⁵³.

“**TRABAJADORES DEL ESTADO, CESE DE LOS.** El amparo que se interpone contra las resoluciones que dictan los Secretarios de Estado, cesando o removiendo a los trabajadores al servicio del mismo, es improcedente, de acuerdo con lo dispuesto en la fracción XV del artículo 73 de la Ley de Amparo, si no se sigue el procedimiento establecido por el Estatuto de los Empleados Públicos, a virtud del cual pueden ser modificadas, revocadas o nulificadas dichas resoluciones”⁵⁴.

21.- Como se observó, la colección de ejecutorias fue indebida no hubo razón de confeccionar esa Jurisprudencia, solo una ejecutoria refiere a la fuerza pública, las otras ejecutorias tienen temas diferentes; es decir no fueron los cinco casos iguales. Misma tesis que es inexistente, porque no se habían acumulado ejecutorias con el mismo tema en sus precedentes, advirtiéndolo que no era jurisprudencia en 1993⁵⁵ don Jose de Jesus Gudiño Pelayo, cuando el citado no era ministro de la Corte; misma tesis que fue históricamente interrumpida por la tesis aislada, nacida en un asunto generado en Morelia, en contra de la Universidad Nicolaíta, lo que generó un cambio conceptual histórico al crear un nuevo concepto de autoridad y dar paso a que los organismos descentralizados fueran, por fin, sujetos del juicio de amparo, en la ejecutoria de **Julio Oscar Trasviña Aguilar**, cuyo rubro fue: “**AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. NO LO SON LOS FUNCIONARIOS DE UNA UNIVERSIDAD CUANDO EL ACTO QUE SE LES ATRIBUYE DERIVA DE UNA RELACION LABORAL.**”⁵⁶

77

⁵³ Tomo LXX. Página 2262. **Moral Portilla Jorge del.** 6 de noviembre de 1941. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta Época. Cuarta Sala. Tomo LXX. Página 2262. Visible en el Disco compacto de la SCJN **IUS**, número de registro 377,140.

⁵⁴ Tomo LXX. Página 2263. Amparo en Revisión 2297/40. Sec. 1ª. **Moral Portilla Jorge del.** 6 de noviembre de 1941. Unanimidad de 4 votos. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Cuarta Sala. Tomo LXX. Página 2263. Visible en el Disco compacto de la SCJN **IUS**, número de registro 377,141.

⁵⁵ Ver su obra *Introducción al Amparo Mexicano*, textos ITESO. Universidad de Guadalajara, 1993, páginas 135 y siguientes.

⁵⁶ Amparo en revisión 1195/92, del señor **Julio Oscar Trasviña Aguilar**; del 14 de noviembre de 1996, siendo ponente el ministro Juventino V. Castro y Castro.

22.- Así como encontramos y debe haber muchísimas más, la siguiente inexistente tesis:

Sexta Época

Registro digital del disco óptico de Sistematización de Tesis y Ejecutorias de la SCJN:

913065

Tercera Sala

Jurisprudencia

Apéndice 2000

Tomo IV, Civil

Materia(s): Civil

Tesis: 123

Página: 98

Genealogía:

APENDICE '65: TESIS 93, PG. 288

APENDICE '75: TESIS 98, PG. 283

APENDICE '85: TESIS 75, PG. 183

APENDICE '88: TESIS 245, PG. 442

APENDICE '95: TESIS 122, PG. 81

78

ARRENDAMIENTO, TÁCITA RECONDUCCIÓN DEL CONTRATO DE. - Los requisitos esenciales para que opere la tácita reconducción, según los artículos 2486 y 2487 del Código Civil para el Distrito Federal, son: La continuación del inquilino en el uso y disfrute de la cosa arrendada, después del vencimiento del contrato, y la falta de oposición del arrendador. La ley no determina el tiempo que debe transcurrir sin oposición para estimar reconducida la convención, **por lo que la Suprema Corte ha considerado prudente fijar el plazo mínimo de diez días**, contados a partir del siguiente al de vencimiento del contrato.

Sexta Época:

Amparo directo 2603/58.-Joyería La Palma, S. de R.L.-11 de junio de 1959.-Unanimidad de cuatro votos. -Ponente: José Castro Estrada.

Amparo directo 6033/58.-Manuel Guerrero. -5 de agosto de 1959.-Cinco votos. -Ponente: Manuel Rivera Silva.

Amparo directo 926/59.-Justo Hernández Orozco. -9 de mayo de 1960.-Cinco votos. - Ponente: José Castro Estrada.

Amparo directo 7539/59.-Waldo Soberón. -14 de julio de 1960.-Cinco votos. -Ponente: José Castro Estrada.

Amparo directo 4276/59.-David de J. Jiménez. -17 de octubre de 1960.-Unanimidad de cuatro votos. -Ponente: Gabriel García Rojas.

Apéndice 1917-1995, Tomo IV, Primera Parte, página 81, Tercera Sala, tesis 122.

79

23.- Esta jurisprudencia refiere esto que es asombroso, “(...) **La ley no se determina el tiempo que debe transcurrir sin oposición para estimar reconducida la reconvencción, por lo que la Suprema Corte de Justicia ha considerado prudente fijar el plazo mínimo de diez días (...)**”, ¿Quién le dio la facultad a la Suprema Corte para establecer diez días, o en todo caso, una hora, veinte días, lo que sea?, más cuando ella misma advierte que existe un vacío, una laguna. Estamos en presencia evidentemente de una jurisprudencia que como tal lo será formalmente, pero que desborda el contenido de la ley. Este es un ejemplo indudable de lo que no debería de ser la jurisprudencia. La jurisprudencia solamente debería de llegar a indicar en algún momento determinado una interpretación, pero no legislar.

24.- Independientemente, si se hace un comparativo de las tesis que supuestamente la integran, se observará que no indican lo mismo:

24.1.- La primera indica: **ARRENDAMIENTO, TACITA RECONDUCCION DEL.-** Según el artículo 2487, en relación con el 2486, del Código Civil, para que opere la tácita reconducción es menester que el inquilino continúe sin oposición del arrendador en el goce y uso del predio arrendado, es decir, que el arrendador consienta tácitamente en la continuación del contrato. Amparo directo 2603/58. Joyería "La Palma", S. de R. L. 11 de junio de 1959. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: José Castro Estrada.

24.2.- La segunda establece: **ARRENDAMIENTO. CONSECUENCIA DE LA TACITA RECONDUCCION DEL.-** Si operó la tácita reconducción, la conducción del arrendamiento debe considerarse por tiempo indefinido, por disposición expresa del artículo 2461 del Código Civil, y la terminación del contrato sujeta a las reglas establecidas por el artículo 2452 del ordenamiento citado. Este último precepto previene que todos los arrendamientos, sean de predios rústicos o urbanos, que no se hayan celebrado por tiempo expresamente determinado, concluirán a voluntad de cualquiera de las partes contratantes, previo aviso dado a la otra parte en forma indubitable, con dos meses de anticipación si el predio es urbano, y con un año si es rústico. Como en el caso concreto la arrendadora no procedió la conformidad con esta disposición antes de presentar su demanda, notificando en forma indubitable al inquilino su deseo de dar por concluido el arrendamiento, la acción deducida en el juicio motivo de este amparo resulta improcedente. Amparo directo 6033/58. Manuel Guerrero. 5 de agosto de 1959. Cinco votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

24.3.- La tercera exterioriza: **ARRENDAMIENTO, REQUISITOS PARA QUE SE OPERE LA TACITA RECONDUCCION DEL.-** Los requisitos para que se opere la tácita reconducción son: a) La continuación del inquilino en el uso y disfrute de la cosa arrendada después de la expiración del término del contrato y b) La falta de oposición del arrendador al respecto. Como nuestro Código Civil no fija cuál es el plazo legal para que el arrendador exprese su oposición a la tácita reconducción, queda la prudencia del juzgador considerarlo de acuerdo con la naturaleza del arrendamiento y demás circunstancias del caso; sobre el particular la Suprema Corte ha resuelto que no es prudente establecer que la tácita

reconducción opere al día siguiente de vencido el plazo del arrendamiento, pues precisa esperar un lapso moderado para considerar que no hubo oposición a que el arrendatario continúe en el uso y goce del predio, así como que ese plazo tácito no podrá ser menor de diez días, tiempo suficiente para que se manifieste la voluntad del arrendador. Por tanto, notificada la terminación del arrendamiento cinco días después de concluido, debe considerarse que es oportuna y válida la oposición a su continuación, y, en consecuencia, que no puede producirse la tácita reconducción. Amparo directo 926/59. Justo Hernández Orozco. 9 de mayo de 1960. Cinco votos. Ponente: José Castro Estrada.

24.4.- La cuarta insta: **ARRENDAMIENTO, TACITA RECONDUCCION DEL.-** No es procedente establecer que la tácita reconducción opera al día siguiente de vencido el plazo del arrendamiento, pues precisa esperar un plazo moderado para considerar que no hubo posesión del arrendador, plazo que no podrá ser menor de diez días. Amparo directo 7539/59. Waldo Soberón. 14 de julio de 1960. Cinco votos. Ponente: José Castro Estrada.

24.5.- Y en la quinta se lee: **ARRENDAMIENTO, TACITA RECONDUCCION DEL.-** Para que un contrato de término fijo se convierta por la tácita reconducción en un contrato de término indefinido requiere que no haya oposición por parte del arrendador y esta Suprema Corte de Justicia ha establecido que el término de diez días de vencido el contrato, es el plazo en que puede hacerse valer la oposición y si transcurre sin ella, hay tácita reconducción. Amparo directo 4276/59. David de J. Jiménez. 17 de octubre de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Gabriel García Rojas.

25.- Es entonces una inconsistente y falsa tesis jurisprudencial esa.

26.- El que fuera ministro de la Suprema Corte, Felipe López Contreras, en una conferencia estupeficiente, reveladora, verificada en 1989, publicada en la revista “Jure” de enero-abril de

1990 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Guadalajara, pudo advertir que, en los cinco casos, la “litis” era diferentes y por consecuencia no podía ser jurisprudencia. Véase:

Séptima Época

Registro digital del disco óptico de Sistematización de Tesis y Ejecutorias de la SCJN:

242740

Cuarta Sala

Jurisprudencia

Semanario Judicial de la Federación

Volumen 187-192, Quinta Parte

Materia(s): Laboral

Página: 75

Genealogía:

Informe 1983, Segunda Parte, Cuarta Sala, tesis 41, página 40.

Informe 1984, Segunda Parte, Cuarta Sala, tesis 11, página 14.

Apéndice 1917-1995, Tomo V, Primera Parte, tesis 224, página 146.

82

HORAS EXTRAORDINARIAS, CARGA DE LA PRUEBA DE LAS.- La tesis jurisprudencial número 116, publicada en la página 121 del Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1975, que, en esencia, sostiene que corresponde al trabajador acreditar de momento a momento el haber laborado las horas extraordinarias, seguirá teniendo aplicación para los juicios que se hayan iniciado bajo el régimen de la Ley Federal del Trabajo de 1970, antes de las reformas procesales de 1980, pues dicha jurisprudencia se formó precisamente para interpretarla en lo referente a la jornada extraordinaria; pero no surte efecto alguno tratándose de juicios ventilados a la luz de dichas reformas procesales, cuya vigencia data del 1o. de mayo del citado año, pues su artículo 784, establece que "La Junta eximirá de la carga de la prueba al trabajador, cuando por otros medios esté en posibilidad de llegar al conocimiento de los hechos, y para tal efecto requerirá al patrón para que exhiba los documentos, que de acuerdo con las leyes, tiene la obligación legal de conservar en la empresa, bajo el

apercibimiento de que de no presentarlas, se presumirán ciertos los hechos alegados por el trabajador", y que en todo caso corresponderá al patrón probar su dicho cuando exista controversia sobre ... Fracción VIII. "La duración de la jornada de trabajo", y por ende, si el patrón no demuestra que sólo se trabajó la jornada legal, deberá cubrir el tiempo extraordinario que se le reclame.

Séptima Época, Quinta Parte:

Volúmenes 169-174, página 25. Amparo directo 6425/82. Ferrocarriles Nacionales de México. 10 de enero de 1983. Cinco votos. Ponente: David Franco Rodríguez.

Volúmenes 181-186, página 21. Amparo directo 7463/82. María de Lourdes Lorenzo Rodríguez. 1o. de febrero de 1984. Cinco votos. Ponente: Fausta Moreno Flores.

Volúmenes 181-186, página 21. Amparo directo 6524/81. Cortinas y Puertas Electromecánicas, S.A. 30 de mayo de 1984. Cinco votos. Ponente: Fausta Moreno Flores.

Volúmenes 181-186, página 21. Amparo directo 9020/83. Esther Digna Pérez Bolaños. 4 de junio de 1984. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo.

Volúmenes 187-192, página 35. Amparo directo 5231/84. Rosendo Nieto Ornelas. 12 de noviembre de 1984. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: David Franco Rodríguez.

26.1.- Si el texto de las cinco ejecutorias; como lo refirió no es el mismo, entonces también estamos en un nuevo caso grave, en un universo que no se podría investigar completamente, en donde hay inconsistencias reales en la creación jurisprudencial.

27.- En el Apéndice 1917-1995 aparece esta correcta e inobjetable tesis de Jurisprudencia:

Séptima Época

Registro digital del disco óptico de Sistematización de Tesis y Ejecutorias de la SCJN:
243079

Instancia: Cuarta Sala

Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Volumen 151-156, Quinta Parte

Materia(s): Laboral

Página: 219

Genealogía:

Informe 1981, Segunda Parte, Cuarta Sala, tesis 191, página 147.

Apéndice 1917-1975, Quinta Parte, Cuarta Sala, tesis 235, página 219.

Apéndice 1917-1995, Tomo V, Primera Parte, tesis 500, página 331.

SALARIOS, RESCISION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR FALTA DE PAGO DE. - Si el patrono no pagó al trabajador el salario que le había asignado por sus servicios, es evidente que éste último pudo rescindir su contrato de trabajo, aduciendo falta de probidad de parte de aquél, y tiene derecho a reclamar la indemnización legal correspondiente

84

Quinta Época:

Tomo XLII, página 931. Amparo en revisión. 1980/32. Cervantes Lucio. 24 de septiembre de 1934. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Arturo Cisneros Canto. Relator: Luis M. Calderón.

Tomo LI, página 1509. Amparo directo 2133/36. Carballo Alberto. 20 de febrero de 1937. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Salomón González Blanco.

Tomo LI, página 3147. Amparo directo 4821/36. Rodríguez Josefina. 31 de marzo de 1937. Unanimidad de cuatro votos. Relator: Vicente Santos Guajardo.

Tomo LXI, página 610. Amparo directo 8669/38. Lee Gechón Juan. 12 de julio de 1939.
Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Salomón González Blanco.

Tomo LXII, página 73. Amparo directo 2652/39. Cásares Galera Eulalio. 2 de octubre de 1939. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Alfredo Iñárritu. Relator: Octavio M. Trigo.

27.1.- Después apareció esta otra. Veámosla:

Séptima Época

Registro digital del disco óptico de Sistematización de Tesis y Ejecutorias de la SCJN

818667

Cuarta Sala

Jurisprudencia

Semanario Judicial de la Federación

Volumen 78, Quinta Parte

Materia(s): Laboral

Página: 45

Genealogía:

Apéndice 1917-1995, Tomo V, Primera Parte, **tesis 501**, página 331.

85

SALARIOS, RESCISION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR FALTA DE PAGO DE. BASE DE LA ACCION. - Para que la rescisión de un contrato de trabajo por falta de pago de salarios sea procedente, se requiere que el trabajador demuestre que, ante la falta de pago de salarios, realizó las gestiones pertinentes para lograr su cobro y que el patrón se negó a efectuarlo, y si no se prueba que así se hizo, la rescisión, por tal motivo, resulta improcedente.

Séptima Época, Quinta Parte:

Volumen 54, página 31. Amparo directo 5469/72. Melquiades Frausto Becerra.⁵⁷ 7 de junio de 1973. Cinco votos. Ponente: Salvador Mondragón Guerra.

Volumen 59, página 37. **Amparo directo 4067/73. Adelina Hernández Hermoso.** 14 de noviembre de 1973. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Manuel Yáñez Ruiz.

Volumen 69, página 25. Amparo directo 2921/74. Heliodoro Gutiérrez Alfaro. 18 de septiembre de 1974. Cinco votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo.

Volumen 69, página 25. Amparo directo 758/74. Carlos Sánchez Fuentes. 30 de septiembre de 1974. Cinco votos. Ponente: Jorge Saracho Alvarez.

Volumen 78, página 27. Amparo directo 702/75. Pedro Pérez Esteves y otros. 30 de junio de 1975. Cinco votos. Ponente: Ramón Canedo Aldrete.

NOTA DEL DISCO ÓPTICO:

Esta tesis también aparece en: Séptima Época, Volumen 72, Quinta Parte, página 61 **(jurisprudencia con precedentes diferentes).**⁵⁸

86

Informe 1981, Segunda Parte, Cuarta Sala, tesis 192, página 147, bajo el rubro "**SALARIOS, RESCISION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR FALTA DE PAGO DE REQUERIMIENTO DE LA ACCION.**" **(jurisprudencia con precedentes diferentes)**.

27.2.- Don Mario de la Cueva del Río, en un libro precioso, el último que verificó, denominado: "*Derecho Mexicano del Trabajo*", en donde aparece un "Apéndice crítico de la jurisprudencia de 1977 del Poder Judicial de la Federación", destacó que la ahora tesis **500** del Apéndice de 1995, que indicaba que a falta de pago de salario, era obvio que había un acto de falta de probidad de parte del patrón y por consecuencia podía proceder la rescisión

⁵⁷ En otras versiones no aparece esta tesis sino el Volumen 48, página 22. Amparo directo 3784/72. Radio Tamaulipas, S.A. XEMY.o bien Amparo directo 4365/72. Cesar Zenteno Valdez. 15 de febrero de 1973 Es decir no hay uniformidad.

⁵⁸ Recordar la nota a pie de página 25.

del trabajo para causa imputable al patrón; eso era evidente; sin embargo, apareció la jurisprudencia número **501**, que tuvo un concepto nuevo, desbordante, diferente; el concepto, es que para que la rescisión de un contrato de relación de trabajo sea procedente, se requería que el trabajador demuestre para la procedibilidad de la rescisión y ante la falta de pago de salarios, que hizo la gestión de cobro respectiva. Podría suceder que el trabajador no conoce la jurisprudencia **501**, el trabajador solamente conoce que el artículo 51 fracción quinta de la Ley Federal del Trabajo, que establece como causal de rescisión el no “pagar el salario convenido en la fecha y lugar acostumbrados”. Nada más dice la Ley; no recibe el salario, ¿qué es lo que hace?, rescinde la relación del trabajo, demanda los efectos de la rescisión y de repente en el juicio le aplican la jurisprudencia **501**, donde tenía que haber probado un requerimiento de cobro. Mismo caso al revés, conoce la jurisprudencia el trabajador, no le ha pagado el patrón, lo requiere y le paga; se acabó el vicio, se acabó el conflicto, se acabó la rescisión o mejor dicho la causal de rescisión.

87

27.3.- Cuando conocí la jurisprudencia **501**, empecé a buscar las ejecutorias que la conformaban, y, curiosamente me encontré el amparo de **Adelina Hernández Hermoso** y aparte la de César Centeno Valdés; y ellas refieren que el hecho de no pagar en forma completa. Una cosa es el “impago” es decir el no pagar y otra cosa diferente es el hecho de que el patrón pague parcialmente, que elimine un centavo o muchos centavos, pero no es lo mismo a la falta de pago total. En consecuencia, la jurisprudencia no debió haberse creado, porque no tiene las cinco ejecutorias en el mismo rumbo, es decir la falta de pago completo.

27.4.- La tesis jurisprudencial no es vigente, por la siguiente que textualizo aparecida **veinte años después**, y **trece años** después de la asunción de la reforma procedimental. Bastante lenta ciertamente:

Novena Época

Registro digital del disco óptico de Sistematización de Tesis y Ejecutorias de la SCJN

174612

Cuarta Sala

Jurisprudencia

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo XXIV, Julio de 2006

Materia(s): Laboral

Tesis: 4a./J. 23/93

Página: 357

RESCISIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL POR NO RECIBIR EL TRABAJADOR EL SALARIO EN LA FECHA O LUGAR CONVENIDOS O ACOSTUMBRADOS. NO LE CORRESPONDE AL ACTOR DEMOSTRAR QUE EFECTUÓ GESTIONES PARA OBTENER EL PAGO Y QUE EL PATRÓN SE NEGÓ A HACERLO, SINO QUE ÉSTE TIENE LA CARGA DE PROBAR QUE PUSO LAS PERCEPCIONES RELATIVAS A SU DISPOSICIÓN EN TAL FECHA Y LUGAR. - La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación modifica la jurisprudencia 4a./J. 23/93 de rubro: **"RESCISIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL POR FALTA DE PAGO DE SALARIOS. EXTREMOS QUE DEBEN PROBARSE."**, pues tomando en cuenta las normas protectoras del salario, previstas en la Ley Federal del Trabajo y los principios procesales contemplados en la reforma de 1980 al mencionado ordenamiento, específicamente el relativo a la carga de la prueba, se obtiene que la Junta debe eximir de ella al trabajador cuando por otros medios esté en posibilidad de llegar al conocimiento de los hechos, requiriendo al patrón que exhiba en juicio los documentos que tiene obligación de conservar, como por ejemplo, los recibos de pago de salarios, los que si no son exhibidos generan la presunción de ser ciertos los hechos que el actor exprese en su demanda en relación con tales documentos, salvo prueba en contrario, además de que, en todo caso, corresponderá al patrón probar su dicho cuando exista controversia sobre el monto y pago del salario. En ese sentido, se concluye que para que opere la causal de rescisión de la relación de trabajo sin responsabilidad para el trabajador, cuando no reciba del patrón el salario en la fecha o lugar convenidos o acostumbrados, prevista en el artículo 51, fracción V, de la Ley Federal

del Trabajo, no es necesario que demuestre que efectuó gestiones para obtener el pago y que el patrón se negó a hacerlo, pues es éste quien de acuerdo a los mencionados principios, debe probar que puso a disposición del trabajador las percepciones en la fecha y lugar convenidos o acostumbrados, pues de no ser así, se introducirían elementos no previstos en la ley. Por las mismas razones, debe quedar superada también la tesis de rubro: "**SALARIOS, RESCISIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR FALTA DE PAGO DE. BASE DE LA ACCIÓN.**", cuyas consideraciones, por ser anteriores a la reforma procesal de 1980, no tomaron en cuenta la nueva distribución de la carga probatoria en materia laboral.

Varios 4/2006-SS. Solicitud de modificación de la jurisprudencia 4a./J. 23/93. Magistrado Alejandro Sosa Ortiz. 24 de marzo de 2006. Cinco votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Óscar Rodríguez Álvarez.

Tesis de jurisprudencia 23/93. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del treinta y uno de marzo de dos mil seis.

89

28.- Baltazar Cavazos Flores, durante muchos años estuvo aduciendo la posibilidad de que se pudiera despedir o rescindir la relación de trabajo a un trabajador, en el caso de que tuviera “medias faltas” de asistencia. En 1984, se produjo una jurisprudencia muy interesante en el Informe de la Suprema Corte de ese año, la jurisprudencia número 8, que por cierto no apareció en ningún otro Apéndice de la Suprema Corte. Es esta:

Séptima Época

Registro digital: 815916

Cuarta Sala

Jurisprudencia

Informes

Informe 1984, Parte II

Materia(s): Laboral

Tesis: 8

Página: 11

Genealogía:

Apéndice 1917-1995, Tomo V, Parte SCJN, tesis199, página 130.

Séptima Época, Quinta Parte, Volúmenes 187-192, página 23.

FALTAS DE ASISTENCIA, EN CASOS DE JORNADA DIVIDIDA EN DOS

PARTES.- Cuando la jornada de trabajo se desarrolla en etapas discontinuas, es decir, está dividida en dos partes, la falta de asistencia a una de esas partes, debe computarse como media falta, que puede ser sumada con otras medias faltas o con otras enteras, para integrar la causal prevista por la fracción X del artículo 122 (actualmente 47) de la Ley Federal del Trabajo, pues de no computarse la media falta se fomentaría el ausentismo y se haría nugatorio un derecho que la Ley Federal del Trabajo concede a los patrones para obtener la asistencia completa de su personal, en beneficio de la producción y de la empresa, sin que esto quiera decir que se compute la media falta como falta completa.

90

Amparo directo 2897/66. Florencio Velázquez Escaip. 3 de marzo de 1967. Cinco votos.

Ponente: Alfonso Guzmán Neyra.

Amparo directo 5376/69. Radiodifusora X.E.F.I. 11 de marzo de 1970. Cinco votos.

Ponente: Ramón Canedo Aldrete.

Amparo directo 5553/81. Octavio Domínguez Sánchez. 24 de febrero de 1982. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: David Franco Rodríguez. Secretaria: María del Rosario Mota Cienfuegos.

Amparo directo 4563/81. Sergio Cervantes Villegas. 22 de marzo de 1982. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo. Secretario: J. Tomás Garrido Muñoz.

Amparo directo 2432/84. Consejo Nacional de Recursos para la Atención de la Juventud. 27 de agosto de 1984. **Mayoría de tres votos.** Ponente: María Cristina Salmorán de

Tamayo, en cuya ausencia hizo suyo el proyecto el ministro David Franco Rodríguez.
Disidente: Alfonso López Aparicio. Secretaria: María del Refugio Covarrubias de Martín del Campo.

28.1.- Lo más interesante de esta jurisprudencia es el Amparo directo 2432/84. Consejo Nacional de Recursos para la Atención de la Juventud. 27 de agosto de 1984. **Mayoría de tres votos.**⁵⁹ No puede entonces, considerarse en principio, como jurisprudencia, porque sí proviene de la Cuarta Sala, tendría que tener cuatro votos o cinco votos, Faltó un voto.

28.2.- Tenía curiosidad por saber que adujo el Ministro disidente Alfonso López Aparicio; y al fin encontré la escisión, en un Semanario Judicial de la Federación posterior, que me causó asombro: *“Estoy en contra del proyecto, por tratarse de un conflicto del trabajo que debe ser resuelto con aplicación de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del artículo 123 constitucional, y de las Tesis jurisprudenciales que esta Cuarta Sala ha sustentado al respecto. Debe concluirse que en autos quedó acreditado, incluso por confesión expresa del hoy tercero perjudicado, que éste incurrió en abandono de empleo por lo que el Tribunal debió absolver a la institución hoy quejosa y al no hacerlo el aludo es violatorio de garantías individuales y por ello debe concederse el amparo. - ALFONSO LOPEZ APARICIO ⁶⁰”.*

28.3.- Es decir los otros ministros de la Cuarta Sala de la Suprema Corte, mezclaron las dos leyes laborales, la derivada del apartado A del artículo 123 Constitucional y la del apartado B; y crearon un “criterio”. Por esta otra causa no debería de haber sido tampoco considerada

⁵⁹ Si se buscan las votaciones hay muchas tesis jurisprudenciales por reiteración que tienen solo 3 votos.

⁶⁰ Semanario Judicial de la Federación, Vol. 187-192, 5ta. Parte, Cuarta Sala, Julio-Diciembre de 1984, pág. 31 y 32.

como jurisprudencia la aludida; aparte del grave hecho de no considerar la votación por mayoría.

29.- Don Jorge Gaxiola expresaba que la jurisprudencia se parece, de alguna manera, a la Cenicienta, “que utilizamos en nuestros afanes utilitarios”; esto es totalmente cierto, el litigante, se aferra, se enamora de las jurisprudencias, con el ánimo de llevarla como si fuera un estandarte, para ver si con eso va ganar, por un afán utilitario, pero no porque la jurisprudencia en sí sea cierta o luminosa.

30.- Y hay coincidencias extrañas, como ésta:

Quinta Época

Sexta Época

92

Registro digital del disco óptico de Sistematización de Tesis y Ejecutorias de la SCJN:

1012927

Pleno

Jurisprudencia

Apéndice de 2011

Tomo V. Civil Primera Parte - SCJN Primera Sección - Civil Subsección 2 - Adjetivo

Materia(s): Común

Tesis: 328

Página: 330

DOCUMENTOS PÚBLICOS. NO PRUEBAN ACTOS INCIDENTALES.

Hacen fe respecto del acto o actos contenidos en ellos, y no de aquellos que como incidentales o accesorios aparecen en los mismos documentos.

Amparo directo 1196/19. —Ramírez viuda de Russek Matilde. —29 de abril de 1921. —
Mayoría de siete votos. —La publicación no menciona el nombre del ponente.

Amparo directo 1197/19. —Ramírez viuda de Russek Matilde. —29 de abril de 1921.—
Mayoría de siete votos.—La publicación no menciona el nombre del ponente.

Amparo directo 1198/19. —Ramírez viuda de Russek Matilde. —29 de abril de 1921. —
Mayoría de siete votos. —La publicación no menciona el nombre del ponente.

Amparo directo 1200/19. —Ramírez viuda de Russek Matilde. —29 de abril de 1921. —
Mayoría de siete votos. —La publicación no menciona el nombre del ponente.

Amparo directo 1202/19. —Ramírez viuda de Russek Matilde. —29 de abril de 1921. —
Mayoría de siete votos. —La publicación no menciona el nombre del ponente.

Apéndice 1917-2000, Tomo VI, Materia Común, Jurisprudencia, Suprema Corte de Justicia
de la Nación, página 139, Pleno, tesis 171.

93

31.- Esta es una de cuatro jurisprudencias⁶¹ formadas el día 29 de abril de 1921, en cinco juicios con número sucedáneo, de una misma persona. ¿Curioso?.

V.- EL JURISPRUDENCIALISMO.

32.- Como no recordar los enunciados certeros, de uno de los más grandes ministros de la SCJN, Don José Ramón Palacios Vargas, cuando indicó: *“Reafirmamos nuestra fe democrática y seguiremos aferrados a la división de poderes para garantizar a la sociedad un equilibrio estable y repudiamos toda doctrina jurídica o política que quiera convertir al*

⁶¹ Ver **TESTIGOS EN LOS JUICIOS MERCANTILES**, Tesis 830 el apéndice de 2011 (Registro digital: 1013429). **TESTIGOS EN LOS JUICIOS MERCANTILES**. - Tesis 409 (Registro 913351) **DOCUMENTOS PÚBLICOS. NO PRUEBAN ACTOS INCIDENTALES**. - tesis 171. (Registro 917705)

juez en legislador, so pretexto de colmar sus sentimientos de eticismo, sus preferencias de partido o de exhibir sus ansias tan **inconsultas** como peligrosas de renovación total”.⁶² y cuando refirió: Es “(...) hipocresía la penosa simulación del legalismo en fuerza de la cual el intérprete no vacila en hacer hablar al legislador, con el pretexto de que están ínsitas en las leyes las más arriesgadas fantasías que florecen en su cerebro”.⁶³

33.- El citado, ex ministro de la Corte de Justicia de la Nación, en el libro *Estudios Jurídicos*, refirió: “(...) el juez al interpretar, **no crea nada nuevo, ni puede hacer más que poner en claro los elementos jurídicos sustanciales ya existentes**”. No existe para el jurista más voluntad que la de la ley, pues “(...) **la interpretación del mandato es hecha solamente con elementos detraídos del mandato**” según Caprograssi; y Ferrara explica con evidencia que **“el juez es la viva vox iuris. Pero el juez está sujeto a la ley, decide como la ley le obliga, es el ejecutor, no el creador de ella”**, ya que, de otra suerte, caeríamos en la escuela de la libre creación del derecho”. Esto que transcribo es una verdad, el Juez, los Magistrados, **los ministros deben estar sujetos a la ley**, deben decidir cuando la Ley les obliga a ellos, son los ejecutores, **no los creadores de la Ley**⁶⁴. El aludido **Don Ramón Palacios Vargas**⁶⁵, en la página 120, se lee la crítica de considerar que la jurisprudencia puede crear normas, ya que en ese caso la jurisprudencia sería una norma superconstitucional, (sic) lo que debe ser inadmisibles, ya que habría como se escribió ahí, dos manantiales de normatividad. Uno legítimo que serían las leyes del Congreso y otro ilegítimo que sería un activismo judicial de crear cuasi normas vía jurisprudencial.

34.- El citado Don Ramón Palacios, antes de ser ministro de la Corte, estableció en un bello ensayo antes de ser ministro: *“La jurisprudencia desempeña el alegre papel de un*

⁶² Palacios Vargas, J. Ramón. *“Ley e interpretación”*. Estudios Jurídicos. 1969. Universidad de Nuevo León, Pág. 38.

⁶³ Obra citada en la nota a pie de página anterior. Página. 54.

⁶⁴ José Ramón Palacios Vargas, *Ley e Interpretación*, Estudios Jurídicos, Publicaciones de la Universidad de Nuevo León, 1969, Páginas 43 y 46.

⁶⁵ En el libro *La contradicción de tesis y la fijación de Jurisprudencia*, de **Gonzalo Hernández Cervantes**, en la página 120.

*duendecillo, que surge inesperadamente en los sitios más oscuros de nuestro juicio constitucional” “(...) no hay ley alguna que conmine con sanción la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia. **La obligatoriedad de la jurisprudencia es una campana sin badajo, que, aunque lo tuviera, nunca ha tocado.**”⁶⁶*

35.- El maestro **Don Carlos Francisco Cisneros Ramos**, escribió un ensayo denominado **“Jurisprudencialismo”**⁶⁷, en donde indicó que hay la propensión de los jueces a admitir la jurisprudencia como artículo de fe; que el jurista español Sabino Álvarez Gendín, escribió: *“Ningún juez inferior está obligado a seguir tesis sustentadas en reiteradas sentencias por el Tribunal Superior, pues queda en libertad perfecta y absoluta de aplicar en defecto de la ley, la costumbre o los principios generales de que él tenga noticia, aún contrarios al criterio de la jurisprudencia por muy reiterada que ésta sea”*.

36.- Norberto Bobbio, un connotado jurista, pensador, filósofo europeo escribió: *“La neutralidad axiológica es la virtud del científico, como la imparcialidad es la virtud del juez”*⁶⁸ Ciertamente la imparcialidad del juez debe estar hermanada de la independencia.

37.- En el libro *Jurisprudencia Regional comparada de Derechos Humanos. El Tribunal Europeo y la Corte Interamericana,*” el autor **Cristine Jeaangey**, escribió un ensayo⁶⁹ en donde **se dubita de la falta de independencia del juzgador cuando tiene vínculos con la jurisprudencia** o con los precedentes, ya que se desea una efectiva independencia judicial e incluso se indica *“que las apariencias desempeñan un papel importante”*.

⁶⁶ Ensayo *“El mito del amparo”*, Revista de la Facultad de Derecho de México, octubre diciembre 1956, número 24, UNAM, página 278.

⁶⁷ En el periódico *El Porvenir*, de Monterrey, Nuevo León, el 10 de febrero de 2006.

⁶⁸ Esto lo encontré, en el libro *Garantismo Espurio*, del investigador **Pedro Salazar Ugarte**, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en la página 27, editado el libro en Madrid, España. Una versión electrónica de ese libro, en forma abreviada, está en el siguiente link: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32777/1/Doxa_34_18.pdf

⁶⁹ Cristine Jeaangey escribió ese ensayo en ese libro de la editorial Tirant lo Bianca, de Valencia, España, 2013 página 429.

38.- No hay norma alguna se insiste, que castigue a quien no obedezca una Jurisprudencia, hay mención de obligatoriedad, pero solamente eso. Ciertamente contra la observancia de la ley no puede alegarse la Jurisprudencia, ni el antojo de jueces. Los órganos jurisdiccionales están obligados virtualmente a cumplir con la jurisprudencia correcta y atinente que haya sido emitida, pero, **deben cumplir antes con la Constitución y con la Ley. Hay que defender la Supremacía de la Ley.** La Jurisprudencia no debe ser inevitablemente cumplida y menos la que es de una Ley no vigente.

VI.-LA FALTA DE AUTONOMIA E INDEPENDENCIA JUDICIAL POR LA JURISPRUDENCIA.

39.- En un reciente y estupendo ensayo, Vicente Fernández Fernández denominado *La justicia de los precedentes. ¿Invasión a la independencia y autonomía del juzgador?* indica:

La independencia y autonomía judicial es vista como un derecho humano, es decir, el derecho a ser juzgado por un tribunal autónomo e independiente, como se precisa en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que en el caso mexicano se consigna en el artículo 17 constitucional. (...)

Es importante destacar que la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es considerada como obligatoria en la mayoría de los países latinoamericanos, incluso la que surge en aquellos casos en los que no son parte, de tal manera que en el sistema interamericano de protección de derechos humanos se ha seguido la línea del precedente judicial obligatorio y no porque la Convención así lo prevea, sino porque ha sido la misma Corte la que lo ha sostenido en sus resoluciones.

La independencia del juzgador se ha visto entonces como un elemento sustancial del debido proceso, al grado que la misma Asamblea General de la ONU adoptó los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, en las Resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146, del 13 de diciembre de 1985, en las que se destaca que:

1. La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.

2. Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.

Adicionalmente, el 5 de diciembre de 2013, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó el documento denominado Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de Derecho en Las Américas, en el que se prescribe que la independencia de todo órgano que realice funciones de carácter jurisdiccional es un presupuesto indispensable para el cumplimiento de las normas del debido proceso en tanto derecho humano y su ausencia afecta el ejercicio del derecho de acceder a la justicia, aparte de generar desconfianza y hasta temor, que orille a las personas a no recurrir a los tribunales.”⁷⁰

⁷⁰ Confieso que este ensayo es el motor y motivador de estas ideas y Ponencia.

40.- La verdad es que esa obligatoriedad la hemos entendido mal, porque es virtual o sin sanción. Y esto es toral. Ya que los jueces no tienen por qué formular sus sentencias siguiendo los precedentes judiciales que han alcanzado a conformar alguna jurisprudencia, y menos cuando muchas están pésimamente o falsamente elaboradas.

VII.- LAS CAMPANAS O JURISPRUDENCIAS, SIN BADAJO.

41.- No hay norma alguna, se enfatiza, que castigue a quien no obedezca una Jurisprudencia, hay mención de obligatoriedad, pero solamente eso. En un ensayo muy interesante Jose Ramón Cossío y Roberto Lara Chagoyan, establecen: *“Así, dado que no se advierte ninguna norma que establezca alguna sanción para quienes no apliquen la jurisprudencia obligatoria, entonces podría decirse que, en principio, una eventual inaplicación no podría considerarse como ilícita. Sin embargo, en caso de que el Consejo de la Judicatura Federal llegara a determinar lo contrario, sería pertinente tomar en cuenta lo siguiente: La tesis positiva que se ha venido desarrollando en este análisis supone un cambio en el entendimiento que hasta ahora se ha tenido con respecto a la obligatoriedad de la jurisprudencia. De acuerdo con este cambio, tendría que considerarse que la inaplicación de la jurisprudencia podría haberse llevado a cabo a partir de una correcta observancia de la facultad de inaplicación, o bien de manera incorrecta. La corrección o incorrección podría ser determinada por el órgano revisor. De este modo, por ejemplo, podría considerarse que la inaplicación es incorrecta cuando el operador no ofrece razones para justificar su decisión, o si se advierte que las razones que aduce son claramente inaceptables o irrazonables.”*⁷¹ Esto lo habíamos advertido, lo saben los operadores jurídicos del país, pero a veces, dada nuestra pequeñez es necesario que lo enfatice un ministro y un destacado jurista. Y más cuando **la Corte Suprema no es infalible** ciertamente -parafraseando a Cossío y a Lara-

⁷¹ COSSÍO DÍAZ, José Ramón y LARA CHAGOYAN, Roberto, ¿Qué hacer con la jurisprudencia que viola derechos humanos?, Revista del Centro de Estudio Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, año I, Núm. 1, julio-diciembre 2015, México, pp. 169-191.

42.- Ciertamente contra la observancia de la ley no puede alegarse la Jurisprudencia, ni el antojo de jueces. Los órganos jurisdiccionales están obligados *tácitamente* a cumplir con la jurisprudencia correcta y atinente que haya sido emitida, pero, **deben cumplir antes con la Constitución y con la Ley. Hay que defender la Supremacía de la Ley.**

43.- Si la Jurisprudencia defectuosa o no, es virtualmente obligatoria, no debe ser irrestrictamente observada, y se ha creado una dependencia indebida⁷² que afecta absolutamente la **independencia, la autonomía judicial**, y la seguridad jurídica, vista como un **derecho humano**, es decir, el derecho a ser juzgado por un tribunal verdaderamente autónomo e **independiente**, como se precisa en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que se consigna en el artículo 17 constitucional, entonces hay una grave fractura al Derecho Humano de los justiciables en el país, si no hay independencia, si no hay autonomía, y por ello debemos repudiar las tesis, debemos rescatar el imperio de la Ley, más aun cuando se rompe el verdadero sentido de la sentencia, que es el de reflejar el sentimiento del juez al analizar, al justipreciar los hechos, sin que tenga que forzosamente “obedecer” lo que sea contrario a su criterio.

44.- Hay tantísimas tesis⁷³ que en verdad tienen colisión entre sí y que podrían y son contradictorias y ante ese diluvio no todas pueden ser aplicadas. **La Jurisprudencia no debe ser inevitablemente cumplida.** Cuánta razón implica sostener y afirmar entonces que la ley debe ser aplicada, ya que algunas aplicaciones han llegado a ser “interpretaciones” que se apartan de la Ley y de la Partitura, y ello no debe ser.

⁷² NEGRETE CÁRDENAS, Michael Rolla, *EL CONFLICTO ENTRE LOS PRINCIPIOS DE INDEPENDENCIA JUDICIAL Y SEGURIDAD JURÍDICA CON MOTIVO DE LA OBLIGATORIEDAD IRRESTRICTA DE LA JURISPRUDENCIA: UN OBSTÁCULO PARA LA CONSOLIDACIÓN DE UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO EN MÉXICO*, ensayo brillante próximo a publicarse.

⁷³ En el último disco óptico se acumulan 6,582 tesis jurisprudenciales. Nadie puede jactarse de conocerlas, por favor.

45.- Habría que concluir positivamente con nuestro gran mentor, don Eduardo J. Couture: *“Ten fe en el derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la justicia, como destine normal del derecho; en la paz, como sustitutivo bondadoso de la justicia; y, sobre todo, ten fe en la libertad, sin la cual no hay derecho ni justicia ni paz.”*⁷⁴

46.- Pero espero que todas las voces del Seminario sean tan potentes que se oigan verdaderamente en la Corte Suprema y en los Poderes Judiciales estatales, que retumben en los operadores del Derecho y si son válidas, si son luminosas, si despiertan: que hagan que se cambie el rumbo. Que entiendan que la jurisprudencia no es artículo de fe y hasta culpa la tenemos al impulsarla con su invocación, con nuestros afanes utilitarios, creando un fetichismo.⁷⁵

47.- Rudolf Stammler escribió que a veces parece que el Poder Judicial se confunde con el Poder Legislativo y entonces *“(...) la vida y la libertad de los ciudadanos se hallarían regidas por la arbitrariedad, pues el juez sería legislador. Y si se confundiese con el Poder Ejecutivo, el juez podría convertirse en opresor.”*⁷⁶

100

⁷⁴ Obviamente en el célebre *Los Mandamientos del Abogado*.

⁷⁵ Rodolfo Vega Hernández, *La independencia del Poder Judicial*, FUNDAp, Querétaro, 2003, página 107.

⁷⁶ Misma obra citada en la nota a pie de página anterior, página 88.

LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES Y EL JUICIO DE AMPARO

Hugo Alberto ARRIAGA BECERRA*

SUMARIO. I. *El Juicio de Amparo*; II. *Reformas a la Constitución que afectan al Juicio de Amparo*; III. *Aplicabilidad del Texto Constitucional Vigente*; IV. *Reforma en Materia de Técnica del Amparo*. V. *Fuentes de información*.

PALABRAS CLAVE. Reforma, Constitución, Amparo, Defensa, Juicio.

I. EL JUICIO DE AMPARO.

101

El juicio de amparo como medio jurídico para exigir el respeto y protección de las garantías individuales y sociales, nace a la vida jurídica para proteger la esfera del gobernado contra actos arbitrarios del poder público que afecten o amenacen dichas garantías.

En el año 2017, los abogados celebramos los 170 años de existencia del Juicio de Amparo en todo el país, formalmente establecido en la Constitución Yucateca de 1841 y originado en la mente del ilustre Don Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá desde 1840, el cual fue adoptado por el Acta de Reformas de 1847 (artículo 25), que devolvió vigencia a la Constitución de 1824, siendo que la primera sentencia de amparo en México se dictó el 13

* Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; Profesor por Oposición de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho; Presidente del Instituto Mexicano del Amparo; Profesor Visitante de la Universidad Católica de Colombia.

de agosto de 1849, concediendo la protección constitucional al quejoso, entre otras razones, por causas de competencia⁷⁷.

El juicio de amparo se ha de concebir como un método de defensa constitucional y más apropiadamente, como lo define el maestro Ignacio Burgoa, como un medio de control constitucional por vía de acción⁷⁸.

Esta concepción implica la sola esencia de nuestro juicio constitucional, que en principio tutela la Carta Magna, y a través de las garantías que ella consagra, todo el orden jurídico nacional, pero siempre a través de la instancia de parte; esto es, siempre en función de que se ejerza por el gobernado la acción ante los tribunales federales.

Así, la procedencia del juicio de amparo se da en referencia a *cualquier acto de autoridad que viole las garantías de los gobernados*.

102

II. REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN QUE AFECTAN AL JUICIO DE AMPARO.

Por publicación en el Diario Oficial de la Federación del 6 de junio de 2011, se reformaron los artículos 103 y 107 de la Carta Magna, reforma que entró en vigor el día 4 de octubre de 2011.

⁷⁷ Vid. Arizpe Narro, Enrique, La Primera Sentencia de Amparo, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006, especialmente las páginas 39 a 50. Cabe apuntar que en realidad la primera sentencia de amparo se habría gestado en Yucatán, y con base en el artículo 8° de la Constitución Yucateca de 31 de marzo de 1841 y Covrribias Zepeda, Gonzalo, La Primera Sentencia de Amparo en México: Un Logro Ante la Adversidad y la Omisión, México, 2010).

⁷⁸ Cf. Burgoa, Ignacio, El Juicio de Amparo, Vigésimacuarta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1988, p. 171 y sigs.

Por su parte, mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio del 2011, que entró en vigor al día siguiente, se reformó la Constitución Federal en materia de la protección de los derechos humanos, por lo que siendo éste el contenido primordial del juicio de garantías, también afectó el medio de defensa constitucional.

Las reformas constitucionales referidas, generan dos importantes vertientes a saber:

A) La Reforma en Materia de Técnica del Amparo; y

B) La Reforma en cuanto a Contenidos de Tutela del Juicio de Amparo.

103

III. APLICABILIDAD DEL TEXTO CONSTITUCIONAL VIGENTE.

El texto constitucional vigente resulta aplicable a todos los juicios de amparo, aunque se hayan tramitado bajo la vigencia de la ley de Amparo de 1936. Así, el Artículo Tercero Transitorio la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011, señala:

“Tercero. Los juicios de amparo iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del presente Decreto, continuarán tramitándose hasta su resolución final conforme a las disposiciones aplicables vigentes a su inicio, salvo por lo que se refiere a las disposiciones relativas al sobreseimiento por inactividad procesal y caducidad de la instancia, así como el cumplimiento y ejecución de las sentencias de amparo”.

Del precepto transcrito, aplicable sólo respecto del texto *constitucional* reformado de que se trata, claramente se advierte la manifiesta intención del Constituyente Permanente, de que todos los juicios de amparo, aún los iniciados con antelación a la entrada en vigor de dicha reforma constitucional, se tramiten con base en las nuevas disposiciones constitucionales, especialmente en tratándose de los casos específicos que enuncia, a saber:

- 1.- Sobreseimiento por inactividad procesal;
- 2.- Caducidad de la instancia; y
- 3.- Cumplimiento y ejecución de las sentencias de amparo.

Resulta evidente que la misma regla opera para los tres supuestos mencionados, de suerte que ya no resulta jurídicamente válido que un juicio de amparo se sobresea por inactividad procesal o se decrete la caducidad de la instancia en el mismo, desde que empezó a regir la reforma constitucional, siendo incontestable que se debe acatar el objetivo constitucional que se ha referido, sin que pueda hacerse cualquier interpretación en el sentido de que antes la Carta Magna no lo establecía de esa forma en relación al cumplimiento de las ejecutorias de amparo, independientemente de que se hubieren dictado previamente a la entrada en vigor de la reforma en cita, en observancia al principio jurídico que enseña *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

En ese orden de ideas, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que no sólo es válido, sino *imperativo* que las reformas a la Constitución Federal se apliquen incluso de modo retroactivo, pues en ejercicio de sus facultades amplísimas, y al realizar reformas a la *Lex Legum* considerando diversas razones de índole político, social o de interés general, el constituyente puede establecer casos de excepción al principio de no

retroactividad, y cuando así haya procedido, tales preceptos deberán aplicarse retroactivamente⁷⁹.

A este respecto cabe apuntar que tal como señala el propio Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en todo caso y para que una ley resulte retroactiva, se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores, de esa suerte que siendo esencial esta última circunstancia, es palmario que ninguna autoridad pudo haber “adquirido el derecho a que se sobresea por inactividad procesal; se decrete la caducidad de la instancia o se deje de cumplir una sentencia de amparo”, así sea de forma parcial, pues es inconcuso que las garantías constitucionales se establecieron a favor de los gobernados, no de las autoridades.

IV. REFORMA EN MATERIA DE TÉCNICA DEL AMPARO.

105

Esta reforma involucra los siguientes aspectos fundamentales, derivados esencialmente de los cambios introducidos a los artículos 103 y 107 de la *Lex Legum*:

A) Derechos Humanos.- En la fracción I del artículo 103, se habla de los derechos humanos, *a más de las garantías*, y se indica que son objeto de protección, incluso cuando se deriven de Tratados Internacionales.

⁷⁹ Sobre el particular se presenta la Jurisprudencia 302 que se lee en el Apéndice de 1995, Tomo I, Parte SCJN, Pleno, página 282 (Registro 389755) (Genealogía: Apéndice al Tomo XXXVI 684 PG. 1288; Apéndice al Tomo L, 186, pg. 225; Apéndice al Tomo LXIV, 209, pg. 246; Apéndice al Tomo LXXVI, 844, pg. 1371; Apéndice al Tomo XCVII, 932, pg. 1725; Apéndice '54, Tesis 921, pg. 1714; Apéndice '65, Tesis 162, pg. 299; Apéndice '75, Tesis 160, pg. 280; Apéndice '85, Tesis 247, pg. 420; Apéndice '88, Tesis 1654, pg. 2682 y Apéndice '95, Tesis 302, pg. 282), del rubro: “RETROACTIVIDAD DE LA LEY, PRECEPTOS CONSTITUCIONALES NO SON IMPUGNABLES POR”.

Aunque el texto constitucional alude a los derechos humanos y sus garantías (y con ello pareciera omitir la noción de las garantías sociales), esto sólo obedece a que se conservó parcialmente el nombre del Título Primero que aparecía en la Constitución de 1857, que dado su carácter liberal, sólo estableció garantías individuales, siendo que las garantías sociales surgieron en la Carta Magna de 1917.

B) Procedencia del Juicio de Amparo con base en un Interés Legítimo.- Del texto constitucional y legal se desprenden las siguientes circunstancias en referencia al interés legítimo:

1.- Sujetos legitimados.- Puede promover aduciendo interés legítimo cualquier gobernado, sea un individuo o una colectividad;

2.- Condición argumentativa.- Basta con que *se aduzca* que el acto reclamado viola los derechos consagrados en la propia Carta Magna (garantías del gobernado);

3.- Situación del quejoso.- El acto reclamado ha de afectar la esfera jurídica del quejoso, lo que puede ser de manera directa, o simplemente *por la situación que guarda* frente al orden jurídico; y

4.- Desaparición de la exigencia del interés jurídico en amparo indirecto *in genere*.- Del segundo párrafo de la fracción I del artículo 107 Constitucional y del cuarto párrafo de la fracción I del artículo 5° de la Ley de Amparo, se aprecia que la noción de interés jurídico y su afectación de manera real, personal y directa, sólo subsiste en el caso del amparo directo, de suerte que en el juicio entablado contra actos de autoridades administrativas y legislativas, como es este caso, no resultan exigibles dichos parámetros, bastando el interés legítimo. Sólo

se podría exigir interés jurídico en el amparo indirecto que se entablara contra actos jurisdiccionales como tercero extraño.

5.- Imposibilidad jurídica de desechar una demanda de amparo basada en un interés legítimo.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado a propósito del concepto de interés legítimo, que la afectación del mismo es una cuestión de fondo, razón por la cual no puede dar lugar al desechamiento de plano de la demanda, como supuesto motivo manifiesto e indudable de improcedencia.

Incluso ha definido que la falta de afectación al interés legítimo al momento de promover, no es motivo manifiesto e indudable de improcedencia, pues reitera que aquel supuesto constituye una cuestión de fondo que no puede ser analizada al presentarse la demanda, sino que es susceptible de justificación durante la tramitación del juicio respectivo.

107

Finalmente a este respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la circunstancia de que el acto impugnado esté desprovisto de efectos vinculatorios, no constituye un motivo manifiesto e indudable de improcedencia para el desechamiento de la demanda, ya que, de acotarse la procedencia del medio de control constitucional a los casos en que se impugnan actos “vinculantes en términos jurídicos” y de considerarse que únicamente este tipo de actos causan lesión, se estaría admitiendo un requisito adicional para la procedencia de la acción, no previsto en la Norma Fundamental. Así y aunque el quejoso debe tener interés legítimo para acudir a esta vía, traducido éste en la afectación que resienta en su esfera jurídica, en razón de su especial situación frente al acto que considere lesivo, la ley no restringe ni condiciona que dicha afectación sea resultado de un acto de tal naturaleza, dejando abierta la posibilidad de que otra clase de actos sean susceptibles de generar lesión.

Lo anterior, en función de que limitar de esta manera la procedencia del amparo daría cabida a que, bajo la forma de actos “no vinculantes en términos jurídicos”, se produjeran violaciones *de facto* a la Constitución Federal que no podrían ser objeto de control⁸⁰.

De esa suerte, ningún juzgador federal se halla en aptitud jurídica de desechar la demanda de garantías bajo la apreciación de que no se demuestra el interés legítimo, pues debe estudiar tal aspecto en su completitud, y la Jurisprudencia ha señalado que no se puede desechar una demanda, por las causas que se podrían invocar para sobreseer⁸¹.

C) Apariencia del Buen Derecho.- La fracción X del artículo 107 incorpora la necesidad de que al resolver sobre la suspensión se atienda a la apariencia del buen derecho y al interés social. Esta reforma tiene útiles efectos, como es el caso de la Jurisprudencia 2a./J. 157/2010, que aparece en la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIII, Enero de 2011, Segunda Sala Página 1402, cuyo rubro es “SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. DEBE NEGARSE CONTRA LOS EFECTOS Y CONSECUENCIAS DE LA INHABILITACIÓN TEMPORAL PARA PARTICIPAR EN PROCEDIMIENTOS DE

108

⁸⁰ En tal sentido se presentan la Tesis 1a. LXV/2007, que figura en la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, Febrero de 2007, Primera Sala, página 1395; la Tesis 1a. XLIV/2002, que se lee en la propia Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XV, Junio de 2002, Primera Sala, página 431 y la Tesis 1a. LXIV/2007, que también se ubica en la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, Febrero de 2007, Primera Sala, página 1396, de los rubros: “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. DEBE DARSE OPORTUNIDAD AL ACTOR DE DEMOSTRAR EL INTERÉS LEGÍTIMO QUE LE ASISTE PARA ACUDIR A ESTA VÍA Y SÓLO DECRETARSE EL SOBRESEIMIENTO ANTE SU FALTA, CUANDO LA INVIABILIDAD DE LA ACCIÓN RESULTE TAN EVIDENTE QUE SEA INNECESARIO RELACIONARLA CON EL ESTUDIO DE FONDO DEL ASUNTO”; “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA FALTA DE AFECTACIÓN AL INTERÉS DEL ACTOR, AL CONSTITUIR UNA CUESTIÓN DE FONDO QUE NO PUEDE SER ANALIZADA AL PRESENTARSE LA DEMANDA, NO ES MOTIVO MANIFIESTO E INDUDABLE DE IMPROCEDENCIA” y “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EL HECHO DE QUE EL ACTO IMPUGNADO CAREZCA DE EFECTOS VINCULATORIOS NO CONSTITUYE MOTIVO MANIFIESTO E INDUDABLE DE IMPROCEDENCIA”.

⁸¹ Al respecto son aplicables la Jurisprudencia XIX.1o. J/6, visible en la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VIII, Octubre de 1998, página 997; la Tesis que figura en la Quinta Época del Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXXIX, Tercera Sala, página 4258 y la Tesis que se publicara en la Quinta Época del Semanario Judicial de la Federación, Tomo XIV, Pleno, página 886, de los epígrafes: “IMPROCEDENCIA, CAUSAL DE. PARA QUE OPERE DEBE SER PATENTE, CLARA E INOBJETABLE”; “DEMANDA DE AMPARO, ADMISIÓN O DESECHAMIENTO DE LA” y “IMPROCEDENCIA, AUTO DE”.

LICITACIÓN O PARA CELEBRAR CONTRATOS PÚBLICOS”, toda vez que este criterio expresamente contraviene el texto vigente del artículo 107, fracción X de la Constitución Federal, lo que implica su falta de vigencia e inaplicabilidad a cualquier caso, pues prohíbe la ponderación de la apariencia del buen derecho al ordenar de manera tajante que se debe negar la suspensión contra los efectos y consecuencias de la inhabilitación temporal, lo que resulta contradictorio con el texto actual y vigente de la Carta Magna, que es posterior a dicha tesis y que ordena que se verifique tal ponderación.

D) Derogación de la Caducidad por Inactividad Procesal.- Se derogó la fracción XIV que establecía esta figura, al igual que la referencia que se hacía al tema en la fracción XVI, párrafo tercero, lo que claramente es positivo. En esa tesitura, ya no se puede decretar tal figura bajo ningún pretexto.

E) Incumplimiento de las Ejecutorias de Amparo.- El precepto 107, fracción XVI último párrafo de la Carta Magna, en su texto actual, señala que “No podrá archivarse juicio de amparo alguno, *sin que se haya cumplido la sentencia que concedió la protección constitucional*”. Esto tiene varios efectos jurídicos trascendentes a saber:

1.- Inconstitucionalidad del Artículo Tercero Transitorio de la Ley de Amparo vigente.- Contra lo expresamente dispuesto por el artículo 107, fracción XVI, último párrafo de la Constitución Federal, *el artículo Tercero Transitorio de la Ley de Amparo vigente hace nugatoria* la eficacia que debe caracterizar a toda sentencia de amparo, al pretender que la parte quejosa sólo puede tener un “papel pasivo” en el acatamiento de la ejecutoria que le resultó favorable, tal como lo conciben los numerales 192 y 196 del propio ordenamiento a los cuales remite, lo que es particularmente incorrecto cuando la ejecutoria cuyo cumplimiento se requiera haya sido dictada antes de que entrara en vigor el texto actual de la Ley de Amparo; es decir, bajo la vigencia de la ley de 1936.

2.- Inconstitucionalidad del artículo 97, fracción III de la Ley de Amparo de 1936 a la luz del texto actual de la Carta Magna.- La norma mencionada, sujeta a plazo el cumplimiento de las ejecutorias de amparo, lo que resulta incongruente con su parte final, que indica la ausencia del mismo en la materia penal, y lo establecido en los ordinales 105, 106, 108, 110, 111 y 113 del propio ordenamiento, que no señalan plazo alguno para la hipótesis del incumplimiento *total* de la sentencia o de la repetición del acto reclamado. Esta última es la única fórmula que resulta acorde con el precepto 107, fracción XVI último párrafo de la Carta Magna, en su texto actual, cuyo parámetro se debe emplear para definir la inconstitucionalidad de las normas reclamadas; esto es, que “No podrá archivarse juicio de amparo alguno, *sin que se haya cumplido la sentencia que concedió la protección constitucional*”.

A lo anterior se suma que conforme al artículo 80 de la propia Ley de Amparo de 1936, el efecto de la sentencia que concede la protección de la justicia federal es *volver las cosas al estado que tenían antes de la violación constitucional*, de modo que si *el numeral que se combate impide que se genere tal efecto e incide en la permisión de que se pueda eludir el cumplimiento de la ejecutoria constitucional, al menos en parte, cuando la solución del conflicto debe ser integral*, según se ha apuntado, su contradicción con la norma fundamental se evidencia de modo claro.

A este respecto es de acotar que en términos más acordes con el *telos* constitucional del juicio de garantías *in genere*, el artículo 130 de la Ley de Amparo de 18 de octubre de 1919, establecía lo siguiente:

“**Artículo 130.-** Cuando la autoridad responsable en los amparos de que conozca la Corte en única instancia, incurriere en exceso o en defecto, al ejecutar la sentencia de aquélla, los interesados podrían también ocurrir en queja ante la misma Corte. La

queja se presentará ante la autoridad responsable, la que remitirá a la Corte el informe correspondiente, para que ésta lo resuelva como ordena el artículo anterior”.

Este dispositivo de la Ley de Amparo de 1919 que era el último de los siete preceptos que conformaban el Capítulo X “De la ejecución de las sentencias”, *no señalaba ningún término para interponer la queja* y esta falta de indicación la atendió la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Jurisprudencia 869 del Apéndice de 1954, Pleno, página 1598 (Registro 395588) (Genealogía: Apéndice al Tomo XXXVI, 654, pg. 1223; Apéndice al Tomo L, 174, pg. 207; Apéndice al Tomo LXIV, 195, pg. 224; Apéndice al Tomo LXXVI, 802, pg. 1293; Apéndice al Tomo XCVII, 884, pg. 1620; Apéndice '54, Tesis 869, pg. 1598; Apéndice '65 Tesis N. L., pg. N. L.; Apéndice '75 Tesis N. L., pg. N. L.; Apéndice '85 Tesis N. L., pg. N. L. y Apéndice '88, Tesis N. L., pg. N. L.), que reza:

“QUEJA POR EXCESO O DEFECTO DE EJECUCIÓN.- *La queja por exceso o defecto de ejecución de una sentencia de amparo, puede presentarse en cualquier tiempo*”.

111

Lo anterior se concluyó por parte del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al considerar que *la observancia y puntual ejecución de las sentencias de amparo, es de orden público y de interés social*, y éste no puede ceder jamás al interés particular; de suerte que, aunque la parte que obtuvo amparo, omita o retarde el ejercicio del recurso de queja ante la falta de cumplimiento *puntual* del fallo protector, esto no priva de facultades al Poder Judicial de la Federación para intervenir en cualquier momento u ocasión en que advierta esa falta de observancia⁸², lo que sigue siendo de ese modo, y no puede interpretarse de manera distinta en función de lo establecido en el texto actual de la Carta Magna que se ha invocado.

⁸² En esos términos se aprecian la Tesis que aparece en la Quinta Época del Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXIV, Pleno, página 472 (Registro 280599); la Tesis que se ve en la misma Quinta Época del Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXII, Pleno, página 934 (Registro 280351); la Tesis que también figura en la Quinta Época del Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXI, Pleno, página 1127 (Registro 281639); la

Cabe hacer notar que resulta perfectamente válido el formular los planteamientos de inconstitucionalidad de un precepto en referencia a otros de igual jerarquía que se ubican en la misma ley y que señalan parámetros sobre el propio tema, tal como lo avala la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁸³, de modo que como el dispositivo citado se contrapone a lo señalado en los diversos numerales 80, 105, 106, 108, 110, 111 y 113 de la misma Ley de Amparo de 1936, en tanto impone una condición a la puntual observancia de la sentencia de amparo, misma que no se encuentra en los preceptos apenas citados, es irrefragable que se gesta la violación constitucional.

Es más, el dispositivo 113 de la Ley de Amparo de 1936, textualmente disponía lo que ahora consta en el numeral 107, fracción XVI, último párrafo de la Carta Magna, al señalar:

“Artículo 113.- *No podrá archivarse ningún juicio de amparo sin que quede enteramente cumplida la sentencia en que se haya concedido al agraviado la protección constitucional o apareciere que ya no hay materia para la ejecución. El Ministerio Público cuidará del cumplimiento de esta disposición”.*

112

Tesis que del mismo modo se ubica en la Quinta Época del Semanario Judicial de la Federación, Tomo XX, Pleno, página 633 (Registro 282140); la Tesis que se aprecia en la propia Quinta Época del Semanario Judicial de la Federación, Tomo XIX, Pleno, página 560 (Registro 282638); la Tesis que también se halla en la Quinta Época del Semanario Judicial de la Federación, Tomo XVIII, Pleno, página 289 (Registro 283035) y la Tesis que asimismo se puede consultar en la Quinta Época del Semanario Judicial de la Federación, Tomo XVII, Pleno, página 1408 (Registro 284134), bajo los epígrafes: “QUEJA POR DEFECTO DE EJECUCIÓN”; “QUEJA POR DEFECTO DE EJECUCIÓN” y “QUEJAS POR EXCESO O DEFECTO DE EJECUCIÓN”.

⁸³ En ese sentido resulta aplicable la Jurisprudencia 1a./J. 104/2011, que aparece en la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIV, Septiembre de 2011, Primera Sala, página 50 (Registro 161139), que enseña: “AMPARO CONTRA LEYES. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE ÉSTAS PUEDE DERIVAR DE LA CONTRADICCIÓN CON OTRAS DE IGUAL JERARQUÍA, CUANDO SE DEMUESTRE VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA”.

Ergo y como el ordinal referido supone la posibilidad de archivar un expediente a pesar de que no se haya cumplido cabalmente la sentencia concesoria de la protección de la justicia federal, es inconcuso que su texto vulnera el precepto fundamental citado⁸⁴.

V. REFORMA EN CUANTO A CONTENIDOS DE TUTELA DEL JUICIO DE AMPARO.

Estas reformas que se derivan especialmente del artículo 1° y del artículo 103 de la Carta Magna, presentan las siguientes novedades:

A) Control de Convencionalidad.- En primer lugar, es de hacer notar que el Poder Judicial de la Federación ha señalado que constituye una obligación *ex officio* de *no sólo de todos los tribunales del país, sino de todas las autoridades*, el realizar el control de convencionalidad, lo que les obliga a aplicar las normas más benéficas para el gobernado en todos los casos, siendo que incluso deben preferir las normas internacionales y su interpretación, sobre las normas mexicanas de índole ordinario⁸⁵.

113

⁸⁴ A este respecto resulta aplicable el criterio vertido en la Tesis que aparece en la Séptima Época del Semanario Judicial de la Federación, Volumen 115-120, Sexta Parte, página 159, *ponencia del Señor Ministro Guillermo Guzmán Orozco* (Registro 252303), del epígrafe: “SENTENCIAS DE AMPARO. NO HAY TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN O CADUCIDAD PARA SU EJECUCIÓN”.

⁸⁵ A este respecto, resultan ilustrativas la Tesis P. LXVII/2011(9a.) que se lee en la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Pleno, página 535; la Tesis P. LXVIII/2011 (9a.), que se localiza en la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Pleno, página 551; la Tesis P. LXIX/2011(9a.), que también se halla en la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Pleno, página 55; la Tesis P. LXX/2011 (9a.), que también se puede consultar en la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Pleno, página 55; la Tesis XI.1o.A.T.47 K, que se aprecia en la Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXI, Mayo de 2010, página 1932; la Tesis XI.1o.A.T.45 que se ve en la propia Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXI, Mayo de 2010, página 2079; la Tesis I.4o.A.91 K, que se advierte en la misma Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXI, Marzo de 2010, página 2927 y la Tesis XI.1o.A.T.47 K, que se puede encontrar en la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXI, Mayo de 2010, página 1932, bajo los rubros “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD”; “PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”; “PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”; “SISTEMA DE

B) Obligaciones del Estado Mexicano.- El Estado Mexicano, que es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos desde el 24 de marzo de 1981 y vino a reconocer la competencia contenciosa de la Corte Interamericana el 16 de diciembre de 1998. Ahora bien, el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que se adicionó mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio del 2011, estableció que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, que es lo que implica el control de convencionalidad.

C) Obligatoriedad de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos conforme a lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.-

A lo anterior se suma que en la *sentencia de 31 de agosto de 2010* dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), a fojas 78, párrafo 219, la misma sostuvo lo siguiente:

“219. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico²⁷⁷. Pero cuando un

CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO”; “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO”; “TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN”; “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DEBE SER EJERCIDO POR LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO EN LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN, A FIN DE VERIFICAR QUE LA LEGISLACIÓN INTERNA NO CONTRAVENGA EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS” y “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO”.

Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. El Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, *el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*²⁷⁸”.

277 *Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124; *Caso La Cantuta Vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 173, y *Caso Radilla Pacheco, supra* nota 36, párr. 339;

278 *Cfr. Caso Almonacid Arellano, supra* nota 282, párr. 124; *Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C No. 169, párr. 78, y *Caso Radilla Pacheco, supra* nota 36, párr. 339”.

115

Como se advierte, la Corte Interamericana prevé que no sólo se ha de considerar el Texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino *la interpretación que de la mismo ha hecho la propia Corte*, lo que ha hecho en el en el *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México* invocando a la vez el *Caso Radilla Pacheco vs. México*. En esa tesitura, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que la Jurisprudencia de dicho Tribunal es aplicable en sus términos cuando el Estado Mexicano hay sido parte en el litigio, y en todo caso, sus criterios son orientadores para el Poder Judicial⁸⁶.

⁸⁶ En tal sentido se manifiestan la Tesis P. III/2013 (10a.) que aparece en la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1; Pleno, página 368 (Registro 2003156); la Tesis 1a. XIII/2012 (10a.) que se lee en la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1, Primera Sala, página 650 (Registro 2000206); la Tesis P.

D) Aplicabilidad de otros Tratados Internacionales.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expuesto que *es útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a la Convención Americana*⁸⁷, lo que importa que como el *ius gentium* se ha conformado históricamente con los avances jurídicos de la humanidad en su conjunto, no sea posible ignorar instrumentos internacionales bajo el prurito de que nuestro país “no los ha suscrito”, pues tal perspectiva no significaría sino un pretexto paralógico para desatender derechos humanos, pues éstos no se “confieren” graciosamente por el Estado a los gobernados, sino que sólo puede *reconocerlos*⁸⁸ *al ser parte esencial de nuestra calidad humana* y anteriores al Estado. De otra suerte y si se pretendiese aducir que ciertos derechos humanos *no nos pertenecen a los gobernados en México* (aunque se tratase de extranjeros en cuyos países sí se hallen reconocidos por la normatividad), tal alegato implicaría asegurar que hay quien tiene más derechos humanos que otros (los extranjeros en sus propios países, respecto de quienes habiten en México), o que hay seres humanos de primera (los extranjeros en sus propios países) y se segunda o tercera clase (los gobernados en México), y que sólo los que se ubican en la primera gozan de *todos los derechos humanos*, y los demás no, todo lo cual pugnaría abiertamente con la idea misma de *igualdad* que como garantía existe en

116

LXV/2011 (9a.), que aparece en la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pleno, página 556 (Registro 160482); y la Tesis I.7o.C.51 K, que figura en la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVIII, Diciembre de 2008, página 1052 (Registro 168312), de los rubros: “SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN ASUNTOS DONDE EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE. PARA QUE SUS CRITERIOS TENGAN CARÁCTER VINCULANTE NO REQUIEREN SER REITERADOS”; “CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. EFECTOS DE SUS SENTENCIAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO”; “SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO”; y “JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”.

⁸⁷ Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110. Resulta esencialmente coincidente con este concepto, lo señalado en la Tesis P. LXVI/2011 (9a.), que aparece en la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, Pleno, página 550 (Registro 160584) de epígrafe: “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 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.

⁸⁸ Así se admitía desde el texto del artículo 1º de la Constitución de 1857.

nuestro sistema jurídico y que es base de la noción misma de los derechos humanos, que considera a todos *iguales* por poseer tal calidad humana, independientemente de su raza, color, etc.

En este sentido, resulta propicio citar lo que al respecto se reconoce en el inicio del preámbulo y en el artículo 1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, promulgada por la Naciones Unidas:

“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el *reconocimiento* de la dignidad intrínseca y de los *derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*;

...

“LA ASAMBLEA GENERAL PROCLAMA:

...

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de la razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros⁸⁹”.

De la declaración que antecede queda claro lo siguiente: a) todo ser humano por el solo hecho de existir es persona y, por tanto, titular de Derecho Humanos; b) los derechos Humanos tienen su origen en la propia naturaleza del ser humano y son expresión natural de su existencia; c) *los Derechos Humanos pertenecen a las personas por igual*, es decir, sin distinción de raza

⁸⁹ Vid. Díaz Müller, Luis, Manual de Derechos Humanos, 2ª. Edición, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1992, p. 15.

sexo, nacionalidad o condición social; d) *los Derechos Humanos son preexistentes a la Ley; está los reconoce, protege y garantiza, pero no los crea*, y e) los Derechos Humanos construyen el conjunto de facultades y prerrogativas de las personas, sin las cuales no se puede existir realmente como ser humano⁹⁰.

En ese sentido, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura⁹¹ (UNESCO, por sus siglas en Inglés: United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization), expresa que los derechos humanos son “aquellas condiciones de vida sin las cuales, en cualquier fase histórica dada de una sociedad, los hombres no pueden dar de sí lo mejor que hay en ellos como miembros activos de la comunidad, porque *se ven privados de los medios para realizarse plenamente como seres humanos*”⁹².

A ello se suma que la doctrina siempre ha considerado que los derechos humanos son el conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, *que se reconocen al ser humano*, considerado individual y colectivamente⁹³.

Al respecto, Jack Donnelly expone que “Los derechos humanos constituyen una clase especial de derechos, *los que una persona posee por el simple hecho de que es un ser humano*. Son por tanto derechos morales del orden más alto⁹⁴” y Jacques Maritain señala: “*La persona humana tiene derechos por el hecho de ser una persona*, un todo dueño de sí y de sus actos, y que por consiguiente no es sólo un medio, sino un fin; un fin que debe ser tratado como tal.

⁹⁰ Cf. Madrazo Jorge, Derechos Humanos: el nuevo enfoque mexicano, Fondo de Cultura Económica, México, 1993. p. 10.

⁹¹ Desde el nacimiento de la UNESCO en 1945, México ha tenido un papel fundamental al haber sido uno de los catorce países en formar la Primera Comisión Provisional y el séptimo país en firmar el Acta Constitutiva de la Organización, lo que hizo el 4 de noviembre de 1946.

⁹² U.N.E.S.C.O., Los Derechos del Hombre, 1ra. Edición, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, p. 237.

⁹³ Cf. Domínguez Carabantes, Jacqueline, Protección y Reglamentación de los Derechos del Hombre en México, Tesis de licenciatura, México, 1995, p. 95.

⁹⁴ Donnelly Jack, Derechos Humanos Universales, Gernika, México, 1994. p. 27-28

La persona tiene el derecho de ser respetada y, sujeto de derecho, posee derechos. *Cosas hay que son debidas al hombre por el solo hecho de ser hombre*⁹⁵”.

Sobre el tema, el maestro Jorge Carpizo explica que la dignidad humana por el simple hecho de ser hombre, es suficiente para exigir del orden jurídico, *el reconocimiento y la protección* de ciertos intereses o posibilidades de auto realización, sin los cuales los miembros de la comunidad no pueden conservar su propia dignidad fundamental de ser racionales y libres. La persona humana se concibe así, como un ser de eminente dignidad caracterizado por su razón y su libertad⁹⁶.

⁹⁵ Maritain, Jacques, *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*, Trad. Héctor F. Miri, Ediciones Leviatán, Buenos Aires, 1982. p. 70.

⁹⁶ Cf. Carpizo Jorge, *Derechos Humanos y Ombudsman*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. México, 1993, p. 13.

DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES. EFECTIVIDAD CONTRA LA VIOLENCIA POLÍTICA DE LA MUJER

Omero VALDOVINOS MERCADO⁹⁷.

SUMARIO. I. *Introducción.* II. *Derechos Humanos y Derechos Fundamentales.* III. *Derechos Político-Electorales.* IV. *Violencia política contra las mujeres.* V. *Derechos de las víctimas y medidas restauradoras.* VI. *Casos emblemáticos.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Fuentes de información.*

PALABRAS CLAVE. Derechos humanos, derechos político-electorales, violencia política contra las mujeres, medidas restauradoras.

120

I. INTRODUCCIÓN.

En este artículo se analiza la concepción de los derechos humanos, sus principios fundamentales, la interpretación doctrinal que se les ha brindado con el devenir de su evolución, las características que guardan con respecto a quienes se les atribuyen y, desde luego, a aquellos a los que se les debe reconocer y respetar.

⁹⁷ Licenciado en Derecho por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo; Maestro en Administración con especialidad en Factor Humano, por la Universidad del Valle de México, Campus Mexicali, Baja California; Maestro en Gobierno y Asuntos Públicos y Doctor en Derecho por el Centro de Investigación y Desarrollo del Estado de Michoacán. Se ha desempeñado como Secretario de Estudio y Cuenta en diversos órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación; actualmente Magistrado del Tribunal Electoral del Estado de Michoacán.

En otro apartado, se distingue entre derechos humanos y derechos fundamentales, para ello, se alude a las figuras jurídicas que introdujo la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, en la que trasciende el deber del Estado mexicano, a reconocer los derechos inherentes al ser humano y las garantías para hacerlos efectivos.

Posteriormente, se justifican las razones del porqué los derechos político electorales se traducen en derechos fundamentales de las personas, que durante siglos fueron negados a las mujeres por la mayoría de los regímenes democráticos en el mundo. En ese tenor, se mencionan algunos instrumentos internacionales que se han celebrado para erradicar, prevenir, sancionar y eliminar todas las formas en que son discriminadas las mujeres, así como para protegerlas en sus derechos políticos.

En otra parte del artículo se enuncia “la violencia política contra las mujeres”, desde la óptica doctrinaria, hasta aquella que acogen los pactos volitivos internacionales, asimismo, se justifica y se explican las causas, factores y elementos que la generan, como los hechos que la identifican. Se citan las hipótesis más recurrentes en que acontece la violencia política en contra de la mujer, de quienes la ejercen y sus formas de manifestarse.

De igual forma, se exponen algunos precedentes emblemáticos y criterios jurisdiccionales recientemente adoptados por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en los que se ha pronunciado sobre violaciones a derechos político-electorales de las mujeres y ha ordenado las medidas para repararlas.

II. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES.

Para la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición”⁹⁸. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.

Son universales y están a menudo contemplados en la ley y garantizados por ella, a través de los tratados internacionales, el derecho consuetudinario, los principios generales y otras fuentes del derecho internacional, el que establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos⁹⁹.

122

Los derechos humanos deben entenderse como innatos a las personas por el simple hecho de ser personas. Son derivado natural de la dignidad humana; tales derechos son anteriores al Estado que se fundamentan en argumentos del carácter moral del ser humano y de su propia humanidad inherente¹⁰⁰.

Son los “*derechos primarios de las personas y conciernen indistintamente a todos los seres humanos*”¹⁰¹.

⁹⁸ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, visible en: http://www.cndh.org.mx/Que_son_derechos_humanos.

⁹⁹ *Idem*.

¹⁰⁰ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, United States of America, 1978.

¹⁰¹ Ferrajoli Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2002.

Derivado de las diversas acepciones del vocablo en comento, se hace pertinente considerar el debate entre derechos humanos y derechos fundamentales, dado que se ha otorgado un significado diferente a ambos conceptos, e incluso, se afirma que estas dos nociones de derecho no significan lo mismo, aunque exista interrelación entre ambas.

Ernesto Garzón Valdés, define a los derechos fundamentales como “aquellos reconocidos en la norma fundamental, que se establecen ahí por encerrar el valor de los “bienes básicos” que son indispensables para realizar el plan de vida de todo individuo considerado como un agente con carácter moral, a quienes sirven como mecanismos de protección de los mismos”¹⁰².

Una de las características resaltantes del mundo contemporáneo es el reconocimiento de que todo ser humano, por el hecho de serlo, es titular de derechos fundamentales que la sociedad no puede arrebatarse lícitamente. Estos derechos no dependen de su reconocimiento por el Estado ni son concesiones suyas; tampoco dependen de la nacionalidad de la persona ni de la cultura a la cual pertenezca. Son derechos universales que corresponden a todo habitante de la tierra¹⁰³.

La diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales resulta importante, ya que no todos los derechos humanos han sido reconocidos como derechos fundamentales. De ahí que se puede afirmar que no todos los derechos humanos son derechos fundamentales. En definitiva, la expresión derechos humanos tiene un contenido mucho más amplio que el de derechos fundamentales¹⁰⁴.

¹⁰² Garzón Valdés, Ernesto, “El problema étnico de las minorías”, en Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Madrid, España, Centro de Estudios Constitucionales.

¹⁰³ Nikken, Pedro, *El concepto de derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, p. 16.

¹⁰⁴ *Ídem*.

Para Javier Jiménez Campo, la diferencia se acentúa en el ámbito constitucional y político, toda vez que un derecho fundamental es ante todo un derecho creado por la Constitución. Por esa razón, debe ser considerada la preexistencia del derecho mismo al momento de su configuración o delimitación legislativa¹⁰⁵. Mientras que, como se mencionó anteriormente, los derechos humanos son los que posee todo ser humano por el hecho de serlo con independencia de que sean reconocidos o no por el ordenamiento jurídico.

Así, debe entenderse como derechos fundamentales a todas aquellas prerrogativas establecidas en la Carta Magna, por lo que adquieren el nivel más alto de jerarquía normativa en el sistema jurídico de cualquier país.

2.1 Reforma constitucional de 2011.

124

Con la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, cambió la forma, aplicación y observancia de los derechos humanos en el Estado mexicano. Con la modificación del capítulo primero denominado “Garantías Individuales” por “De los Derechos Humanos y sus Garantías”, todos los derechos civiles, políticos y sociales contenidos en el texto constitucional se elevaron al rango de derechos humanos y, por ello, adquieren una mayor tutela.

Asimismo, en el artículo 1º se incorpora la figura de la interpretación más favorable a las personas, esto es, instruye a las autoridades del País para que promuevan, respeten, protejan y garanticen sus derechos humanos; obligaciones que se conciben de la forma siguiente:

¹⁰⁵ Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, Madrid, Trota, 1999, p.24.

- Promover: constituye medidas para la realización del derecho a largo plazo, ampliar la base de su realización, con el máximo uso de recursos disponibles.
- Respetar: implica no interferir o poner en riesgo los derechos. Está orientada a mantener el goce del derecho.
- Proteger: está dirigida a las y los agentes estatales en el desempeño de sus funciones para crear el marco jurídico y la maquinaria institucional necesaria a fin de prevenir violaciones de derechos humanos.
- Garantizar: conlleva el deber de los Estados de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos (dar efectividad a los derechos).

De acuerdo con la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), dichas obligaciones tienen como propósito¹⁰⁶:

- Contribuir al desarrollo integral de la persona.
- Buscar que todas las personas gocen de una esfera de autonomía donde les sea posible trazar un plan de vida digna que pueda ser desarrollado, protegidas de los abusos de autoridades, servidores públicos y de los mismos particulares.
- Representa límites a las actuaciones de todos los servidores públicos, sin importar su nivel jerárquico o institución gubernamental, sea federal, estatal o municipal, siempre con el fin de prevenir los abusos de poder, negligencia o simple desconocimiento de la función.
- Crear condiciones suficientes que permitan a todas las personas tomar parte activa en el manejo de los asuntos públicos y en la adopción de las decisiones comunitarias (vida democrática).

¹⁰⁶ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, consultado en: http://www.cndh.org.mx/Que_son_derechos_humanos.

III. DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES.

La existencia de los Derechos Políticos se remonta a la Declaración de Derechos de 1689 (Inglaterra); su positivización tuvo la intención de limitar al poder y dotar de su efectivo ejercicio a sus titulares, la ciudadanía, mediante su participación en los asuntos públicos, pues en sus artículos I y VIII, respectivamente, se estableció que el Rey no podía crear o eliminar leyes o impuestos sin la aprobación del Parlamento¹⁰⁷.

Algunos instrumentos internacionales más relevantes y trascendentes, por el reconocimiento de este tipo de derechos, son:

Declaración de Derechos del Pueblo de Virginia, del 12 de junio de 1976, al establecer: V. Que los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial del Estado deben estar separados... y sus vacantes se llenen mediante elecciones frecuentes, ciertas y regulares, en las que pueda volver a elegirse o todos o parte de los antiguos miembros, según lo dispongan las leyes. VI. Que las elecciones de representantes del pueblo en asamblea deben ser libres, y que todos los hombres –entendiéndose con ello al género humano- que den suficientes pruebas de permanente interés por la comunidad, y de vinculación con ella, posean el derecho de sufragio,...VII. Que toda la facultad de suspender leyes o la ejecución de las leyes por cualquier autoridad, sin el consentimiento de los representantes del pueblo, es perjudicial para sus derechos y no debe ejercerse¹⁰⁸.

126

Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (Francia), que estatúa en sus artículos: 2. La finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre (concebidos como personas). Tales

¹⁰⁷ Declaración de Derechos, consultable en: <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/gb4.htm>.

¹⁰⁸ Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia.

derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. 3. El principio de toda Soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo ni ningún individuo pueden ejercer autoridad alguna que no emane expresamente de ella. 6. La Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los Ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o a través de sus Representantes. Debe ser la misma para todos, tanto para proteger como para sancionar. Además, puesto que todos los ciudadanos son iguales ante la Ley, todos ellos pueden presentarse y ser elegidos para cualquier dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y aptitudes. 16. Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución¹⁰⁹.

Así, los derechos políticos facultan a la persona, con su calidad de ciudadanía, a participar en la conducción de los asuntos públicos de la comunidad, en la estructuración política de la misma y en el establecimiento de las reglas necesarias para el mantenimiento del orden social. En ese sentido, los procesos de elección de los órganos representativos no pueden llevarse a cabo sin el reconocimiento y protección de los derechos políticos de los ciudadanos. Estos son el conjunto de prerrogativas que hacen efectiva la participación en la toma de decisiones políticas de un Estado, que posteriormente repercuten de manera directa en la protección máxima de todos los derechos humanos de las personas que pertenecen a esa entidad.

Las prerrogativas políticas no son absolutas, por lo que están sujetas a limitaciones de la legislación que las regula, siempre con apego a los principios de legalidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad de una sociedad democrática¹¹⁰; tampoco pueden suspenderse dado que propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político, por ello, el Estado debe generar las condiciones y mecanismos óptimos para que puedan ser ejercidos de

¹⁰⁹ Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

¹¹⁰ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso [Yatama vs Nicaragua 2005](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf), párrafos 206 y 207, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf.

forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación¹¹¹, mediante la implementación de medidas positivas por órganos en materia electoral.

Dichos derechos, se encuentran consagrados en el artículo 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde, se destacan como derechos de los ciudadanos (entendidos como especie humana), entre otros: votar en las elecciones populares; poder ser votado para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley; asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del País; poder ser nombrado para cualquier empleo o comisión del servicio público; votar en las consultas populares sobre temas de trascendencia nacional.

3.1 Derechos político-electorales de las mujeres.

128

Los derechos político-electorales se traducen en derechos fundamentales de las personas, mismos que fueron negados a las mujeres por la mayoría de los regímenes democráticos mundiales. En América Latina, el primer país en reconocer el derecho al voto de la mujer fue Ecuador en 1929, Belice fue el último en hacerlo en 1964.

Este tipo de derechos, consagrados tanto en instrumentos nacionales como internacionales¹¹², fomentan el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político. En particular, el derecho a una participación política efectiva implica que los ciudadanos tienen no sólo el

¹¹¹ *Ibidem*, párrafos 191, 192, 195 y 201.

¹¹² Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Suscrita por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), en Belém do Pará, Brasil, el 09 de junio de 1994. Firmada por México el 04 de junio de 1995 y ratificada el 19 de junio de 1998; Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en resolución 48/104 de 20 de diciembre de 1993; Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Firmada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 18 de diciembre de 1979, y suscrita por México el 17 de julio de 1980 y ratificada el 23 de marzo de 1981.

derecho sino también la posibilidad de participar en la dirección de los asuntos públicos; paralelamente, se ha reconocido que el ejercicio efectivo de los derechos político-electorales constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos.

Tal es la trascendencia de los derechos políticos, al ser la piedra angular de cualquier régimen democrático, dado que protegen las libertades individuales y garantizan la capacidad de la ciudadanía de participar en los asuntos públicos y en la estructuración política de la sociedad. Estos forman parte del derecho internacional de los derechos humanos en virtud de un proceso de internacionalización generado tanto en lo regional, a través del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Organización de Estados Americanos-OEA), como en lo global, mediante el Sistema Universal de Derechos Humanos (Organización de las Naciones Unidas-ONU). En 1948, tanto la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, consagraron estos derechos vinculados al ejercicio de la ciudadanía y establecieron, entre otros, el derecho a la participación en los asuntos públicos y al sufragio universal.

129

La Carta Democrática Interamericana (Perú) del 11 de septiembre de 2001, reconoce en su artículo 1º, que “los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla”. En el mismo sentido, reconoce que “es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas”¹¹³.

Aun cuando a los derechos políticos les reviste un carácter universal, se insiste, su reconocimiento a favor de la mujer se hizo años más tarde que a los hombres, de ahí que los organismos internacionales se hayan dado a la tarea de proclamar instrumentos para proteger dichos derechos; dentro de los que destacan: la Convención Interamericana sobre la

¹¹³ Carta Democrática Interamericana, consultable en: http://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm.

Concesión de los Derechos Políticos de la Mujer (1948), la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (1952), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer-CEDAW (1979) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -Convención de Belém do Pará- (1995)¹¹⁴.

De los pactos internacionales antes enunciados, se desprenden, a favor de las mujeres en materia político-electoral, el derecho:

- A participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos;
- A votar y ser elegida en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de las y los electores y,
- A acceder a las funciones públicas del País, incluyendo la posibilidad de representar a su gobierno en el plano internacional y de participar en la labor de las organizaciones internacionales.

130

Existen otros documentos o protocolos publicados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de protección de los derechos humanos de las mujeres frente a la violencia política¹¹⁵, que permiten ampliar la gama de posibilidades de defensa.

¹¹⁴ El Estado mexicano es parte de los tres últimos instrumentos mencionados.

¹¹⁵ Por ejemplo, los documentos titulados: *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas*; *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la Igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*; y, *El camino hacia una democracia sustantiva: la participación política de las mujeres en las Américas*.

La resolución sobre la participación de la mujer en la política aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2011, indicó que la situación en ese momento reflejaba, que “las mujeres siguen estando marginadas en gran medida de la esfera política en todo el mundo, a menudo como resultado de leyes, prácticas, actitudes y estereotipos de género discriminatorios, bajos niveles de educación, falta de acceso a servicios de atención sanitaria, y debido a que la pobreza las afecta de manera desproporcionada”¹¹⁶.

En nuestro País, fue hasta 1953 que se reformó el arábigo 34 de la Constitución Federal, para reconocer como “ciudadanos de la República a los varones y mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos: haber cumplido 18 años y tener un modo honesto de vivir”, de ahí que la calidad de ciudadana posibilitó a las mujeres votar en las elecciones, así como ser electas para todos los cargos de elección popular.

Pese a los logros obtenidos por las mujeres en torno al reconocimiento y protección de sus derechos político- electorales, en nuestros días, no gozan de una libertad de ejercicio pleno de los mismos, pues ésta se ve quebrantada por diversos factores sociales, entre ellos, la violencia política contra el género femenino.

131

IV. VIOLENCIA POLÍTICA CONTRA LAS MUJERES.

4.1 Definición de violencia.

Hablar de violencia es referirnos a la conducta llevada a cabo con la intención de causar algún daño, la cual puede ir desde amenazas hasta la muerte. Puede manifestarse directa o

¹¹⁶ Resolución aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 2011.

indirectamente, de manera física o mental, es decir, a través de amenazas y golpes o daños psicológicos, y su ámbito de ejecución puede ser tanto privado como público.

La violencia puede definirse como “el uso intencional de la fuerza física, amenazas contra uno mismo, otra persona, un grupo o una comunidad que tiene como consecuencia o es muy probable que tenga como consecuencia un traumatismo, daños psicológicos, problemas de desarrollo o la muerte”¹¹⁷.

Este fenómeno lesivo suele presentarse en distintas formas y en diversos sectores sociales. Se exterioriza en el trabajo, el hogar, la escuela, la calle y en otros contextos, y ésta la pueden sufrir distintas fracciones de la sociedad, niños, mujeres, adultos, animales, etcétera, de manera individual o colectiva.

La violencia tiene muchos rostros. Hay una violencia de arriba, institucionalizada por leyes y sistemas inicuos, y una violencia de abajo que se expresa como reacción contestataria contra la primera. La violencia implantada por normas y regímenes perversos deja una secuela de pobreza y opresión, y recibe como respuesta la violencia contestataria que combate la violencia con más violencia. Lo cual genera una violencia multiplicada: violencia de las formas de organización social imperantes y violencia como réplica de quienes sufren la injusticia de ellas¹¹⁸.

¹¹⁷ Organización Mundial de la Salud. Órgano especializado de la Organización de las Naciones Unidas fundado en 1948, con el fin de alcanzar, para todos los pueblos, un estado de completo bienestar físico, mental y social (salud).

¹¹⁸ Borja, Rodrigo, *Enciclopedia de la política*, 4ª ed., tomo II, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 2040.

4.2 Violencia contra las mujeres.

Rosario Varela, dice que “la violencia hacia la(s) mujer(es) no es un hecho aislado ni un problema individual, sino un problema social y una ofensa a la dignidad humana que se enraíza en la predominancia de relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”¹¹⁹.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer o CETFDCM (también conocida por sus siglas en inglés CEDAW), en su artículo 1º, establece: “...la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

133

Por su parte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención de Belem do Para”, entiende como tal, a “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.”¹²⁰

Los conceptos y nociones anteriores, fueron adoptados por la Secretaría de Gobernación, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, el Instituto Nacional Electoral, la

¹¹⁹ Nota académica del curso “Violencia política contra las mujeres”, del Centro de Capacitación Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, consultable en: <http://campusvirtual.te.gob.mx/Cursos/>.

¹²⁰ Artículo 1 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención de Belem do Pará”.

Fiscalía Especializada para la Atención de Delitos Electorales, la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas y el Instituto Nacional de las Mujeres, en el documento signado, consistente en el Protocolo para Atender la Violencia Política Contra las Mujeres, que en la página 2, señala que la violencia política contra las mujeres comprende *“todas aquellas acciones y omisiones basadas en género, que se presentan en el marco del ejercicio de sus derechos político-electorales y que tienen por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce y/o ejercicio de sus derechos políticos-electorales o de las prerrogativas inherentes a un cargo público”*.

Bajo esos conceptos, la violencia contra la mujer, puede tener lugar en cualquier esfera, ya sea política, económica, social, cultural, civil, dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier relación interpersonal, en la comunidad, en un partido o institución política, de ahí que válidamente se pueda afirmar que está presente tanto en el ámbito público como en el privado y puede ser simbólica, verbal, patrimonial, económica, psicológica, física y sexual.

134

Un factor de riesgo es que la puede ejercer cualquier persona o grupo de personas, incluyendo, el Estado o sus agentes, los superiores jerárquicos de las víctimas, o bien, sus subordinados, compañeros de trabajo, partidos políticos o representantes de los mismos o los medios de comunicación y sus integrantes.

4.3 Violencia política contra las mujeres.

En la identificación de la violencia política contra las mujeres es importante tomar en cuenta que viven en un contexto de desigualdad y discriminación que las coloca en situación de desventaja para acceder y ejercer sus derechos político-electorales, lo que las convierte en víctimas.

Es válido sostener que son diversas las hipótesis en que se pueden actualizar casos de violencia política contra las mujeres, por ejemplo: registros simulados de candidatas que renuncian a sus cargos para cederlos a suplentes varones. Para evitar que este tipo de acciones altere la paridad de la integración de los órganos; registrar a mujeres exclusivamente en distritos perdedores¹²¹; amenazas a las mujeres que han sido electas; inequidad en la distribución de los tiempos de radio y televisión; desigualdad en la repartición de los recursos para las campañas; uso inadecuado de los partidos del presupuesto destinado a la capacitación, promoción y desarrollo del liderazgo político de las mujeres; obstaculización de la participación de las mujeres en las elecciones regidas por sistemas normativos internos (contra mujeres de pueblos indígenas); ocultamiento de información; represalias por vincularse y defender temas de género y derechos humanos de las mujeres; desestimación y descalificación de las propuestas que presentan las mujeres; agresiones verbales basadas en estereotipos y visiones discriminatorias sobre las mujeres y acoso, ataques físicos, violencia sexual e, incluso, asesinato¹²².

135

El tipo de violencia analizado puede manifestarse de muchas formas, sin que requiera de agresiones físicas ni repercusión en los medios de comunicación y menos aún exige que las víctimas tengan un comportamiento específico, pues todo ello reafirmaría los estereotipos discriminatorios de cómo deben comportarse las mujeres.

Ahora, bajo el contexto de que los casos de violencia política atentan contra los principios establecidos en la Constitución Federal, los tratados internacionales, así como las leyes en materia electoral, tanto a nivel federal como local, el legislador federal estableció en el artículo 442 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, que pueden ser sujetos responsables por infracciones cometidas a disposiciones electorales y por ende, pueden incurrir en violencia política contra la mujer: los partidos políticos; las agrupaciones

¹²¹ Prohibición establecida en el artículo 3, párrafo 5, de la Ley General de Partidos Políticos.

¹²² Como se establece en las páginas 25 a 29 del Protocolo para Atender la Violencia Política contra las Mujeres.

políticas; los aspirantes, precandidatos, candidatos y candidatos independientes a cargos de elección popular; los ciudadanos, o cualquier persona física o moral; los observadores electorales o las organizaciones de observadores electorales; las autoridades o los servidores públicos de cualquiera de los Poderes de la Unión; de los poderes locales; órganos de gobierno municipales; órganos de gobierno del Distrito Federal (ahora Ciudad de México); órganos autónomos, y cualquier otro ente público; los notarios públicos; los extranjeros; los concesionarios de radio o televisión; las organizaciones de ciudadanos que pretendan formar un partido político; las organizaciones sindicales, laborales o patronales, o de cualquier otra agrupación con objeto social diferente a la creación de partidos políticos, así como sus integrantes o dirigentes, en lo relativo a la creación y registro de partidos políticos; los ministros de culto, asociaciones, iglesias o agrupaciones de cualquier religión.

Disposiciones adoptadas por el legislador Michoacano en el numeral 229 del Código Electoral de la entidad.

136

Bajo esa lógica, para estar en condiciones de identificar la violencia política en contra de las mujeres, es necesario la existencia de ciertos elementos, por mencionar algunos, se citan estos:

- Que el acto u omisión se dirija a una mujer por ser mujer, por lo que tiene un impacto diferenciado que le afecta desproporcionadamente.
- Que el acto u omisión tenga por objeto menoscabar o anular el reconocimiento, goce y/o ejercicio de los derechos político-electorales de las mujeres.
- Que surja en el ámbito de ejercicio de derechos político-electorales o bien en el desempeño de un cargo público.
- Que sea simbólico, verbal, patrimonial, económico, físico, sexual o psicológico.

- Que sea ejecutado por algún órgano del Estado o sus agentes, por superiores jerárquicos, compañeros de trabajo, partidos políticos o representantes de los mismos; medios de comunicación y sus integrantes, un particular o un grupo de personas.

Otro factor importante a considerar para detectar la violencia política es el social, es decir, las mujeres viven en un contexto de desigualdad y discriminación que las coloca en situación de desventaja con respecto a los hombres, por lo que, el ejercicio de sus derechos político-electorales se ve limitado.

Una vez que se han destacado los elementos que conforman la violencia política, es pertinente identificar a las víctimas de este tipo de violencia; así, la calidad de víctima se adquiere con la acreditación del daño o menoscabo de los derechos, con independencia de que se identifique, aprehenda, o condene al responsable del daño o de que la víctima participe en algún procedimiento judicial o administrativo, por lo que podemos clasificarlas de la siguiente manera:

- a) Víctimas Directas: aquellas personas físicas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.
- b) Víctimas Indirectas: familiares o aquellas personas físicas a cargo de la víctima directa que tengan una relación inmediata con ella.
- c) Víctimas Potenciales: personas físicas cuya integridad física o derechos peligren por prestar asistencia a la víctima ya sea por impedir o detener la violación de derechos o la comisión de un delito¹²³.

¹²³ Artículo 4ª. Ley General de Víctimas.

De acuerdo con el Protocolo para atender la Violencia Política Contra las Mujeres antes referido¹²⁴, actualmente, existen pocos casos documentados de violencia política contra las mujeres y que se hayan denunciado, lo que se debe, entre otras cuestiones, a que las mujeres no denuncian debido a diversos factores, como pueden ser, que no existe un conocimiento socializado respecto de la violencia política, sus alcances y las formas de sancionarla, no hay un marco jurídico que las respalde, hay quienes desconocen este concepto, sus prácticas y sus afectaciones a nivel sociocultural, no identifican que sufren este tipo de violencia puesto que consideran que deben “aguantar” y que es “normal” lo que les pasa.

A la par, se menciona en el aludido documento que esa idea, en muchas ocasiones, se refuerza por el medio político y por sus colegas, no existe claridad sobre la vía jurídica ni la autoridad a la cual acudir, hay poca confianza en las autoridades, existe temor de que su denuncia resultará contraproducente para sus aspiraciones políticas, a consecuencia de la denuncia, son clasificadas y estigmatizadas como conflictivas y juzgadas por no ajustarse a la institucionalidad del partido, por miedo a represalias, amenazas y acoso, que dentro de los partidos no existen instancias que atiendan este tipo de violencia, las redes de apoyo son insuficientes, genera vergüenza asumirse públicamente como víctima y, en algunos casos, hablar de lo que les sucedió.

Que la falta de casos documentados también puede deberse a que las autoridades del conocimiento no identifican la violencia política en los casos que se les presentan y, por tanto, no les dan la atención adecuada.

Por consiguiente, si la mayoría de las mujeres que han sido víctimas de violencia política no se atreven a denunciar, esos casos nunca se judicializarán, es decir, no serán del conocimiento

¹²⁴ Página 36 del Protocolo.

de las autoridades jurisdiccionales electorales, por lo que no tendrán una sentencia que, en su caso, garantice sus derechos político-electorales.

En ese contexto, se considera, que la falta de casos documentados sobre violencia política, puede deberse al desconocimiento tanto de los tratados internacionales que nuestro Estado ha signado y de la normatividad doméstica que existe sobre el tema; o bien en la posible falta de intención real para atender a las mujeres violentadas en sus derechos político-electorales, como consecuencia del arraigo de prácticas recurrentes y de la cultura que hemos mantenido con el devenir histórico-cultural.

V. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS Y MEDIDAS RESTAURADORAS.

Los derechos políticos considerados como derechos humanos requieren de mecanismos, procedimientos e instituciones que hagan efectivo su ejercicio.

139

El espíritu tanto de la legislación aplicable, como de los criterios y pactos internacionales antes indicados, es lograr una verdadera reparación de los derechos político-electorales de las mujeres una vez que han sido vulnerados, por ello, de manera enunciativa más no limitativa, se precisan algunos de los derechos de las víctimas, que contiene el citado Protocolo, medularmente de la manera siguiente:¹²⁵

- Ser tratada sin discriminación, con respeto a su integridad y al ejercicio de sus derechos.

¹²⁵ Artículos 7, así como 51 y 52, en su orden, de la Ley General de Víctimas y de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia; páginas 38 y 39 del Protocolo para Atender la Violencia Política contra las Mujeres.

- Ser atendida y protegida de manera oportuna, efectiva y gratuita por personal especializado. Dependiendo del riesgo -para lo cual podrá elaborarse un análisis específico- se tienen que establecer medidas para salvaguardar la integridad de la víctima, que pueden ir desde botones de pánico, rondines o escoltas.
- Que se le otorguen órdenes de protección, así como las medidas cautelares, necesarias para evitar que el daño sea irreparable, las que deben concretarse en congruencia con las aspiraciones de las víctimas.
- Recibir información y asesoramiento gratuito sobre los derechos que tiene y las vías jurídicas para acceder a ellos a fin de que esté en condiciones de tomar una decisión libre e informada sobre cómo proseguir.
- Que se le brinde atención médica y psicológica gratuita, integral y expedita.
- Que se le proporcione un refugio seguro, mientras lo necesite.
- Participar en espacios colectivos con otras víctimas.
- Obtener los documentos oficiales que requiera para el ejercicio de sus derechos.
- Ser reparada integralmente por el daño sufrido.
- Acceder a los mecanismos de justicia disponibles para determinar las responsabilidades correspondientes y a que su caso se investigue bajo el estándar de la debida diligencia.
- Ser valoradas y educadas libres de estereotipos de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

Como se mencionó, los derechos anteriores, únicamente son enunciativos, pues las autoridades de todos los niveles de gobierno en nuestro País deben actuar conforme a la obligación contenida en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y hacer realidad el ejercicio de los derechos humanos, que se traduce en posibilitar que todas las personas puedan diseñar y ejecutar un proyecto de vida en condiciones de igualdad y libres de violencia. Específicamente, en el ámbito electoral, las autoridades deben garantizar que la incursión de las mujeres en el ámbito público se afiance y se realice en ambientes estructuralmente adecuados¹²⁶.

¹²⁶ Nota académica, *op.cit.* nota 23, página 10.

5.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De acuerdo con la Comisión interamericana de Derechos Humanos, se requiere un modelo efectivo proteccionista y reparador que comprenda medidas amplias de tutela de los derechos humanos propios de la ciudadanía mexicana, como la incorporación del pago de daños y perjuicios, aún los de naturaleza moral, o bien, disculpas públicas, en beneficio de las víctimas.¹²⁷

El régimen sancionador con que hoy en día cuenta la protección de los derechos humanos político-electorales a través de los medios de control constitucional en México, adquieren un efecto insuficiente respecto a una verdadera restitución del derecho humano violentado, máxime cuando se trata de la vulneración a la dignidad humana, como sucede con el fenómeno político de la violencia contras las mujeres.

141

Quiere decir que se requiere de verdaderos programas administrativos, accesibles, flexibles, transparentes y públicos de reparación de daños a favor de las víctimas que hayan resentido una violación a cualquiera de sus derechos que como ciudadanos les reconoce la Carta Magna y, en combinación con ello, la existencia de procedimientos definidos de responsabilidad jurídica y administrativa contra los agentes infractores de la norma suprema.

De contar el sistema democrático nacional, en sus ámbitos jurisdiccional y administrativo de protección a los derechos político-electorales, con nuevas alternativas de restitución de daños, asumiría un grado más alto de consolidación, pues dichos derechos fundamentales, al haber adquirido mayor reconocimiento y relevancia con el paso del tiempo, también su regulación debe contar con el mismo grado de eficacia.

¹²⁷ Lineamientos Principales para una Política Integral de Reparaciones, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 19 de febrero de 2008.

Así, el modelo de protección jurisdiccional frente a la violencia política contra el sector femenino se ampliaría, con la finalidad de sancionar, erradicar, pero sobre todo, prevenir el menoscabo de los derechos y libertades de las personas por razón de su sexo o género, particularmente, por ser mujer. De tal modo, las instancias impartidoras de justicia, cuentan con un repertorio normativo basto que fijan las reglas en los casos que impliquen los derechos humanos de las féminas.

VI. CASOS EMBLEMÁTICOS.

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, ha desempeñado un papel esencial en cuanto órgano de control constitucional, quien, a través de su función jurisdiccional ha sostenido diversos criterios proteccionistas de las prerrogativas fundamentales de las mujeres. Dicho órgano electoral, a través del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano –y de la ciudadana-, ha confeccionado un modelo de defensa del sector femenino que recienta una vulneración a los derechos que en su favor consagra la Constitución.

142

6.1 Caso magistrada del Tribunal Electoral del Estado de San Luis Potosí.

La Sala Superior condenó las conductas atribuidas al Presidente y Secretario General de Acuerdos del Tribunal Electoral del Estado de San Luis Potosí, consistentes en impedir a la magistrada integrante del Pleno de ese órgano jurisdiccional, acceder a la documentación necesaria para ejercer su función, así como el aseguramiento de sus oficinas por parte del

Ministerio Público local, sin que existiera una causa razonable para ello, y la limitación para que las manifestaciones de la actora constaran en las actas del Pleno¹²⁸.

En aras de restaurar a la actora en el ejercicio de sus derechos, en su calidad de magistrada, el máximo órgano judicial electoral, ordenó al Presidente del Tribunal local y al Secretario General de Acuerdos, que le permitiera el acceso a toda aquella información y documentación relacionada con el funcionamiento de ese órgano; eliminar cualquier impedimento o barrera que tuviere por objeto obstaculizar el adecuado y correcto ejercicio de la función pública que en su carácter de magistrada tenía encomendada la actora; así mismo, ordenó dar vista al Senado de la República a efecto de que investigara y, en su caso, impusiera las sanciones correspondientes, por las conductas de violencia y acoso laboral.

6.2 Caso Presidenta municipal de San Pedro Chenalhó, Chiapas.

143

El mismo órgano jurisdiccional electoral determinó que un grupo de personas estuvo obstaculizando el ejercicio pleno del derecho político electoral a ser votada en su vertiente de permanencia en el cargo de Rosa Pérez Pérez, como Presidenta municipal de San Pedro Chenalhó, Chiapas, ejerciendo actos de presión, para que renunciara al aludido cargo ante el Congreso de dicha entidad federativa¹²⁹.

La Sala Superior concluyó que dicho acto surgió en un contexto de violencia política de género¹³⁰, por lo que, declaró ineficaz la supuesta renuncia, es decir, no podía producir efecto

¹²⁸ Criterio sostenido en la ejecutoria de 30 de marzo de 2016, emitida en el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano SUP-JDC-4370/2015.

¹²⁹ Sentencia pronunciada el 17 de agosto de 2016, en el expediente SUP-JDC-1654/2016.

¹³⁰ Es decir, cuando las agresiones están especialmente planificadas y orientadas en contra de las mujeres por su condición de mujer y por lo que representan en términos simbólicos bajo concepciones basadas en prejuicios. Incluso, muchas veces el acto se dirige hacia lo que implica lo “femenino” y a los “roles” que normalmente se asignan a las mujeres. *Protocolo para Atender la Violencia Política contra las Mujeres*.

jurídico alguno y, en consecuencia, determinó que debía regresar a ejercer dicho cargo. También exhortó al Poder Legislativo para que a través de su Comisión Permanente y con el apoyo del Ejecutivo estatal, llevaran a cabo los actos jurídicos y materiales dirigidos a efectuar la reincorporación de la promovente al cargo de Presidenta municipal, así como para implementar las medidas idóneas, razonables y eficaces para que, en coordinación con demás integrantes del cabildo municipal y autoridades de seguridad del Ayuntamiento, resguardaran el orden público en el referido municipio. Esto es, a través de dicha resolución ordenó que tanto la Presidenta municipal como el cabildo en general, desempeñaran el cargo en un ambiente de paz y tranquilidad.

6.3 Caso Presidenta municipal de Cuilapan, Guerrero.

Un criterio proteccionista fue adoptado por ese órgano jurisdiccional cuando analizó el caso de Felicitas Muñiz Gómez, Presidenta municipal de Cuilapan, Guerrero¹³¹, de quien, un grupo de habitantes de la comunidad exigió su renuncia a tal cargo y, para ello, desplegaron una serie de actos consistentes, entre otros, en la toma violenta y saqueos del Ayuntamiento, destrucción y obstrucción de obra pública e irrupción de forma violenta a las casas de la actora.

Los efectos de la sentencia fueron, en esencia, ordenar al Síndico y a tres de los Regidores municipales, que se abstuvieran de cometer actos de violencia política y de género encaminados a afectar el pleno ejercicio del cargo de la actora como Presidenta municipal del referido Ayuntamiento. También vinculó al Gobernador, Congreso, Secretaría de Gobierno, Secretaría de Seguridad Pública, así como al Instituto Estatal y de Participación Ciudadana, todos del Estado de Guerrero, para que, en el ámbito de sus respectivas competencias, llevaran a cabo los actos jurídicos y materiales que resultaren necesarios para

¹³¹ Resuelto el 19 de octubre de 2016, e identificado con el asunto SUP-JDC-1773/2016 y su acumulado SUP-JDC-1806/2016.

garantizar el correcto desempeño del mencionado cargo, y así garantizaran su seguridad, la de sus familiares, colaboradoras, colaboradores y demás ediles del referido Municipio.

Además, dio vista a la Fiscalía Especializada para la Atención de Delitos Electorales de la Procuraduría General de la República¹³², para que, en la esfera de sus atribuciones, determinara lo conducente, pues se configuraron actos constitutivos de violencia política basada en elementos de género.

6.4 Criterios jurisprudenciales.

El Tribunal Electoral Federal, en su calidad de órgano de control de la constitucionalidad en México, ha emitido un conjunto de criterios jurisprudenciales¹³³, con el fin de tutelar los derechos de las mujeres en los casos que sean violentados por razón de género.

145

Ha reconocido que la discriminación es toda aquella distinción, exclusión o restricción basada, entre otros, en sexo y/o el género, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de las personas en todas las esferas; y, que debido a la complejidad que implican los casos de violencia política de género, así como a la invisibilización y normalización en la que se encuentran este tipo de situaciones, es necesario que cada caso se analice de forma particular para definir si se trata o no de

¹³² Órgano especializado en conocer e investigar las conductas ilícitas en materia electoral.

¹³³ Jurisprudencia 48/2016, localizable en la Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 9, número 19, 2016, páginas 47, 48 y 49, cuyo rubro es VIOLENCIA POLÍTICA POR RAZONES DE GÉNERO. LAS AUTORIDADES ELECTORALES ESTÁN OBLIGADAS A EVITAR LA AFECTACIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS ELECTORALES. Y la identificada con los datos: Tesis LXXXV/2016, visible en la Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 9, número 19, 2016, páginas 54 y 55, de rubro ACOSO LABORAL. CONSTITUYE UN IMPEDIMENTO PARA EL EJERCICIO DEL CARGO, CUANDO SE ACREDITA EN CONTRA DE ALGÚN INTEGRANTE DE UN ÓRGANO ELECTORAL.

violencia de género y, en su caso, delinear las acciones que se tomarán para no dejar impunes los hechos y reparar el daño a las víctimas.

Los diferentes criterios jurisdiccionales y jurisprudenciales sustentados por el órgano especializado en la materia electoral, lo identifican como una instancia tutelar de los derechos y las libertades del sector femenino que reconoce la Constitución General de la República y los tratados internacionales adoptados por el Estado mexicano. Además, posicionan al juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano como el mecanismo de control constitucional por excelencia que tienen a su favor las personas para hacer efectivo el goce pleno de sus prerrogativas.

VII. CONCLUSIONES.

Históricamente, las mujeres han resentido una serie de actos discriminatorios que las posicionan en un plano de desventaja social, lo que se traduce en violación a su dignidad humana y, en general, a sus derechos humanos.

Las prerrogativas fundamentales político-electorales de las mujeres son derechos humanos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, bajo principios de igualdad, equidad y no discriminación.

En nuestros días, ha cobrado gran relevancia el principio de igualdad, al adquirir la dimensión que le corresponde como derecho humano fundamental para lograr el establecimiento de cuotas, cupos, acciones afirmativas, análisis, perspectivas, protocolos, reglamentación, criterios, precedentes, tesis, jurisprudencias, resoluciones judiciales, políticas públicas y

legislación especializada para el reconocimiento de derechos a favor de las mujeres y disminuir la desigualdad y discriminación histórica con respecto a los hombres.

La lucha por el reconocimiento de los derechos político-electorales de las mujeres ha sido ardua, extendida a través de generaciones, quienes se han dado a la tarea de pugnar por la igualdad y equidad de sus prerrogativas, ante una realidad que las limita y minimiza.

En la actualidad, el género femenino, no ha logrado el pleno ejercicio de sus derechos humanos, derivado, entre otros factores, de la violencia política de que, en muchos casos, son objeto.

No sólo los Tribunales Electorales, en sus diferentes instancias, sino todas las autoridades del País, deben ocuparse del tema, divulgar los alcances de las leyes, tratados internacionales y los protocolos que sobre el tópico existen; así como trabajar en los ámbitos, cultural, educativo, familiar, en las actividades privadas, en la vida pública, en las entidades públicas, universidades, centros de investigación, organizaciones de la sociedad civil, en los medios de comunicación, redes sociales y sociedad en general, para garantizar el respeto a los derechos político-electorales en un plano de igualdad y libres de cualquier tipo de violencia, en concreto la política, a fin de consolidar un estado democrático de derecho.

Todo ello con miras a reconocer las capacidades de las mujeres y permitir el acceso a cualquier cargo, a través del cual se desarrollen en plenitud, y sobre todo en mejoría y beneficio de la sociedad democrática que integramos.

VIII. FUENTES DE INFORMACIÓN.

Bibliográficas.

BORJA, Rodrigo, *Enciclopedia de la política*, 4ª ed., tomo II, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 2040.

DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, United States of America, 1978.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2002.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México - Porrúa, 2011.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “El problema étnico de las minorías”, en Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Madrid, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, Madrid, Trota, 1999, p.24.

NIKKEN, Pedro, *El concepto de derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derecho Humanos.

PALOMBELLA, Ganluigi, *La autoridad de los derechos. Los derechos entre instituciones y normas*, Madrid, Trotta, 2006.

RODRÍGUEZ, Roberto, *Lecciones sobre derechos fundamentales*, México, Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, 2011.

Normativas.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia.

Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Lineamientos Principales para una Política Integral de Reparaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Ley General de Víctimas.

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

Ley General de Partidos Políticos.

Protocolo para Atender la Violencia Política Contra las Mujeres.

Electrónicas.

http://www.cndh.org.mx/Que_son_derechos_humanos.

<http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/gb4.htm>.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/21.pdf>.

http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf.

http://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm.

<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>.

<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>.

http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/130&referer=http://hq.unwomen.org/en/what-we-do/leadership-and-political-participation&Lang=S.

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf.

LA TEORÍA DE LA AFECTACIÓN Y EL AMPARO DIRECTO ADHESIVO.

Marco Antonio TINOCO ALVAREZ¹³⁴.

SUMARIO. I. *Introducción.* II. *Teoría de la Afectación.* III. *Concepto de Adhesivo.* IV. *Historia de los Recursos Adhesivos.* V. *La Apelación Adhesiva en el Sistema Mexicano.* VI. *La Revisión Adhesiva, Antecedentes y Jurisprudencia.* VII. *El Amparo Directo Adhesivo, Andares y Avatares.* VIII. *¿Y en el Amparo Indirecto, no hay Adhesivo?.* IX. *Conclusiones.* X. *Fuentes de Información.*

PALABRAS CLAVE. Revisión, Recurso, Impugnación, Adhesiva, Amparo, Directo, Indirecto.

151

I. INTRODUCCIÓN.

En este artículo se desarrollará lo que ha significado para los sistemas jurídicos actuales, la teoría de la afectación y, su impacto en el juicio de amparo, sus instituciones, principios y resultados.

Y, de cómo en los juicios ordinarios se construyó un medio de impugnación al que se le llamó adhesivo –apelación-, y cómo en este recurso no existe afectación real y actual, y, a pesar de

¹³⁴ Es Licenciado en Derecho por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, en donde además es profesor por oposición de Tiempo Completo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, es Maestro en Ciencias Con Especialidad en Administración Pública por el Instituto Politécnico Nacional, Doctor en Derecho y Doctor en Ciencias por el Centro de Investigación y Desarrollo del Estado de Michoacán. Fue Profesor de Tiempo Completo del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey. Es Secretario del Instituto Mexicano del Amparo. Abogado Postulante.

ello, el recurrente puede acudir a pedir la modificación, revocación o confirmación de la resolución apelada, a pesar de serle favorable a sus intereses.

Este recurso fue emulado por la Ley de Amparo, al incluir en las reformas del año de 1988, la revisión adhesiva, que tuvo un destino errático en la práctica y que, posteriormente, el Constituyente en el artículo 107, fracción III, inciso a), segundo párrafo, incluyó el amparo directo adhesivo, como manera de evitar la multiplicidad de amparos en relación con un solo juicio.

Olvidándose de incluir la adhesión en el amparo indirecto, y, de regular o prever lo relativo a las violaciones procesales en el directo, en lo referente al amparo adhesivo.

II. TEORÍA DE LA AFECTACIÓN.

152

La teoría de la afectación, es casi tan coetánea a cualquier sistema jurídico, virtud a ella, se pide a quien se queje, que tenga una alteración, menoscabo o perjuicio en su esfera de derechos.

En síntesis, afectar significa desfavorecer a alguien o restarle o alterar de alguna forma su *statu quo*, su forma de vida o lo que le rodea y asume como suyo.

A esta afectación se le ha denominado, interés, interés jurídico, interés legítimo, derechos vulnerados, y, se ha considerado como indispensable para poder tener acción en los tribunales, pues será dicho interés el que deberá estudiar al tribunal, a efecto de resolver si

fue violado y si el reclamante debe ser restituido o reparado en el derecho sometido a decisión jurisdiccional.

Para ello, se ha acuñado la teoría de los derechos adquiridos y de las meras expectativas, siendo que aquellas deben protegerse y, las últimas no son susceptibles de protección, en tanto que no entrañan un derecho perteneciente a alguien, para ser defendido en juicio.

En estas condiciones, hasta la fecha, solo aquellos actos –o hechos- que generen afectación, son los que deben ser protegidos en cualquier procedimiento, y, en consecuencia, un hecho o acto que es favorable no puede, ni debe ser objeto de impugnación en algún procedimiento de naturaleza jurisdiccional, por una simple razón, no hay afectación¹³⁵.

La mayoría –si no es que todos- los medios de defensa están contruidos sobre la base de la afectación.

153

III. CONCEPTO DE ADHESIVO.

Para el Diccionario de la Real Academia Española, adhesivo, es lo que es capaz de adherirse o pegarse, significa, que es otro, pero va junto, es lo mismo. Es sumarse al dicho de otro.

Por tanto, adherirse o adhesivo, significa hacerse de los argumentos de otro, sumarse a su exposición o justificación.

¹³⁵ Época: Décima Época.- Registro: 2008958.- Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.- Tesis: XI.1o.A.T.20 K (10a).- **AMPARO ADHESIVO. LO QUE JUSTIFICA SU ESTUDIO ES LA SENTENCIA EMITIDA POR EL TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO EN LA QUE SE CONCEDIÓ LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PRINCIPAL.**

IV. HISTORIA DE LOS RECURSOS ADHESIVOS.

Roma. En la Roma Clásica no se estableció el Recurso de Apelación, ya que se consideraba que si las partes comparecían ante el juez de forma voluntaria, entonces, deberían aceptar su fallo. Fue Hasta el Imperio en que se estatuyó el recurso de apelación que debía resolver el Monarca, quien delegó en otros jueces esa facultad, reservándose dicha función para casos excepcionales.

En el imperio Romano de Oriente (Constantinopla), fue cuando se creó el *Corpus Iuris Civilis* (por los jurisconsultos Gayo, Papiniano, Modestino, Paulo y Ulpiano, dirigidos por el jurisconsulto Triboniano), creado por Justiniano (527-565 A.C.), este Código estaba conformado por cuatro libros, a saber:

- La Instituta,
- Digesto o Pandectas,
- El Código, y;
- Las Novelas.

154

Fue precisamente en el Código, en donde aparece, por primera vez un recurso adhesivo – aunque no se le denomina “adhesivo”-, aparece en el Código, Libro VII, Título LXIII, Ley 39, *Apellattionib*, se introdujo por primera vez la facultad de la contraparte del apelante para apelar la sentencia en cuanto no lo favoreciere, cuando lo hiciere su contraria.

Don José Becerra Bautista, tradujo dicha Disposición -La Norma no menciona el término «Adhesivo»-:

Enmendamos una antigua práctica, cuando se obliga a la otra parte a aceptar la sentencia. Sancionamos, al efecto, que si el adversario (del apelante), al cual no le favoreciere alguna cosa de la sentencia, estuviera listo, puede venir al juicio a

exponer las causas de su apelación y merecer la ayuda judicial, una vez que el apelante hubiere hecho lo mismo.

España. Después del Código de Justiniano, se perdió la práctica de adherirse a la apelación, y fue hasta los años de 1794, en el siglo XVIII, regresó en la teoría, impulsados por el Conde de la Cañada, quien además era Gobernador del Consejo y Cámara de Castilla, en 1794, dijo (Refiriéndose a la «Recopilación» de Leyes Procesales de 1567-1777):

«Yo no he hallado ley alguna entre las del reino que renueve, ni autorice en forma de ley la citada del emperador Justiniano».

Sin embargo, legislativamente, fue hasta 1805, con Carlos V, en la Novísima Recopilación, cuando se introdujo la apelación adhesiva, con tal término.

155

Y la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, en 1855, fue la primera que reguló la Apelación Adhesiva, en los artículos 843 y 844, que son del siguiente tenor:

Artículo 843. Tanto el apelante como el apelado, al devolver los autos, manifestarán en escrito con firma de letrado su conformidad con el apuntamiento ó las reformas ó adiciones que crean deban hacerse en el.

Artículo 844. En este escrito deberá también el apelado adherirse a la apelación en los extremos en que la sentencia pueda haberle sido perjudicial. Ni antes ni después podrá usarse de este remedio.

Esta fue emulada en la Ley de Enjuiciamiento de 1881.

V. LA APELACIÓN ADHESIVA EN EL SISTEMA MEXICANO.

Por primera vez se reguló en el Código de Procedimientos Civiles de 1872, en su artículo 1499, que dice:

Artículo 1499. La parte que obtuvo puede adherirse a la apelación interpuesta si lo hace dentro del término señalado en el artículo siguiente.

Desde entonces y hasta la fecha ha subsistido la apelación adhesiva en los Códigos Federal, y, en la mayoría de los Estados, con diferentes modalidades, efectos y alcances. Disponiendo, en la mayoría, que la adhesión al recurso de apelación “seguirá la suerte del principal”, frase que ha sido interpretada por la jurisprudencia de diversa forma y, hasta la fecha, no ha conseguido unanimidad en su finalidad.

156

VI. LA REVISIÓN ADHESIVA, ANTECEDENTES Y JURISPRUDENCIA.

La revisión adhesiva fue incluida en la Ley de Amparo, en las reformas de 1988, en la fracción V, segundo párrafo, del artículo 83, que disponía:

Artículo 83. Procede el Recurso de Revisión.

I...

II...

III....

IV.....

V....

.....

En todos los casos a que se refiere este artículo, la parte que obtuvo resolución favorable a sus intereses, puede adherirse a la revisión interpuesta por el recurrente, dentro del término de cinco días, contados a partir de la fecha en que se le notifique la admisión del recurso, expresando los agravios correspondientes; en este caso, la adhesión al recurso sigue la suerte procesal de este.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estableció varios criterios jurisprudenciales, a saber:

- Que la naturaleza de la revisión adhesiva, no es de un recurso, sino de un medio de defensa a favor de quien obtuvo sentencia para mejorar o reforzar¹³⁶ las partes de la sentencia que le son favorables¹³⁷.
- Que en la revisión adhesiva se puede impugnar la acción principal de amparo¹³⁸.
- Que la revisión adhesiva sigue la suerte del recurso principal, por lo que si este no prospera, igual destino tiene la adhesión al recurso¹³⁹.
- Que las consideraciones que afectan al recurrente, deben plantearse mediante el recurso principal y no a través del adhesivo¹⁴⁰.

157

¹³⁶ Época: Décima Época.- Registro: 2005101.- Instancia: Pleno.- Tesis: P./J. 28/2013 (10a.).- **REVISIÓN ADHESIVA. LOS AGRAVIOS RELATIVOS DEBEN CONSTREÑIRSE A LA PARTE CONSIDERATIVA DEL FALLO RECURRIDO QUE ESTÁ RELACIONADA CON EL PUNTO RESOLUTIVO QUE FAVORECE AL RECURRENTE.**

¹³⁷ Época: Novena Época.- Registro: 200014.- Instancia: Pleno.- Tesis: P. CXLV/96.- **REVISION ADHESIVA. SU NATURALEZA JURIDICA.**

¹³⁸ Época: Décima Época.- Registro: 2002395.- Instancia: Segunda Sala.- Tesis: 2a./J. 153/2012 (10a.).- **REVISIÓN ADHESIVA. QUIEN LA HACE VALER PUEDE EXPRESAR AGRAVIOS RELATIVOS A LA PROCEDENCIA DE LA PRINCIPAL.**

¹³⁹ Época: Novena Época.- Registro: 171304.- Instancia: Segunda Sala.- Tesis: 2a./J. 166/2007.- **REVISIÓN ADHESIVA EN AMPARO INDIRECTO. DEBE DECLARARSE SIN MATERIA SI LA REVISIÓN PRINCIPAL RESULTA INFUNDADA.**

¹⁴⁰ Época: Novena Época.- Registro: 173463.- Instancia: Primera Sala.- Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.- Tesis: 1a./J. 96/2006.- **REVISIÓN ADHESIVA. LOS ARGUMENTOS TENDENTES A DESVIRTUAR UN PRONUNCIAMIENTO ESPECÍFICO DEL JUZGADOR DE PRIMERA INSTANCIA QUE CAUSEN PERJUICIO AL RECURRENTE, NO PUEDEN SER PLANTEADOS A TRAVÉS DE LA MISMA, SINO A TRAVÉS DEL RECURSO DE REVISIÓN EN LO PRINCIPAL.**

- Que las cuestiones de sobreseimiento o improcedencia del juicio de amparo, pueden plantearse a través del recurso de revisión adhesiva, aun cuando no impugnen partes considerativas del fallo recurrido¹⁴¹.
- Que la revisión adhesiva es oportuna aun presentada antes de que se admita el recurso principal¹⁴².

Al igual que la historia de los recursos adhesivos –apelación- en los juicios ordinarios, el desarrollo de la revisión adhesiva no ha sido fructífero, ni, mucho menos, ha dado resultados prácticos para las partes en juicio, ya que se ha limitado a un mero trámite que no tiene efectos reales y materiales dentro del procedimiento de amparo, salvo el caso de la improcedencia y sobreseimiento, que por su naturaleza oficiosa, si puede tener esa amplitud.

Además, como se argumentó en el establecimiento de los recursos ordinarios adhesivos, la posibilidad de interponer la revisión adhesiva, otorga un mayor plazo, lo que vulnera el principio de igualdad de las partes, por lo que quien se sienta perjudicado –por argumentos contrarios a sus pretensiones o débiles a su favor- debe interponer el recurso principal, atendiendo a la teoría de la afectación.

¹⁴¹ Época: Décima Época.- Registro: 2015165.- Instancia: Segunda Sala.- Tesis: 2a. CXXX/2017 (10a).- **REVISIÓN ADHESIVA. LOS AGRAVIOS RELATIVOS NO DEBEN CONSTREÑIRSE A LA PARTE CONSIDERATIVA DEL FALLO RECURRIDO, CUANDO VERSE SOBRE CAUSALES DE IMPROCEDENCIA O SOBRESEIMIENTO.**

¹⁴² Época: Décima Época.- Registro: 2012510.- Instancia: Primera Sala.- Tipo de Tesis: Aislada.- Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación .- Tesis: 1a. CCXXXI/2016 (10a).- **RECURSO DE REVISIÓN ADHESIVA. SU INTERPOSICIÓN ES OPORTUNA, AUN SI SE PRESENTA ANTES DE QUE SEA NOTIFICADO EL ACUERDO POR EL QUE SE ADMITE EL PRINCIPAL.**

VII. EL AMPARO DIRECTO ADHESIVO, ANDARES Y AVATARES.

La Adhesión al Amparo Directo nació en las reformas a la Constitución, en la Reforma Constitucional de 2011, en el artículo 107, fracción III, inciso a), segundo párrafo, del tenor siguiente:

La parte que haya obtenido sentencia favorable y la que tenga interés jurídico en que subsista el acto reclamado, podrá presentar amparo en forma adhesiva al que promueva cualquiera de las partes que intervinieron en el juicio del que emana el acto reclamado. La ley determinará la forma y términos en que deberá promoverse.

Y, en la Ley de Amparo, el legislador secundario fue más allá de la intención del Constituyente, al prevenir en el artículo 182, lo siguiente:

159

***Artículo 182.** La parte que haya obtenido sentencia favorable y la que tenga interés jurídico en que subsista el acto reclamado podrán presentar amparo en forma adhesiva al que promueva cualquiera de las partes que intervinieron en el juicio del que emana el acto reclamado, el cual se tramitará en el mismo expediente y se resolverán en una sola sentencia. La presentación y trámite del amparo adhesivo se regirá, en lo conducente, por lo dispuesto para el amparo principal, y seguirá la misma suerte procesal de éste.*

El amparo adhesivo únicamente procederá en los casos siguientes:

- I. Cuando el adherente trate de fortalecer las consideraciones vertidas en el fallo definitivo, a fin de no quedar indefenso; y*
- II. Cuando existan violaciones al procedimiento que pudieran afectar las defensas del adherente, trascendiendo al resultado del fallo.*

Los conceptos de violación en el amparo adhesivo deberán estar encaminados, por tanto, a fortalecer las consideraciones de la sentencia definitiva, laudo o resolución que pone fin al juicio, que determinaron el resolutivo favorable a los intereses del adherente, o a impugnar las que concluyan en un punto decisorio que le perjudica. Se deberán hacer valer todas las violaciones procesales que se hayan cometido, siempre que pudieran trascender al resultado del fallo y que respecto de ellas, el adherente hubiese agotado los medios ordinarios de defensa, a menos que se trate de menores, incapaces, ejidatarios, trabajadores, núcleos de población ejidal o comunal, o de quienes por sus condiciones de pobreza o marginación se encuentren en clara desventaja social para emprender un juicio, y en materia penal tratándose del imputado y del ofendido o víctima.

*Con la demanda de amparo adhesivo se correrá traslado a la parte contraria para que exprese lo que a su interés convenga. La falta de promoción del amparo adhesivo **hará que precluya el derecho de quien obtuvo sentencia favorable** para alegar posteriormente las violaciones procesales que se hayan cometido en su contra, siempre que haya estado en posibilidad de hacerlas valer.*

El tribunal colegiado de circuito, respetando la lógica y las reglas fundamentales que norman el procedimiento en el juicio de amparo, procurará resolver integralmente el asunto para evitar, en lo posible, la prolongación de la controversia.

160

De la norma transcrita, se desprende lo siguiente:

- Que la parte quien haya obtenido sentencia favorable –laudo o resolución que le puso fin al juicio-, podrá promover amparo directo adhesivo, el cual se resolverá conjuntamente con el principal.

- Solo será procedente para: a).- fortalecer los argumentos que le favorezcan y considere insuficientes, b).- impugnar aquellas decisiones que le desfavorezcan, c).- aquellas violaciones procesales que le perjudiquen y se hayan impugnado en el curso del procedimiento a través del medio de defensa legal procedente, salvo el caso de menores, incapaces, trabajadores, ejidatarios y comuneros y/o sus comunidades, en materia penal por el imputado o víctima u ofendido, así como de aquellas personas que por sus condiciones de pobreza o marginación tengan desventaja social.
- Si las violaciones procesales no se alegan mediante el amparo adhesivo por la parte que obtuvo sentencia, no podrá alegarlas en posterior amparo, salvo que no haya podido hacerlas valer.
- El tribunal Colegiado, de acuerdo a la lógica, resolverá el asunto de forma integral, para evitar la prolongación del asunto por medio de amparos sucesivos.

Al respecto, de la misma forma que los recursos adhesivos, en particular, de la revisión, el amparo adhesivo¹⁴³, se opone a la teoría de la afectación, pues habiendo obtenido sentencia favorable, se le obliga –en los supuestos previstos en la ley- a promover amparo adhesivo, so pena de perder ese derecho de impugnación¹⁴⁴.

Además, esa sanción por no promoverlo, se trata de una restricción legal injustificada, desproporcional e irrazonable, en tanto que finca una sanción no prevista, imponiendo una

¹⁴³ Época: Décima Época.- Registro: 2008072.- Instancia: Primera Sala.- Tesis: 1a./J. 78/2014 (10a.).- **AMPARO ADHESIVO. SON INOPERANTES LOS ARGUMENTOS EN LOS CUALES EL ADHERENTE SE LIMITA A COMBATIR LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN DEL QUEJOSO PRINCIPAL, SIN ESGRIMIR RAZONES QUE MEJOREN LAS CONSIDERACIONES DEL ACTO RECLAMADO.**

¹⁴⁴ Época: Décima Época.- Registro: 2012110.- Instancia: Primera Sala.- Tesis: 1a. CCII/2016 (10a.).- **PRECLUSIÓN EN AMPARO DIRECTO. EL RECLAMO DE LAS VIOLACIONES COMETIDAS EN EL DICTADO DE LA SENTENCIA NO PRECLUYE SI NO FUERON HECHAS VALER EN UN AMPARO ADHESIVO PREVIO, POR EL HECHO DE HABER OBTENIDO SENTENCIA FAVORABLE.**

carga desmedida en contra de una parte que fue favorecida y, a pesar de ello, se le obliga a impugnar, lo que, de suyo, resulta un contrasentido a la teoría de justicia equitativa¹⁴⁵.

VIII. ¿Y EN EL AMPARO INDIRECTO, NO HAY ADHESIVO?.

Ni en la formulación de la nueva ley de amparo, ni en la exposición de motivos de las reformas Constitucionales – de junio de 2011- se explica porqué solamente en el amparo directo se adicionó el amparo adhesivo, es decir, no existe justificación de porque el amparo indirecto quedó excluido de tal figura jurídica.

Sin embargo, podemos sostener que tal no resulta una omisión, sino que, por la naturaleza de la acción de amparo en la vía directa –sentencia, laudo o resolución que pone fin al juicio- tal institución solo está confeccionada para asuntos de índole jurisdiccional, en procedimientos contenciosos, para dar certidumbre a las partes y el derecho a la réplica en la parte que fue favorecida.

162

IX. CONCLUSIONES.

1ª. La teoría de la afectación es aquella mediante la cual, solo la parte que ve alterado, menoscabado, afectado o violado algún derecho, puede acudir a impugnar, en caso de que sea vea favorecida, no tiene esa posibilidad.

¹⁴⁵ Época: Décima Época.- Registro: 2012111.- Instancia: Primera Sala.- Tesis: 1a. CCI/2016 (10a).- **PRECLUSIÓN EN AMPARO DIRECTO. LA DISTINCIÓN LEGISLATIVA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN III, INCISO A), DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, QUE ESTABLECE QUE NO PODRÁN INVOCARSE VIOLACIONES PROCESALES EN EL AMPARO ADHESIVO, SI NO SE HICIERON VALER EN UN PRIMER AMPARO, SIN INCLUIR LAS COMETIDAS EN EL DICTADO DE LA SENTENCIA, ES RAZONABLE.**

2ª. Desde su nacimiento, en Roma, los recursos adhesivos han tenido una historia incierta que no ha sido de mucha utilidad práctica. Incluso, se ha considerado que el otorgar un plazo adicional para adherirse al recurso puede considerarse una violación al principio de igualdad procesal de las partes.

3ª. La revisión adhesiva no ha tenido un desarrollo adecuado para impulsar el juicio de amparo en México.

4ª. El amparo directo adhesivo, al igual que la revisión, no será de gran utilidad, al contrario, perjudicará a la impartición de justicia en México.

5ª. La ausencia de amparo adhesivo indirecto no se explica en sede legislativa, y, su origen, solo puede entenderse desde la práctica.

6ª. Se sugiere que se deroguen tanto la revisión, como el amparo directo adhesivo del amparo en México, por no producir efectos prácticos, reales o materiales.

X. FUENTES DE INFORMACIÓN.

163

Electrónicas.

ARIZPE NARRO, Enrique; El Amparo Adhesivo, Instituto de la Judicatura Federal, Poder Judicial de la Federación/UNAM, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/view/31877/28867>

QUIJANO BAZ, Javier; Consideraciones en Torno al Amparo Adhesivo, Instituto de la Judicatura Federal, Poder Judicial de la Federación/UNAM, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/view/31885/28875>

Institucionales.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

LAS LEYES CONSTITUCIONALES PENDIENTES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO. Reflexiones Desde la Perspectiva Práctica.

Marco Antonio TINOCO ÁLVAREZ¹⁴⁶.

SUMARIO. I. *Introducción. Concepto de Ley Constitucional, Ley Reglamentaria, Ley General y Ley Federal.* II. *Las Omisiones Legislativas en México. Concepto, Desarrollo y Actualidad.* III. *Transitorios de la Reforma Constitucional de 2011 en Materia de Derechos Humanos.* IV. *Leyes Pendientes.* V. *Amparos Tramitados y su Resultado.* VI. *Conclusiones.* VII. *Fuentes de Información.*

PALABRAS CLAVE. Omisión Legislativa, México, Desarrollo, Medios de Protección, Leyes Pendientes, Transitorios, Reglamentaria, General, Federal.

164

I. INTRODUCCIÓN.

El Caso Rosendo Radilla Pacheco versus Estados Unidos Mexicanos, así como el diverso Jorge Castañeda Guttman, resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, trajeron como consecuencia la Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos, a efecto de garantizar, proteger y reparar toda violación cometida por el Estado Mexicano en contra de cualquier persona.

¹⁴⁶ Es Licenciado en Derecho por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, en donde además es profesor por oposición de Tiempo Completo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, es Maestro en Ciencias Con Especialidad en Administración Pública por el Instituto Politécnico Nacional, Doctor en Derecho y Doctor en Ciencias por el Centro de Investigación y Desarrollo del Estado de Michoacán. Fue Profesor de Tiempo Completo del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey. Es Secretario del Instituto Mexicano del Amparo. Abogado Postulante.

Para ello, se reformaron¹⁴⁷ algunos artículos que contienen derechos humanos y que, establecen atribuciones de protección Constitucional en esa materia¹⁴⁸, pero, lo más interesante es que en los preceptos transitorios de dicha reforma se ordenó expedir varias leyes que tienden a efectivizar la tutela de los derechos humanos, y hasta la fecha, a más de 6 años del cambio Constitucional, las leyes ordenadas no han sido expedidas, es decir, existe una inactividad total del órgano legislativo, una omisión, de manera tal que algunos gobernados ya han acudido al amparo para pedir se ordene al órgano legislativo emita tales leyes.

Sin embargo, en nuestro País, el panorama de la omisiones legislativas ha sido muy incierto, pues, por una parte, se admite que existen, pero no ha habido unanimidad en si las omisiones legislativas constituyen, en todos los casos, una violación al principio de seguridad jurídica previsto como derecho en la Norma Fundamental Mexicana.

165

Este artículo trata de desentrañar este tema.

II. CONCEPTO DE LEY CONSTITUCIONAL. LEY REGLAMENTARIA. LEY GENERAL Y LEY FEDERAL.

Para Carl Schmit¹⁴⁹, la Ley Constitucional, es un conjunto de normas orientadas a un mismo fin o que regulan una misma materia o institución jurídica, previstas en la propia Constitución –lo que es análogamente para nosotros un Título de una Codificación-, de modo tal que

¹⁴⁷ Diario Oficial de la Federación de 10 de Junio de 2011.

¹⁴⁸ Previamente, el día 6 de junio de 2011, en el mismo Diario Oficial de la Federación, se había publicado la reforma en materia de Amparo, a efecto de tutelar ampliamente los derechos humanos.

¹⁴⁹ SCHMIT; Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 2011.

existen diversas leyes Constitucionales, tantas como materias, órganos o instituciones se regulen.

La Ley Reglamentaria, por su parte, es aquella que pormenoriza u operacionaliza un mandato de la Norma Suprema, lo regula a detalle. La Constitución fija bases generales, y la reglamentaria se encarga de reglarla por completo.

La Ley General, por otro lado, se refiere a materias concurrentes, en donde tienen injerencia tanto la Federación, como los Estados, o bien, los municipios, de forma tal que la Ley General fija las bases genéricas a efecto de que las leyes de cada Estado prevean lo que corresponde.

Por su parte, la Ley Federal, es aquella cuya competencia de expedición es de la autoridad Federal, con entera independencia de su materia y objeto.

166

III. LAS OMISIONES LEGISLATIVAS EN MÉXICO, CONCEPTO, DESARROLLO Y ACTUALIDAD.

La inactividad o silencio del legislador, como también se conoce a la omisión legislativa, no es un tema nuevo, nació particularmente en Europa, y, de allí migró a América Latina, y, concretamente en nuestro País, se ha acusado una casi total ausencia de tratamiento doctrinal o teórico, y, en consecuencia, la jurisprudencia también ha sido muy errática en la concepción y tratamiento de las referidas omisiones.

El tópico de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, fue tomado por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en diversas sentencias, a efecto de inaplicar artículos que se considerasen inconstitucionales.

Por el contrario, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no ha sido constante en resolver si la omisión legislativa, cuando vulnera el principio de seguridad jurídica, constituye una inconstitucionalidad.

Por ejemplo, en el año 2005, con motivo de la elección para Presidente de la República, un ciudadano, Jorge Castañeda Gutman, intentó registrarse como candidato a la Presidencia, pero el registro le fue negado aduciendo que la Constitución –y la ley- no preveían las candidaturas independientes, el ciudadano acudió al amparo –Amparo en Revisión 734/2005, del índice del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación-, en el cual se sobreseyó por considerar que el amparo no era la vía idónea para impugnar la omisión Legislativa. A la postre, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, resolvió a favor del ciudadano, determinando que había existido una violación al derecho de tutela judicial efectiva, al no existir una vía para impugnar la decisión del Estado Mexicano.

167

En un primer momento, la Suprema Corte, sostuvo que en las Acciones de Inconstitucionalidad no se podía impugnar la omisión legislativa, dado que la Constitución ordena que a través de ellas, solamente pueden impugnarse las leyes publicadas¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Época: Novena Época.- Registro: 170678.- Instancia: Pleno.- Tipo de Tesis: Aislada.- Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.- Tomo XXVI, Diciembre de 2007.- Materia(s): Constitucional.- Tesis: P. XXXI/2007.- Página: 1079.- **OMISIONES LEGISLATIVAS. ES IMPROCEDENTE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN SU CONTRA.** Época: Novena Época.- Registro: 187645.- Instancia: Pleno.- Tipo de Tesis: Jurisprudencia.- Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.- Tomo XV, Marzo de 2002.- Materia(s): Constitucional.- Tesis: P./J. 16/2002.- Página: 995.- **ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ES IMPROCEDENTE EN CONTRA DE LA OMISIÓN DE APROBAR LA INICIATIVA DE REFORMAS A UNA CONSTITUCIÓN LOCAL.**

En un segundo periodo, en el año de 2006, la Suprema Corte comenzó, al resolver la Controversia Constitucional 14/2005¹⁵¹, a identificar las omisiones legislativas, clasificándolas, para poder abordar su estudio y solución, dividiéndolas de la siguiente forma:

- Absolutas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo tiene la obligación o mandato de expedir una determinada ley y no lo ha hecho;
- Relativas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo emite una ley teniendo una obligación o un mandato para hacerlo, pero lo realiza de manera incompleta o deficiente;
- Absolutas en competencias de ejercicio potestativo, en las que el órgano legislativo decide no actuar debido a que no hay ningún mandato u obligación que así se lo imponga; y,
- Relativas en competencias de ejercicio potestativo, en las que el órgano legislativo decide hacer uso de su competencia potestativa para legislar, pero al emitir la ley lo hace de manera incompleta o deficiente

168

En épocas recientes -2010-, la propia Suprema Corte, ha variado su criterio, particularmente en materia electoral, para sostener que cuando el legislador ordinario omite emitir leyes ordenadas por la Norma Suprema, sí se actualiza una inconstitucionalidad, al vulnerarse el principio de seguridad jurídica¹⁵².

¹⁵¹ Época: Novena Época.- Registro: 175872.- Instancia: Pleno.- Tipo de Tesis: Jurisprudencia.- Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.- Tomo XXIII, Febrero de 2006.- Materia(s): Constitucional.- Tesis: P./J. 11/2006.- Página: 1527.- **OMISIONES LEGISLATIVAS. SUS TIPOS**

¹⁵² Época: Novena Época.- Registro: 165210.- Instancia: Pleno.- Tipo de Tesis: Jurisprudencia.- Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.- Tomo XXXI, Febrero de 2010.- Materia(s): Constitucional.- Tesis: P./J. 15/2010.- Página: 2325.- **OMISIÓN LEGISLATIVA. LA FALTA DE REGULACIÓN DEL LÍMITE DE SOBRRERREPRESENTACIÓN DEL PARTIDO DOMINANTE EN EL CONGRESO DEL ESTADO DE TAMAULIPAS ES UNA OMISIÓN CLASIFICABLE COMO RELATIVA EN COMPETENCIA DE EJERCICIO OBLIGATORIO.**

Época: Novena Época.- Registro: 166839.- Instancia: Pleno.- Tipo de Tesis: Jurisprudencia.- Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.- Tomo XXX, Julio de 2009.- Materia(s): Constitucional.- Tesis: P./J. 68/2009.- Página: 1455.- **RECUESTO DE VOTOS EN SEDES ADMINISTRATIVA Y JURISDICCIONAL. LA OMISIÓN LEGISLATIVA QUE INCUMPLE EL MANDATO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 116, FRACCIÓN IV, INCISO L), CONSTITUCIONAL, ACTUALIZA LA**

En relación con la efectividad del juicio de amparo, sobre este tema, es decir, contra las omisiones legislativas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido, tanto en Pleno¹⁵³, como en la Segunda Sala¹⁵⁴, que el amparo no es el medio idóneo para impugnar la inactividad de los órganos legislativos, lo cual, considero es violatorio del principio de tutela judicial efectiva y debido proceso, ya que en México, no existe ningún medio ordinario –con excepción de algunos Estados que regulan la acción contra la omisión legislativa- para obligar al legislador a emitir una ley, con lo cual se transgrede el Estado de Derecho, al no poder ser tildado por cualquier interesado la ausencia de actividad del Estado, en una función originaria.

IV. TRANSITORIOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011 EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.

169

Como ya se dijo, la reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos en México – publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de Junio de 2011-, adicionó varios artículos de la Norma Fundamental, y, en sus transitorios, introdujo una obligación de

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y OBLIGA AL LEGISLADOR ORDINARIO A SUBSANAR LA DEFICIENCIA DE LA LEGISLACIÓN ELECTORAL ESTATAL.

¹⁵³ Época: Novena Época.- Registro: 197222.- Instancia: Pleno.- Tesis: P. CLXVIII/97.- **LEYES, AMPARO CONTRA. ES IMPROCEDENTE AQUEL EN QUE SE IMPUGNA LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR ORDINARIO DE EXPEDIR UNA LEY O DE ARMONIZAR UN ORDENAMIENTO LEGAL A UNA REFORMA CONSTITUCIONAL.**

Época: Novena Época.- Registro: 168633.- Instancia: Pleno.- Tesis: P./J. 134/2008.- **ISSSTE. LA LEY RELATIVA, AL NO REGULAR EL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA PROPIEDAD DEL INSTITUTO, CONSTITUYE UNA OMISIÓN LEGISLATIVA QUE NO ES REPARABLE EN EL JUICIO DE AMPARO (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ABRIL DE 2007).**

¹⁵⁴ Época: Décima Época.- Registro: 2002843.- Instancia: Segunda Sala.- Tesis: 2a. VIII/2013 (10a.).- **OMISIÓN LEGISLATIVA. ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO EN SU CONTRA, CONFORME AL ARTÍCULO 73, FRACCIÓN XVIII, DE LA LEY DE LA MATERIA, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN II, PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.**

competencia obligatoria de la Legislatura ordinaria, el texto de los citados artículos transitorios es el siguiente:

TRANSITORIOS

Primero. *El presente decreto entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.*

Segundo. *La ley a que se refiere el tercer párrafo del artículo 10. constitucional sobre reparación deberá ser expedida en un plazo máximo de un año contado a partir de la entrada en vigor del presente decreto.*

Tercero. *La ley a que se refiere el artículo 11 constitucional sobre el asilo, deberá ser expedida en un plazo máximo de un año, contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto.*

Cuarto. *El Congreso de la Unión expedirá la Ley Reglamentaria del artículo 29 constitucional en materia de suspensión del ejercicio de los derechos y las garantías, en un plazo máximo de un año, contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto.*

Quinto. *El Congreso de la Unión expedirá la Ley Reglamentaria del artículo 33 constitucional, en materia de expulsión de extranjeros en un plazo máximo de un año contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto. En tanto se expida la ley referida, este artículo se seguirá aplicando en los términos del texto vigente.*

170

V. LEYES PENDIENTES.

Se observa, que a más de 6 años de la reforma, el Congreso de la Unión no ha expedido:

- La Ley sobre Reparación de Violación de Derechos Humanos;

- La Ley Sobre Asilo.
- La Ley Sobre Suspensión de Derechos Humanos, y;
- La Ley Sobre Expulsión de Extranjeros.

Todas ellas Leyes Reglamentarias de los artículos que las imponen.

La omisión de emitir las citadas legislaciones, se clasifica como absoluta en competencia de ejercicio obligatorio, ya que existe el mandato Constitucional, se impone a cargo del órgano legislativo y, no se ha expedido, lo cual debe conceptuarse como una inconstitucionalidad por omisión legislativa.

VI. AMPAROS TRAMITADOS Y SU RESULTADO.

171

En relación con las reformas Constitucionales, cuyos transitorios ordenan la expedición de normas protectoras de derechos humanos y que el Congreso de la Unión no ha expedido, debe mencionarse que ya se han promovido juicios de amparo, argumentando esa omisión legislativa como violatoria de la Constitución, tales casos –y el resultado de ellos-, son los siguientes:

- El tramitado por el quejoso +++, radicado en el Juzgado Segundo de Distrito de Morelia, Michoacán, amparo número III-519/2017, mismo que fue desechado de plano por no ser la omisión legislativa materia del amparo y actualizarse, en consecuencia, una causal de improcedencia, y, dicha repulsa fue impugnada en el recurso de queja número 116/2017, del índice del Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y del Trabajo del Décimo Primer Circuito, confirmándose el desechamiento.

- El tramitado por el quejoso ++++++ del índice del Juzgado Quinto de Distrito de Celaya, Guanajuato, juicio de Amparo número 613/2017, mismo que fue desechado, y, habiéndose impugnado mediante el recurso de Queja número 65/2017, del índice del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Décimo Sexto Circuito, fue revocado el auto para el efecto de admitir la demanda, encontrándose en curso actualmente el juicio de amparo.
- Por último, el promovido por el quejoso ++++++, del índice del Juzgado cuarto de Distrito Morelia, Michoacán, juicio de Amparo número III-552/2017, que fue admitido y actualmente se encuentra en trámite.

VII. CONCLUSIONES.

1ª. La reforma Constitucional en materia de derechos humanos de 2011, fue amplia y, en sus transitorios, completó la esfera tutora, al ordenar se expedieran, en el plazo máximo de un año, varias leyes reglamentarias y/o generales, que a la fecha no se han expedido.

2ª. La omisión de expedir las leyes ordenadas en los transitorios de la reforma Constitucional de 2011, es una omisión absoluta en competencia de ejercicio obligatorio, por lo que se actualiza una inconstitucionalidad, al vulnerar el orden supremo, en materia de derechos humanos.

3ª. Por criterio jurisprudencial se ha privado al juicio de amparo de tutelar las omisiones legislativas, lo que constituye una violación al principio de tutela judicial efectiva, al no existir ningún otro medio o juicio ordinario para poder impugnar tales omisiones.

4ª. La expedición de leyes reglamentarias y/o generales en materia de derechos humanos, es necesaria e indispensable para poder operar adecuadamente el sistema protector en esta área tan básica en un sistema jurídico de avanzada.

VIII. FUENTES DE INFORMACIÓN

Bibliográficas.

RANGEL HERNÁNDEZ, Laura; *La Acción de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa en la Constitución Mexicana. un Avance en el Acceso a la Justicia Constitucional*; Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, UNAM, Número 18, México. 2008, pp. 201-226.

173

Electrónicas.

ASTUDILLO, César; *Las Entidades Federativas y la Acción por Omisión Legislativa*, UNAM, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2642/14.pdf>

Institucionales.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

EL AGUA. SU JUSTICIABILIDAD COMO DERECHO HUMANO EN MÉXICO

Victorino ROJAS RIVERA*

SUMARIO. I. *Introducción.* II. *Reconocimiento del Derecho al Agua y definición.* III. *La obligación constitucional del servicio de agua impuesta a los municipios en México.* IV. *¿Puede una persona, física o moral, sustituir al municipio en el deber fundamental del servicio de suministro de agua a una población?* V. *La justiciabilidad del derecho al agua.* VI. *Del legalismo al garantismo de los derechos económicos y sociales.*

PALABRAS CLAVE. Derecho, agua, justiciabilidad, constitucional, garantismo.

174

I. INTRODUCCIÓN

Hay una percepción en la tradición mexicana -que aún no termina de extirparse- de que los derechos económicos y sociales fueron y son *normas programáticas* y que, por lo mismo, no tenían la categoría de derechos humanos¹⁵⁵ a pesar de estar previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹⁵⁶ y, siendo así, entonces menos eran justiciables, de manera que su exigibilidad estaba vedada en la vía jurisdiccional.

¡Qué difícil ha resultado cambiar el paradigma de su justiciabilidad en el discurso de los jueces mexicanos!

*Magistrado de circuito, con licenciatura en Derecho, Especialidad en Derecho Procesal y Maestría en Derecho por la UMSNH, y Doctorado en Derecho por la Secretaría de Educación.

¹⁵⁵ Entendidos como derechos subjetivos en su acepción acuñada de garantías sociales en México.

¹⁵⁶ En lo sucesivo CPEUM, abreviatura con sus iniciales.

Aunque la culpa no es única de los jueces¹⁵⁷ sino también de las instituciones de educación superior que formaron -y siguen formando- a sus profesionales del Derecho en una tradición decimonónica hablando todavía de *garantías individuales* y no de derechos humanos ni de sus controles de constitucionalidad¹⁵⁸ y de convencionalidad -en sus dos vertientes, concentrado y difuso- para hacerlos efectivos; algo de culpa ha de ubicarse en los formadores de la Ciencia Política, en un sistema exageradamente cerrado y en el que hay deo de funcionalidad de un inexistente *principio pro Estado*, que es contrario al principio pro persona, en el entendimiento y la operatividad de las entonces *garantías individuales* que - en lugar de generar interpretaciones ampliadas de las mismas, dimensionando su alcance a través del establecimiento de un techo constitucional- para buscar cómo justificar las restricciones y limitaciones a su ejercicio.

¡Qué daño tan grande e irreparable¹⁵⁹ se ocasionó a la sociedad mexicana con ese proceder restrictivo!

175

Pareciera que al día de hoy, a seis años de distancia de las reformas constitucionales,¹⁶⁰ se ha superado aquella visión restrictiva de los derechos humanos, en particular de los derechos económicos, sociales y culturales,¹⁶¹ cuando menos es el discurso institucional, mas persiste la idea en ciertos analistas de política y en algunos políticos de que el Poder Judicial no es el órgano *idóneo para imponer al Estado el cumplimiento de tales derechos, pues ello depende*

¹⁵⁷ Me parece relevante su test, o examen, en conocimientos de actualización en una periodicidad que el diagnóstico de la judicatura federal proponga para evitar la zona de confort, siendo inaceptable la afirmación que algunos hacen al precedente la SCJN, cuando se escucha que está mal, o que era mejor la Ley de Amparo abrogada.

¹⁵⁸ Aún se tiene la idea, en varias escuelas o facultades de derecho que basta con la enseñanza del amparo, pero no de acciones de inconstitucionales o de controversias constitucionales ni del control difuso que los jueces ordinarios deben ejercer con motivo de las supremacías constitucional y de convencionalidad, o los medios de impugnación y revisión en materia político electoral, entre otros.

¹⁵⁹ Lo de irreparable viene al caso por cuanto el tiempo no puede regresarse.

¹⁶⁰ Publicadas el 6 y 10 de Junio de 2011 en el Diario Oficial de la Federación en México, entrando en vigor las de derechos humanos el día 11 siguiente, y las de justicia constitucional el día 4 de octubre de ese año.

¹⁶¹ Conocidos como de la tercera generación, y aludidos como DESC en lo sucesivo.

*de la disposición de fondos públicos, sobre los que no tiene injerencia dicho poder*¹⁶², cuando el origen de su justiciabilidad está desde la Constitución de Apatzingán, de 22 de octubre de 1814, orgullo de los mexicanos, pero a la que no se le reconoció más como un documento declarativo y de buenas intenciones, sin vigencia, cuando los documentos del Tribunal de Ario junto con los de carácter político y legislativo coleccionados en la Universidad de Austin, Texas, y en el Archivo General de la Nación dan cuenta de la aplicación de esas normas constitucionales en casos concretos y decisiones nacionales, pero su desconocimiento y hasta pereza de investigación es lo que, pareciera, llevó a algunos académicos a negarle vigencia.

Sólo que para algunos juzgadores ronda la idea de no dejar pasar un juicio de amparo cuando se trata de dineros públicos, o sea, contra el presupuesto público: nada.

La justiciabilidad es *entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas obligaciones que se derivan del derecho*;¹⁶³ ello, dada la falta de garantías idóneas y efectivas para proceder a su reclamo, definidas estas últimas como *los mecanismos o técnicas predispuestos para su protección*¹⁶⁴, contemplándose dentro de éstas las de tipo jurisdiccional, las cuales consisten en que *un tribunal más o menos independiente pueda ejercer algún tipo de control y, en su caso, imponer medidas de reparación, en ausencia o ante el incumplimiento de una garantía primaria o secundaria, pero de carácter político*¹⁶⁵.

176

¹⁶² Martínez Alcántar, Jorge Isaac, en su ensayo *La Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en México y la Necesidad del Estado Mexicano de Ratificar el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Universidad Iberoamericana, México, marzo de 2016, así lo denuncia.

¹⁶³ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 1ª reimpression, 2014, p. 37.

¹⁶⁴ PISARELLO, Gerardo, *Los Derechos Sociales y sus Garantías. Elementos para una Reconstrucción*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 111.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 120.

Los DESC, como derechos plenos, están consagrados en la normativa constitucional y —en el plano internacional— en instrumentos firmados por México para obtener su jerarquía fundamental, pero no basta ese reconocimiento sino que, a la par, se cuente con mecanismos idóneos y efectivos para hacerlos exigibles.

En efecto, lo que calificará la existencia de un derecho social como pleno *no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino la existencia de algún poder jurídico para actuar del titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida. Considerar plenamente un DES como derecho es posible únicamente si —al menos en alguna medida— el titular/acreedor está en condiciones de producir, mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación generada por su derecho*¹⁶⁶; lo que, en la actualidad ha sido difícil de cumplir, al considerarse que el poder judicial cuenta con diversos obstáculos para brindar tal prerrogativa a los justiciables; obstáculos¹⁶⁷ tales como que:

- a) Es el menos adecuado para realizar planificaciones de política pública;
- b) El marco de un caso judicial es poco apropiado para discutir medidas de alcance general;
- c) La discusión procesal genera problemas de desigualdad hacia las personas afectadas por el mismo incumplimiento que no participan en el juicio;
- d) Carece de medios compulsivos para la ejecución forzada de una sentencia que condene al Estado a cumplir con la prestación omitida para todos los casos involucrados, o bien para dictar la reglamentación omitida; y,
- e) La sustitución de medidas generales por decisiones *ah hoc* efectuadas por el juez en el caso particular pueden resultar también fuente de desigualdad.

¹⁶⁶ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *op. cit.*, nota 7, p. 37.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 42.

Empero, esa forma de pensamiento ha comenzado a variar, pues los juzgadores han comenzado a pronunciarse respecto de tales derechos, lo cual —actualmente— ha evidenciado que, el poder judicial, provocado adecuadamente, puede ser un poderoso instrumento de formación de políticas públicas, dados los resultados obtenidos.

Conforme a ello, se ha concluido que *la falta de mecanismos o garantías judiciales adecuadas no dice nada acerca de la imposibilidad conceptual de hacer justiciables los DESC, sino que más bien exige imaginar y crear instrumentos procesales aptos para llevar a cabo estos reclamos*¹⁶⁸; es decir, en la actualidad el tema no es limitarse a criticar y observar las deficiencias con que cuentan los medios implementados para justiciabilizar los DESC, sino el crear nuevos o modificar los actuales para que definitivamente sí tengan el alcance y fuerza necesarios para cumplir con su objetivo: **permitir a los justiciables exijan directamente al Estado su satisfacción de forma plena.**¹⁶⁹

178

II. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL AGUA Y DEFINICIÓN

México tiene poco que lo reconoció¹⁷⁰ como derecho humano, no obstante que internacionalmente fue reconocido desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁷¹ de 1948, así como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁷² (PIDESC) de 1966, o la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de 1979 que establece el derecho de las mujeres a gozar de condiciones de nivel de vida adecuadas, particularmente los servicios sanitarios y abastecimiento de agua, entre otros instrumentos internacionales; pero más

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 46.

¹⁶⁹ Véase en Revista de Derecho, debates & personas #10, **Dr. Víctorino Rojas Rivera "La justiciabilidad de los derechos a la salud y al agua cómo derechos económicos y sociales"**, Colombia, noviembre de 2016.

¹⁷⁰ En una adición al artículo 4º constitucional, publicada el 8 de febrero de 2012, y consiste en que *toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible.*

¹⁷¹ En sus artículos en los artículos 3 y 25.1, cuando recoge el derecho a la vida y a un nivel de vida adecuado.

¹⁷² Acerca del derecho a un nivel de vida adecuado y a la salud.

determinante fue la primera Conferencia de la ONU sobre el Agua, celebrada en Mar del Plata, Argentina, en 1977, que declaró el derecho de todos los pueblos de acceder a agua potable en las cantidades y calidad correspondientes a sus necesidades básicas, y luego sobrevino, en julio 2010, una resolución de la Asamblea General por la que reconoció *el derecho a agua potable y al saneamiento como derecho esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos*, para después señalar el Consejo de Derechos Humanos, en otra resolución de septiembre 2010, *que es un derecho que se deriva del derecho a un nivel adecuado de vida: “el derecho humano al agua y al saneamiento se deriva del derecho a un nivel de vida adecuado, y está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, así como al derecho a la vida y a la dignidad humana”*. *Ambas constituyen pasos culminantes por visibilizar este derecho en el marco internacional.*

De donde advierto que el derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos, lo cual supone un paso adelante en la defensa y exigibilidad del derecho al agua, o sea su justiciabilidad en caso de incumplimiento del compromiso internacional que se impusieron los Estados parte; asimismo que el contenido del derecho humano al agua y al saneamiento forma parte de los derechos humanos transversales y cuya correlatividad son las obligaciones fundamentales de cada Estado parte y las cuales pueden ser inmediatas unas y progresivas otras, tal como las define la Observación General N° 15, misma que señala que *el derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico.*

Luego, el derecho humano al agua tiene como finalidad no sólo el acceso físico y económico a sus servicios de saneamiento sino también asegurar la dignidad de las personas; y no obstante que, para la ONU, *la escasez del agua es un problema de gobernabilidad, sí hay agua suficiente, pero no una distribución adecuada. Los problemas derivan de la gestión deficiente, la corrupción, la falta de instituciones adecuadas para su manejo, de las inercias*

burocráticas, el déficit de las nuevas inversiones en la creación de capacidades humanas, en la escasez de infraestructura básica de tratamiento y calidad del agua.¹⁷³ El agua es el nutriente principal del cuerpo humano, su consumo permite la digestión, la hidratación, la absorción y el transporte de nutrientes a través del organismo, así como la eliminación de toxinas y desechos. La cantidad de agua necesaria para cubrir este requerimiento de salud y supervivencia no es igual para todos los seres humanos, depende de distintos factores, como la edad, las características fisiológicas de la persona, el tipo de actividades que realice y las condiciones climáticas y ambientales en las que se encuentre.¹⁷⁴

III. LA OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL DEL SERVICIO DE AGUA IMPUESTA A LOS MUNICIPIOS EN MÉXICO

Efectivamente se presenta como un mandato constitucional¹⁷⁵ a los municipios del país como una deber fundamental que, algunos, lo han trasladado a los particulares por medio de concesiones públicas y, en otros casos, impuesto como una condición a las constructoras de viviendas.

180

¿Cuál es el fundamento de esa traslación del deber fundamental? La obligación fundamental es del Estado mexicano, puesto que así lo mandata el párrafo segundo del artículo 4º constitucional, al disponer que el *Estado garantizará este derecho -al agua-* pero también ese párrafo prevé la autorización de trasladarla vía concesión a particulares, o de imponerla a los constructores de vivienda, incluso a un organismo público descentralizado con ese objeto, al señalar que *la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la*

¹⁷³ Tello Moreno, Luisa Fernanda, en *El Acceso al Agua Potable como Derecho Humano*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2008, p. 2.

¹⁷⁴ Tello Moreno, Luisa Fernanda, op cit, p. 7.

¹⁷⁵ Artículo 115, fracción III, de la CPEUM, al disponer que *los municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos de agua potable*, entre otros.

Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines; enunciado constitucional del que se advierte que hay una remisión a la ley de la materia¹⁷⁶ para que ésta sea la que establezca la participación tanto de la federación, entidades federativas y municipios como de la ciudadanía en la obtención de los fines constitucionales del derecho humano al acceso al agua.

Mas aquella obligación constitucional no es exclusiva de los municipios sino también lo es de los Estados federados y de la propia federación, incluso en cierto grado de participación de los particulares; toda vez que *el derecho al agua potable es fundamental e indispensable para la realización, goce y disfrute de los demás derechos humanos, cuya preservación en cantidad, calidad y sustentabilidad es tarea fundamental tanto del Estado como de la sociedad y, por eso, el Estado garantizará que el derecho al agua sea seguro, aceptable, accesible y asequible tanto para uso personal como doméstico, erigiéndose como un beneficio colectivo que debe basarse en criterios de solidaridad, cooperación mutua, equidad y en condiciones dignas, proclamándose como de prioridad y de seguridad nacional la preferencia del uso doméstico y público urbano en relación con cualquier otro uso, razones que excluyen la posibilidad de que pueda ser concebido atendiendo a intereses particulares o de grupos minoritarios, pues de ser así, imperaría un régimen de aprovechamiento del agua sin visión humana y social.*¹⁷⁷

181

Luisa Fernanda Tello Moreno sostiene que para la participación del sector privado se argumentan y establecen diversos motivos y postulados de distinta naturaleza, entre los

¹⁷⁶ Cláusula constitucional que se conoce como de *reserva de ley*.

¹⁷⁷ Así lo concibió el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito con residencia en Morelia, Michoacán, en la tesis siguiente: Décima Época Registro: 2001560 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tesis Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3 Materia(s): Constitucional Tesis: XI.1o.A.T.1 K (10a.) Página: 1502, del rubro: **AGUA POTABLE. COMO DERECHO HUMANO, LA PREFERENCIA DE SU USO DOMÉSTICO Y PÚBLICO URBANO ES UNA CUESTIÓN DE SEGURIDAD NACIONAL.** Amparo directo 740/2011. Petronilo Pantoja Espinoza. 1 de marzo de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Juan García Orozco. Secretario: Víctor Ruiz Contreras.

cuales se encuentran el de *reducir el control centralista del gobierno sobre el recurso y priorizar el papel de los ciudadanos para lograr una verdadera democracia del agua.* ¹⁷⁸

Partiendo de la idea de que no hay controversia acerca de que el derecho al agua pertenece a los derechos económicos, sociales y culturales, considerados como pertenecientes por unos a la segunda generación de derechos humanos, y por otros a la tercera generación, pero sea cual fuere la generación lo cierto es que surgen del Estado social de derecho¹⁷⁹ o Estado de bienestar social.

IV. ¿PUEDE UNA PERSONA, FÍSICA O MORAL, SUSTITUIR AL MUNICIPIO EN EL DEBER FUNDAMENTAL DEL SERVICIO DE SUMINISTRO DE AGUA A UNA POBLACIÓN? La respuesta es sí.

182

Les cuento que en el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito¹⁸⁰ y otro Auxiliar de la Tercera Región¹⁸¹ en apoyo de aquél se presentaron -en aquél- tres juicios de amparo directos uno por una comunidad de vecinos y dos por una empresa dedicada a la construcción de viviendas, quien ambas en el Estado de San Luis Potosí, conociendo uno de éstos dicho TCC Auxiliar.¹⁸² Los quejosos obtuvieron su respectiva concesión para la explotación de aguas nacionales en un inicio para servicios pero después destinadas para el consumo personal y doméstico; sólo que la Comisión Nacional del Agua les practicó visita de inspección y una vez culminado el procedimiento administrativo les decretó créditos fiscales porque cubrían las tarifas con base en el beneficio del destino del agua para consumo personal y doméstico cuando las concesiones eran para servicios, de manera que por aquel uso y explotación de las aguas nacionales extraídas de los

¹⁷⁸ Op cit, p. 74 y sig.

¹⁷⁹ Acerca del Estado social de Derecho, véase obra de Ernesto Benda en *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª edición, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y Sociales, Madrid 2001 Barcelona, p-p 487 a 559.

¹⁸⁰ TCC en lo sucesivo.

¹⁸¹ Ambos con residencia en Morelia, Michoacán.

¹⁸² ADA 581/2015 de su índice, con registro 532/2015 del auxiliado.

pozos debía cubrirse la tarifa general para servicios que prevé el artículo 223, apartado A, de la Ley Federal de Derechos y no la que contempla el beneficio en su apartado B, fracción I de ese precepto (para consumo personal y doméstico) precisamente porque las concesiones no amparaban ese uso y explotación.

En los juicios de nulidad promovidos contra la determinación de los créditos fiscales se declaró su validez por la Sala del Pacífico Centro del Tribunal Federal de Justicia Administrativa con base en que las concesiones únicamente amparaban la explotación y uso de aguas nacionales para servicios, pero no para el consumo personal y doméstico; y aun cuando pudiera demostrarse ese destino, determinó implícitamente la improcedencia de la sustitución en el deber constitucional del municipio por más que en los casos se adujera que éste rehusaba prestar el servicio de suministro que, en un caso, los vecinos organizados se autosuministraron ese servicio y, en otros dos, la sociedad suministró a los moradores del fraccionamiento.

183

4.1 En el Amparo Directo Administrativo 464/2015, se adujo por los vecinos de un fraccionamiento que éste tenía más de 50 años y que el municipio se rehusaba a brindarles el servicio de suministro de agua, por lo que se habían sustituido en la obligación del municipio para autosuministrarse el agua para consumo personal y doméstico; pero el TCC les negó el amparo¹⁸³ con base en la inoperancia de los argumentos y de que la carga de la prueba era de la parte quejosa, determinando implícitamente la no sustitución de ésta en la obligación constitucional en trato del municipio.¹⁸⁴

No coincidí con esta argumentación sino que disentí porque:

¹⁸³ La cual fue recurrida y cuya revisión 4543/2016 fue desechada por ser extemporáneo el recurso en acuerdo de presidencia de la SCJN.

¹⁸⁴ Por mayoría de votos de los magistrados Jaime Uriel Torres Hernández y Hugo Sahuier Hernández, desde luego, en sesión de 10 de marzo de 2016.

...los puntos litigiosos en esta controversia constitucional de amparo, hay dos cuestiones – entre otras que formularon los quejosos– que merecieron debate jurisdiccional:

- Una fue resolver si efectivamente hubo o no la violación formal denunciada; y,
- Otra fue decidir si en el caso estaba o no de por medio el derecho humano al agua y desde su identificación determinar entonces si ejerce o no control difuso ex officio.

Referente a la primera, me parece, basta que se denuncie en la demanda de amparo que tal o cual argumento no fue examinado por la autoridad responsable, puesto que tratándose de esa clase de violaciones –formales– no se requiere más demostración argumentativa que la sola afirmación de algún punto discutible en específico que no fue decidido¹⁸⁵ en el acto reclamado para que el Tribunal Colegiado de Circuito tenga el deber constitucional¹⁸⁶ de resolver si efectivamente no fue examinado; y por eso no coincido en la inoperancia de los conceptos de violación sino en lo fundado del de carácter formal, porque es verdad que la Sala responsable no se ocupó del hecho afirmado en la demanda de juicio de nulidad y reconocido expresamente en la contestación que el agua extraída del pozo 30 se destina para uso doméstico de las viviendas del fraccionamiento en mención, como lo demuestra la confrontación de hechos, esto es, no hubo discusión en ese punto discutido y debió tenerse como cierto por la autoridad responsable; como tampoco fue hecho controvertido el alcance probatorio de las dos actas de inspección-visita que acreditan el destino del agua para uso doméstico, pero lo cual también desatendió dicha autoridad responsable y he allí lo fundado de la violación formal denunciada, consistente en una transgresión al principio de

¹⁸⁵ En ese sentido, comparto el criterio del Primer Tribunal Colegiado Auxiliar, con residencia en Guadalajara, Jalisco, con registro 164826, de rubro: **CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. CUANDO EL QUEJOSO ARGUMENTE INOBSERVANCIA A LOS PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA Y EXHAUSTIVIDAD DE LA SENTENCIA IMPUGNADA EN EL AMPARO DIRECTO, BASTA QUE EN AQUELLOS MENCIONE CUÁLES FUERON LAS CONSIDERACIONES OMITIDAS.**

¹⁸⁶ Artículo 17 de la CPEUM.

exhaustividad,¹⁸⁷ o de completitud de una sentencia que prevé el artículo 17 constitucional, y lo cual, a mi parecer, hace inaplicable el examen de la violación formal a la luz del principio de congruencia.¹⁸⁸

Asimismo considero que la parte quejosa sí refutó de manera frontal las determinaciones de la Sala responsable acerca tanto de las condiciones en que fue otorgado el título de concesión como de que el servicio de agua sólo debía prestarlo un organismo ya federal ya estatal o municipal o, bien, una persona moral de derecho privado en sustitución de aquel organismo; toda vez que alegó que en el caso no se respetó su derecho humano al agua potable que prevé el artículo 4º constitucional y ese argumento, a mi parecer, es de cabeza por cuanto que está denunciando la parte quejosa que la autoridad responsable inobservó ese derecho humano de todo mexicano, además de que en su acto reclamado debió entender que las redes municipales lo son no porque sean construidas por una autoridad municipal sino para el desarrollo urbano, desconociendo la causa por la que el fraccionamiento no fue entregado al municipio, pero que las autoridades municipales no asumen su responsabilidad de prestar los servicios, motivo por el cual –sostuvieron los quejosos– la Sala responsable debió efectuar una interpretación favorable del artículo 223, apartado B, de la Ley Federal de Derechos al asumir ellos una obligación que era del municipio pero que éste no la cumple.

185

Ese producto argumentativo llena los requisitos de la causa de pedir *aunque no guarden un apego estricto a la forma lógica del silogismo*¹⁸⁹ sino que **fue suficiente que en alguna parte del escrito se expresó con claridad la causa de pedir, señalándose cuál es la lesión o agravio**

¹⁸⁷ Deber de todo juzgador de ocuparse de decidir todas y cada una de las cuestiones debatidas en un caso concreto.

¹⁸⁸ Consiste en que los razonamientos jurisdiccionales deben ser coherentes en sí mismos y no ocuparse de puntos que no hayan sido objeto del debate, según las jurisprudencias con registros 179074 y 178783, respectivamente de rubros: **CONGRUENCIA Y EXHAUSTIVIDAD, PRINCIPIOS DE. SUS DIFERENCIAS Y CASO EN QUE EL LAUDO INCUMPLE EL SEGUNDO DE ELLOS;** y **CONGRUENCIA Y EXHAUSTIVIDAD EN SENTENCIAS DICTADAS EN AMPARO CONTRA LEYES. ALCANCE DE ESTOS PRINCIPIOS.** Lo cual hace que no coincida en que la omisión de algún punto litigioso tenga que ver con la congruencia sino con la exhaustividad como lo considera el Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Cuarto Circuito.

¹⁸⁹ Máxime que el uso indiscriminado del silogismo puede llegar a denegar justicia, lo cual fue denominado desde la Edad Media como ergotismo.

que el quejoso estima le causa el acto, resolución o ley impugnada y los motivos que originaron ese agravio, conforme al derecho jurisprudencial interno de la Suprema Corte de justicia de la Nación.¹⁹⁰

Vistos los argumentos de la parte quejosa y de que llenan las dos exigencias de la Teoría de la Causa de Pedir –la cual es condigna al derecho humano de tutela judicial efectiva– advierto, en consecuencia, que no realizaron afirmaciones sin fundamento por cuanto que subieron un derecho humano al debate constitucional y lo ubicaron en el artículo 4º constitucional, con lo cual fundamentaron su pretensión a este Tribunal Colegiado de Circuito, aduciendo asimismo la contrariedad a ese derecho humano por la resolución de la Sala responsable y sin que ésta llevara a cabo una interpretación favorable del artículo 223, apartado B, de la Ley Federal de Derechos, cuenta aparte de la omisión atribuida a dicha autoridad responsable; y aun cuando el oficio 1178-19-12-08 guardara o no relación con la visita de verificación de veintitrés de noviembre de dos mil seis, advierto que su función en el proceso jurisdiccional fue de prueba del destino del agua extraída del pozo 30 para uso doméstico, entonces –me parece– no hay la inoperancia sostenida en el voto de mayoría.

186

Habida cuenta que los quejosos denunciaron ante la autoridad responsable que el municipio ha incumplido con su obligación constitucional a la vez compromiso internacional en la prestación del servicio de agua como derecho humano a la vez que, *per se*, con el destino del agua para su uso doméstico lo protegieron y, **eso**, la sentencia reclamada no lo resolvió de fondo.

Así, cuando los quejosos argumentan que el municipio no ha recibido el fraccionamiento –cuya existencia no está en tela de juicio– sin prestar el servicio de agua y que la red municipal no es porque la construya el municipio sino atendiendo al desarrollo urbano, lo que alegan

¹⁹⁰ P./J.68/2000, registro 191384, de rubro: **CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. PARA QUE SE ESTUDIEN, BASTA CON EXPRESAR CLARAMENTE EN LA DEMANDA DE GARANTÍAS LA CAUSA DE PEDIR.**

es que **los quejosos se sustituyeron al municipio en una obligación fundamental** que no era de ellos sino de éste; y, siendo de ese modo el argumento, entonces era procedente y factible su examen por ser un argumento de cabeza que las restantes consideraciones membrales no requerían de refutación porque, aun cuestionadas éstas, no derribaban el cuerpo resolutorio como sí lo hace el de cabeza por sí solo; luego, partiendo de la base de que es verdad jurídica, porque no estuvo en controversia en el proceso jurisdiccional, que: **a)** existe un fraccionamiento de treinta ó más viviendas; **b)** el destino del agua extraída del pozo 30 es para su uso doméstico; **c)** el municipio no ha municipalizado aquel fraccionamiento y sus servicios por cuanto es carga de la autoridad tercera interesada; **d)** por disposición constitucional¹⁹¹ es que los municipios tienen a su cargo los servicios públicos, entre otros, de agua potable; **e)** por disposición expresa del artículo 177 de la Ley de Urbanismo estatal de San Luis Potosí, el titular de la autorización de un fraccionamiento tiene la obligación de prestar los servicios correspondientes hasta la entrega y recepción por el Ayuntamiento; entonces, la conclusión es que los quejosos alegaron que ante el incumplimiento de la autoridad municipal de la obligación constitucional de referencia es que ellos, en una especie de competencia delegada, **se sustituyeron** a esa autoridad municipal y, por tanto, debe tratárseles por la autoridad tercera interesada como si fuera el municipio para efectos del cobro de derechos.

187

Ahora, ¿era necesario que en el caso singular se probara por los quejosos que presentaron solicitud a la autoridad municipal para la prestación del servicio público de agua? Me parece, desde luego, que **no**, puesto que tratándose del cumplimiento de obligaciones¹⁹² correlativas a los derechos humanos es al Estado, o a cualquiera de sus autoridades o agentes que sean parte en un proceso jurisdiccional, a quien corresponde probar el cumplimiento de aquel deber fundamental, de acuerdo con la jurisprudencia¹⁹³ de la Corte Interamericana de

¹⁹¹ Artículo 115, fracción III, a), de la CPEUM.

¹⁹² En la exposición de motivos de la adición al artículo 4º constitucional, de 19 de enero de 2011 (más adelante reseñada), se indicó que el Estado es el obligado y, por tanto, a él corresponde probar que ha cumplido con ese deber constitucional.

¹⁹³ Caso Durand y Ugarte Vs Perú, Fondo, Sentencia de 16 de agosto de 2000; Caso Bueno Alves Vs Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007, entre otros casos.

Derechos Humanos, pero no compete al particular demostrar la contumacia o incumplimiento.

¿Por qué?

Porque *el derecho al agua es un derecho internacionalmente reconocido que está implícitamente recogido en distintas convenciones y declaraciones internacionales, y se fundamenta en el artículo 3 y 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que recoge el derecho a la vida y a un nivel de vida adecuado, así como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966, donde también se establece el derecho a un nivel de vida adecuado (art. 116) y a la salud (art. 12). El PIDESC ha sido ratificado por 1642 estados, quienes se han comprometido a cumplir, progresivamente y con todos sus medios disponibles, las obligaciones suscritas en el mismo.¹⁹⁴ Otros tratados internacionales de derechos humanos se refieren al derecho al agua potable y salubre, así como al saneamiento, vinculados ambos al derecho a la salud: la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de 1979 que establece el derecho de las mujeres a gozar de condiciones de nivel de vida adecuadas, particularmente los servicios sanitarios y abastecimiento de agua o la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006. En la primera Conferencia de la ONU sobre el Agua, celebrada en Mar del Plata, Argentina, en 1977, se declaró el derecho de todos los pueblos de acceder a agua potable en las cantidades y calidad correspondientes a sus necesidades básicas.¹⁹⁵*

Porque en julio 2010, una resolución de la Asamblea General reconocía el derecho a agua potable y al saneamiento como derecho esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos

¹⁹⁴ 2º Informe sobre el Derecho Humano al Agua y al Saneamiento en el ámbito rural de Nicaragua, septiembre de 2015, ONU, p. 3.

¹⁹⁵ *Op. cit.*, p. 4.

*los derechos humanos. Más adelante, el Consejo de Derechos Humanos afirmó este reconocimiento en otra resolución de septiembre 2010, señalando que es un derecho que se deriva del derecho a un nivel adecuado de vida: “el derecho humano al agua y al saneamiento se deriva del derecho a un nivel de vida adecuado, y está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, así como al derecho a la vida y a la dignidad humana”. Ambas constituyen pasos culminantes por visibilizar este derecho en el marco internacional.*¹⁹⁶

O sea que el derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos, lo cual supone un paso adelante en la defensa y exigibilidad del derecho al agua, o sea su justiciabilidad en caso de incumplimiento del compromiso internacional que se impusieron los Estados Partes.

Porque el contenido del derecho humano al agua y al saneamiento forma parte de los derechos humanos transversales y cuya correlatividad son las obligaciones fundamentales de cada Estado Parte y las cuales pueden ser inmediatas unas y progresivas otras, tal como las define la Observación General N° 15, misma que señala que el “*derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico*”. De manera que *el derecho humano al saneamiento significa que toda persona, sin ningún tipo de discriminación, debe tener acceso físico y económico a servicios de saneamiento, en todas las esferas de la vida, que sea seguro, higiénico, aceptable social y culturalmente, que proporcione privacidad y asegure la dignidad y, en este sentido, y al igual que se ha presentado para el derecho humano al agua, se muestra una tabla donde se desarrolla el significado del contenido normativo del derecho al saneamiento.*¹⁹⁷

¹⁹⁶ Op cit, p. 5.

¹⁹⁷ Op cit, p. 13.

Porque para la ONU, *la escasez del agua es un problema de gobernabilidad, si hay agua suficiente, pero no una distribución adecuada. Los problemas derivan de la gestión deficiente, la corrupción, la falta de instituciones adecuadas para su manejo, de las inercias burocráticas, el déficit de las nuevas inversiones en la creación de capacidades humanas, en la escasez de infraestructura básica de tratamiento y calidad del agua.*¹⁹⁸ *El agua es el nutriente principal del cuerpo humano, su consumo permite la digestión, la hidratación, la absorción y el transporte de nutrientes a través del organismo, así como la eliminación de toxinas y desechos. La cantidad de agua necesaria para cubrir este requerimiento de salud y supervivencia no es igual para todos los seres humanos, depende de distintos factores, como la edad, las características fisiológicas de la persona, el tipo de actividades que realice y las condiciones climáticas y ambientales en las que se encuentre.*¹⁹⁹

Porque aun cuando en principio, *la propiedad del agua le corresponde a la nación, pero su administración es conferida a los poderes del Estado, y éstos pueden transferir el dominio del recurso, constituyendo así la propiedad privada, lo cual es indicativo que parte o algunas de las aguas nacionales pueden ser propiedad de los particulares;* o sea que si a consecuencia de una concesión o autorización gubernativa se permite al particular la explotación de minerales, apropiándose el producto de esa actividad, entonces por la misma razón el concesionario de la explotación de agua se apropia de la misma. Tello Moreno afirma que *las obligaciones del Estado se refieren a la satisfacción del grado mínimo esencial y de carácter inmediato de los derechos enunciados en el PIDESC y que no pueden ser suspendidas. Respecto al derecho al agua, las obligaciones básicas son:*

- a) Garantizar el acceso a la cantidad mínima esencial de agua suficiente y apta para el uso personal y doméstico y la prevención de enfermedades.*
- b) Asegurar el derecho de acceso al agua e instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria, especialmente a grupos vulnerables o marginados.*

¹⁹⁸ Tello Moreno, Luisa Fernanda, en *El Acceso al Agua Potable como Derecho Humano*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2008, p. 2.

¹⁹⁹ Tello Moreno, Luisa Fernanda, op cit, p. 7.

- c) *Garantizar el acceso físico a instalaciones o servicios de agua que proporcionen suministro suficiente y regular de agua salubre; que tengan suficientes salidas y evitar tiempos de espera prohibitivos, y que se encuentren a distancia razonable de los hogares.*
- d) *Velar por que no se vea amenazada la seguridad personal de las personas que acudan a obtener agua.*
- e) *Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles.*
- f) *Adoptar y aplicar una estrategia y plan de acción nacional respecto al agua y revisarlos periódicamente con base en procesos participativos y transparentes, previendo en ellos los indicadores y referentes que permitan observar los progresos.*
- g) *Vigilar el grado de realización o no realización del derecho al agua.*
- h) *Implementar programas para sectores concretos y de costo relativamente bajo para proteger a los grupos vulnerables y marginados.*
- i) *Adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, velando, particularmente, por el acceso a servicios de saneamiento adecuados.*²⁰⁰

De donde dicha autora sostiene que para la participación del sector privado se argumentan y establecen diversos motivos y postulados de distinta naturaleza, entre los cuales se encuentran el de *reducir el control centralista del gobierno sobre el recurso y priorizar el papel de los ciudadanos para lograr una verdadera democracia del agua.*²⁰¹

Luego, no hay controversia de que el derecho al agua pertenece a los derechos económicos, sociales y culturales, considerados como pertenecientes por unos a la segunda generación de derechos humanos, y por otros a la tercera generación, pero sea cual fuere la generación lo cierto es que surgen del Estado social de derecho²⁰² o Estado de bienestar social.

²⁰⁰ Tello Moreno, Luisa Fernanda, op cit, p. 45.

²⁰¹ Op cit, p. 74 y sig.

²⁰² Acerca del Estado social de Derecho, véase obra de Ernesto Benda en *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª edición, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y Sociales, Madrid 2001 Barcelona, p-p 487 a 559.

Removido el legalismo²⁰³ de la justicia formalista por un garantismo²⁰⁴ de los llamados derechos sociales y en una aproximación a la justicia, me queda claro que con la actuación del juez garantista de los derechos humanos no se busca reemplazar a ejecutivos ni legisladores y menos es de protagonismo mediático de vacío de políticas públicas sino acatar tanto el mandato constitucional como los compromisos internacionales que voluntariamente se impuso el Estado mexicano, de manera que la justiciabilidad de los derechos humanos constituya una medida eficaz de su protección con el único afán de superar el problema para lograr el cabal cumplimiento de los derechos sociales en particular, como lo señalara el doctor José Ramón Cossío Díaz²⁰⁵ respecto a que:

[E]n el entendimiento jurídico y social acerca de lo que los jueces en general y los de carácter constitucional en particular, pueden y no pueden hacer. En la existencia de un modo cultural de entender aquello que sí, y aquello que no, pueden realizar. Como toda construcción cultural, se trata de un contenido fabricado artificialmente y aceptado como natural. Se trata de una construcción social con una aplicación particular a las normas jurídicas y entendimientos políticos, por ser ahí donde generan sus mayores alcances. Lo que le da sentido a la falta de ejecución en la materia de derechos humanos de contenido social, es la idea, simultáneamente impuesta y asumida por los jueces, de que ellos mismos no pueden cumplimentarlos

192

²⁰³ Me refiero al marco legal que dispone reglas, pero el cual no puede ni debe estar por encima de la CPEUM sino que el imperio de la ley cede ante el Imperio de la Constitución y de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y lo cual reitero tantas veces sea necesario.

²⁰⁴ Según Gutiérrez Rivas, Rodrigo, en **EL DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA EN MÉXICO; UN INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN PARA LAS PERSONAS Y LOS ECOSISTEMAS**, publicado en Infolus Publicaciones Cuestiones Constitucionales Contenido Número 18, *la teoría del garantismo constitucional parte de la idea según la cual el Estado es un instrumento creado por los ciudadanos con el objetivo principal de mejorar las condiciones de vida de todas las personas, la supervivencia de otras poblaciones animales y la sustentabilidad de los ecosistemas. En concordancia con este marco teórico considero que todos los derechos se encuentran en situación de interdependencia² y son todos exigibles igualmente en su totalidad.³ Los concibo como estrategias jurídicas de defensa y protección de aquellos bienes, necesidades e intereses que una comunidad política identifica como los más relevantes para asegurar una vida digna en el planeta, tanto de las generaciones presentes como de las futuras.*

²⁰⁵ Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana.

directamente mediante el otorgamiento de prestaciones materiales a los particulares...

Al ser **la limitación judicial de carácter cultural**, el modo de enfrentarla debe darse en ese mismo ámbito. Lo que **parece necesario, entonces, es desmitificar el límite o la construcción que hace parecer como naturales, como lo único normal y hasta posible, las restricciones judiciales.**²⁰⁶

Porque Naciones Unidas y la Organización Mundial de la Salud han establecido que el *agua es la esencia de la vida. Por eso la comunidad internacional ha tenido que cobrar conciencia de que el acceso al agua potable y al saneamiento debe encuadrarse en el marco de los derechos humanos, las normas internacionales de derechos humanos comprenden obligaciones específicas en relación con el acceso a agua potable. Esas obligaciones exigen a los Estados que garanticen a todas las personas el acceso a una cantidad suficiente de agua potable para el uso personal y doméstico, que comprende el consumo, el saneamiento, el lavado de ropa, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica.*²⁰⁷ Asimismo que los *aspectos fundamentales del derecho al agua*²⁰⁸ son:

- **El derecho al agua entraña libertades.** Estas *libertades* están dadas por la protección contra cortes arbitrarios e ilegales; la prohibición de la contaminación ilegal de los recursos hídricos; la no discriminación en el acceso al agua potable y el saneamiento, en particular por razón de la clasificación de la vivienda o de la tierra; la no injerencia en el acceso a los suministros de agua existentes, especialmente las fuentes de agua tradicionales; y la protección contra las amenazas a la seguridad personal al acceder a agua o servicios de saneamiento fuera del hogar.

²⁰⁶ En su artículo periodístico intitulado *Ineficacia de los derechos sociales*, El País, pág. 6, de 09-03-2016.

²⁰⁷ Naciones Unidas, Derechos Humanos, y la Organización Mundial de la Salud, en *El Derecho al Agua*, Folleto Informativo No. 35, p. 3.

²⁰⁸ ONU y OMS, op cit, p. 8.

- **El derecho al agua entraña prestaciones.** Estas *prestaciones* comprenden el acceso a una cantidad mínima de agua potable para mantener la vida y la salud; el acceso a agua potable y servicios de saneamiento durante la detención; y la participación en la adopción de decisiones relacionadas con el agua y el saneamiento a nivel nacional y comunitario.

De donde advierten esos intérpretes internacionales que el enfoque del suministro de agua potable y de servicios de saneamiento desde la perspectiva de los derechos humanos puede servir para impulsar la movilización de las personas, por lo que el abastecimiento de agua potable deja de ser una obra de beneficencia para convertirse en un derecho legal, con el ser humano como elemento central²⁰⁹; he allí *la participación de la comunidad en la planificación y elaboración de los programas de abastecimiento de agua y de servicios de saneamiento es esencial también para asegurar que los servicios sean pertinentes y adecuados y, por consiguiente, sostenibles a largo plazo.*²¹⁰

194

Porque si en la Observación general N° 15, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales subrayó que, en virtud del Pacto, los Estados tienen la obligación de lograr progresivamente la plena realización del derecho al agua, entonces significa que si el Estado Parte incumple con esa obligación, entonces el (los) particular(es) tiene el derecho de hacer lo que el Estado no hace (competencia delegada) porque *la obligación de realizar exige a los Estados que adopten medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, **judiciales**,²¹¹ de promoción y de otra índole adecuadas para hacer plenamente efectivo el derecho al agua.*²¹²

Porque el artículo 4° constitucional dispone terminantemente que:

²⁰⁹ ONU y OMS, op cit, p. 16.

²¹⁰ ONU y OMS, op cit, p. 17.

²¹¹ Gutiérrez Rivas, Rodrigo, op cit, señala que *entre las medidas que el Estado debe adoptar están las de: a) adecuación el marco legal; b) revelación de información, y c) **provisión de recursos judiciales efectivos en la materia.***

²¹² ONU y OMS, op cit, p. 31.

Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, **estableciendo** la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, **así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.**

Esto es, en la consecución del derecho humano al agua se establece la participación no sólo de los tres órdenes de gobierno sino también de la **ciudadanía** y cualquier duda de esa participación se disipa con la exposición de motivos en la Cámara de Origen: Diputados al señalarse²¹³ que:

*Establecer el acceso al agua como un derecho inalienable, así como atender eficazmente la gestión integral de los recursos hídricos con la corresponsabilidad de los tres órdenes de gobierno y de la **sociedad**, resulta imperante... en su defensa de los llamados derechos de tercera generación... Resulta prudente establecer a escala constitucional de manera más precisa el derecho al medio ambiente sano, en virtud de que el Estado con la participación solidaria de la **ciudadanía** debe contar con políticas públicas, que permitan prevenir y mitigar la degradación ambiental.*

En conclusión, el derecho al agua y del ambiente sano para todos es una precondición necesaria para obtener el desarraigo de la pobreza en el mundo. Por tanto, el reconocimiento formal de éste, es un paso fundamental en la actuación del derecho a la vida para todos. La calidad de vida y la salud de las personas, incluida su supervivencia, dependen del acceso al agua y el ambiente

²¹³ Grupo parlamentario PVEM, Gaceta No. 3182-II, de 19 de enero de 2011.

sano como su escenario de desarrollo, y que siendo éste conjunto un recurso natural finito, su escasez y deterioro resulta una amenaza real para la sociedad humana. Por tanto, el reconocimiento del agua como derecho humano, es un paso fundamental para el desarrollo de las poblaciones obedeciendo a la lógica de conservar la vida del individuo y su derecho al medio ambiente como el contexto de conservación y desarrollo. Por ser el acceso a los servicios básicos de agua y saneamiento un derecho fundamental, **los Estados tienen la obligación²¹⁴ de proveer estos servicios a la población en general, sin discriminación alguna, no pudiendo eximirse de este deber** bajo la justificación de falta de recursos, por lo que hace al ambiente los gobiernos y **la sociedad deben actuar en conjunto** para darles uso y aprovechamiento sustentable con la finalidad de mejorar la calidad de vida, acceder a una mejor calidad de vida y que las futuras generaciones puedan permitirse una aceptable calidad de vida.

196

Porque en términos del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es obligación de las autoridades del Estado mexicano actuar en aras de proteger el derecho que se estime vulnerado –que en el caso es el derecho humano al agua– y, en todo caso, realizar un control *ex officio* de constitucionalidad y convencionalidad de la norma pues en el caso se señaló por los quejosos como violatoria de derechos en el juicio de amparo, lo que indudablemente de una forma justificada y razonada este Tribunal Colegiado de Circuito debió de precisar por qué se derrotaba o no la presunción de su constitucionalidad.

.....

Advierto que en su debate jurisdiccional no estuvo la interpretación conforme ni el principio *pro persona*.

²¹⁴ Gutiérrez Rivas, Rodrigo, op cit, precisa que si los derechos también tienen un carácter objetivo, entonces todos los poderes del Estado quedan obligados a actuar priorizando ciertos intereses sobre otros.

Conclusión: Si a los particulares no se les permitiera cumplir con el deber constitucional que tiene impuesto voluntariamente el Estado mexicano, en reducción al absurdo en el caso singular, se estaría autorizando a que –en tanto sus autoridades o agentes adopten un proceder contumaz, o de incumplimiento– dichos particulares han de soportar o hasta tolerar la violación del derecho humano al agua, cuando su funcionalidad es entre los tres órdenes de gobierno y la propia sociedad y si así operó en el caso concreto, entonces los quejosos –al **sustituirse** al municipio en la prestación del servicio público de agua– sólo deben pagar lo que ese ente público debiera pagar por derechos, sobre todo porque los quejosos trataron de evitarse perjuicios en sus vidas y salud con el destino del agua para uso doméstico, pero no pretendieron obtener lucro con esa explotación y destino del agua,²¹⁵ en una interpretación *pro persona* y, por tanto, cubrir los derechos que debiera cubrir el municipio.

4.2 Mientras en el Amparo Directo Administrativo 465/2015 se argumentó por la sociedad quejosa que en su demanda de juicio de nulidad señaló que se dedica a la industria de la construcción y por eso tiene en aprovechamiento aguas nacionales que destina para el abasto de agua potable para los inmuebles edificados en el fraccionamiento y que tales hechos fueron reconocidos implícitamente como ciertos por el organismo tercero interesado -al contestar la demanda de juicio de nulidad- y lo cual reconoció la propia autoridad responsable en la sentencia reclamada, al establecer que no existía controversia entre las partes sobre el hecho de que -la quejosa- construyó (o estaba construyendo) el fraccionamiento; asimismo aclaró que tampoco existía controversia en relación a que los artículos 177 y 192 de la Ley de Desarrollo Urbano del Estado de San Luis Potosí, en cuanto prevén que los fraccionadores deben proporcionar los servicios que en principio deberían brindar a los municipios, conforme al artículo 115 de la Constitución Federal, donde estaba incluida el agua potable, hasta en tanto se entregara dicho fraccionamiento al municipio respectivo; y que si el agua extraída por la quejosa se destina para abastecer de agua potable a las edificaciones que realizó, pues tal es una consecuencia necesaria, tanto legal como materialmente, de haber

²¹⁵ Artículo 20 del Código Civil federal, que reconoce un principio general de derecho para resolver una controversia cuando haya conflicto de derechos.

construido un fraccionamiento habitacional, entonces el cobro de la tarifa debe ser la de beneficio que paga el municipio.

El TCC resolvió negar la protección constitucional de amparo²¹⁶ porque si con motivo de las facultades de comprobación la autoridad obtuvo información de la aquí quejosa, en torno al volumen de agua que consumió, es evidente que tal información, por disposición expresa de la norma, puede válidamente ser empleada para determinar el volumen en forma presuntiva; pero sin que desnaturalice la figura de la *presuntiva*, que tal información haya sido aportada por la propia quejosa porque, aún así, tal volumen es presunto al haberse obtenido con motivo de las facultades de comprobación y conforme a las manifestaciones unilaterales de la contribuyente; tampoco asiste razón a la solicitante del amparo al asegurar que la simple mención o aplicación de esa presuntiva le ocasiona un perjuicio adicional, porque ésta ocasionó la imposición de multas, cuando del análisis integral de la resolución determinante de los créditos, no se advierte que el haber determinado en forma *presuntiva* el volumen de agua consumido, haya sido la razón por la que se aplicaron tales consecuencias (actualización, recargos y multas), sino con motivo de no haberse pagado oportunamente y conforme a la ley las contribuciones omitidas.²¹⁷

198

¿Pero el debate jurisdiccional acerca de la sustitución? No se incorporó a la sentencia de amparo.

Tampoco coincidí con lo así decidido sino mi divergencia consistió en que:

...la persona moral quejosa afirmó en su demanda de juicio de nulidad que tiene en aprovechamiento de aguas nacionales que se destina para el abasto de agua potable para los

²¹⁶ También fue recurrida y cuya revisión 2849/2016 conoce la Segunda Sala de la SCJN, turnada a la ponencia del ministro José Fernando Franco González Salas, pendiente de resolución.

²¹⁷ Desde luego que por mayoría de los magistrados Jaime Uriel Torres Hernández y Hugo Sahuer Hernández, integrantes del Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito con residencia en Morelia, Michoacán, en sesión de 31 de marzo de 2016.

inmuebles edificados en el fraccionamiento; hechos los anteriores que fueron reconocidos implícitamente como ciertos por el organismo tercero interesado al contestar la demanda de juicio de nulidad; como lo reconoció la propia autoridad responsable en la sentencia reclamada, al establecer que no existía controversia entre las partes sobre el hecho de que la quejosa construyó (o estaba construyendo) el fraccionamiento.

Asimismo aclaró que tampoco existía controversia en relación a que los artículos 177 y 192 de la Ley de Desarrollo Urbano del Estado de San Luis Potosí, prevén que los fraccionadores deben proporcionar los servicios que en principio deberían brindar a los municipios, conforme al artículo 115 de la Constitución Federal, donde estaba incluida el agua potable, hasta en tanto se entregara dicho fraccionamiento al municipio respectivo.

De lo anterior debe derivarse necesariamente que el agua extraída por la quejosa se destina para abastecer de agua potable a las edificaciones que realizó, pues tal es una consecuencia necesaria, tanto legal como materialmente, de haber construido un fraccionamiento habitacional.

Vistos los puntos litigiosos que ahora interesan, debe destacarse que la parte toral del debate jurisdiccional fue decidir si en el caso estaba o no de por medio el derecho humano al agua y desde su identificación determinar entonces si se ejerce o no control difuso ex officio en el caso singular. Además resolver la siguiente cuestión ¿era necesario que en el caso singular se probara por la quejosa que destinó el producto extraído para la prestación del servicio público de agua?

Me parece, desde luego, que **no**, puesto que tratándose del cumplimiento de obligaciones²¹⁸ correlativas a los derechos humanos es al Estado, o a cualquiera de sus autoridades o agentes

²¹⁸ En la exposición de motivos de la adición al artículo 4º constitucional, de 19 de enero de 2011 (más adelante reseñada), se indicó que el Estado es el obligado y, por tanto, a él corresponde probar que ha cumplido con ese deber constitucional. Además que el propio TCC así ha determinado la carga de la prueba tratándose del derecho a la salud, entre otros casos, al resolver los ADA 700/2016, 719/2013, 174/2015, y 624/2015.

que sean parte en un proceso jurisdiccional, a quien corresponde probar el cumplimiento de aquel deber fundamental, de acuerdo con la jurisprudencia²¹⁹ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero no compete al particular demostrar la contumacia o incumplimiento, esto es, la carga probatoria se desplaza a la CONAGUA precisamente porque ese ente descentralizado se sustituye al Estado mexicano y, por tanto, es quien debió probar tanto que el municipio cuenta con recursos económicos para la prestación del servicio público de agua como que dicho municipio está en condiciones de recibir el fraccionamiento ya urbanizado.

¿Por qué? por los *porqué's* y la conclusión del otro voto particular que reiteraba en este otro caso.

4.3 En cuanto al Amparo Directo Administrativo 581/2015, promovido por la misma empresa dedicada a la industria de la construcción, según ejecutoria de Segunda Sala de la SCJN, *el estudio de equidad propuesto no se realizó en forma correcta* por el TCC Auxiliar y, por eso, *resultaba fundado el agravio* relativo.²²⁰ Criterio éste reiterado por dicha Segunda Sala al resolver el recurso de revisión²²¹ contra la sentencia del Amparo Directo Administrativo 465/2015.

200

²¹⁹ Caso Durand y Ugarte Vs Perú, Fondo, Sentencia de 16 de agosto de 2000; Caso Bueno Alves Vs Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007, entre otros casos.

²²⁰ Párrafo 43, de la sentencia dictada en el amparo directo en revisión 6808/2015, fallado en sesión de 29 de marzo de 2017.

²²¹ Según ejecutoria por la que resolviera el amparo directo en revisión 2849/2016, en sesión de 5 de julio de 2017, ponente: José Fernando Franco González Salas, Secretario: Joel Isaac Rangel Agüeros.

4.4 El precedente judicial de la SCJN en la materia de agua para servicios

Aunque para algunos académicos no gustan las transcripciones, para evitar un sesgo o torcer el contexto del caso, les cuento que la Segunda Sala de la SCJN determinó enfáticamente²²² que:

*...como la interpretación del artículo 223, apartados A y B, fracción I, de la Ley Federal de Derechos realizada por la autoridad administrativa fue incorrecta y tal intelección se ratificó tanto por la Sala responsable como por el tribunal colegiado de circuito, entonces esta Sala debe corregirla a efecto de precisar que el pago de la tarifa preferente prevista en la fracción I, del Apartado B, de ese precepto legal, no sólo procede en los casos expresamente ahí indicados, sino que de conformidad con lo establecido en el penúltimo párrafo del apartado A de tal numeral, igualmente es posible que los particulares (empresas públicas y privadas) con asignación o concesión para explotar, usar o aprovechar aguas nacionales y que suministren volúmenes de agua para consumo doméstico a centros o núcleos de población, accedan a esa tarifa preferente.*²²³

...

*En el caso debe tenerse en consideración que la quejosa (ahora recurrente) es una persona jurídica moral (empresa) quien afirma dedicarse a desarrollar fraccionamientos, en forma particular, en el estado de San Luis Potosí, donde desarrolla el fraccionamiento *** en el cual se localiza el “Pozo 2”, cuyo funcionamiento está amparado por la concesión número 07SLP110559/37DMGE01, la cual permite el uso, aprovechamiento y explotación de aguas nacionales subterráneas (extraídas del subsuelo) destinadas a “servicios”,... entonces eventualmente podría resultar que la concesión otorgada a la quejosa implique la prestación del servicio público de agua potable, siempre que se sustituya en el deber a cargo del municipio para prestar tal servicio, ya sea por disponerlo así la normativa aplicable, o*

201

²²² Al resolver el amparo directo en revisión 6808/2015, en cita, ponente: ministro Javier Laynez Potisek, Secretario: Carlos Alberto Araiza Arreygue.

²²³ Párrafo 65 de la sentencia en comento.

*bien, por contar con una asignación o concesión para que, en sustitución de las entidades paraestatales, preste el servicio público en comento.*²²⁴

Concluyendo la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación²²⁵ que si la *concesión permite a una fraccionadora la explotación, uso y aprovechamiento de aguas nacionales para destinarlas al uso de agua potable y que esa agua efectivamente se destina al consumo humano, entonces la consecuencia será la existencia de una sustitución del particular en las obligaciones constitucionales del municipio y, por ende, que el pago de los derechos por ese uso, aprovechamiento y explotación debe realizarse conforme a la tarifa ha pagar por los municipios.*

Asimismo se consideró en otro precedente²²⁶ que *...al analizar el planteamiento de inconstitucionalidad, el tribunal colegiado concluyó la existencia de un trato diferenciado (consistente en cuotas preferentes para ciertos sujetos) **pero no analizó a profundidad** si existe similitud, semejanza o analogía entre los sujetos para quienes son aplicables esas cuotas preferentes y la otra categoría propuesta a estudio por la parte quejosa ni menos determinó en qué supuesto se encontraba el peticionario de garantías.*

202

Lo anterior era indispensable a efecto de emprender el estudio de equidad propuesto, pues de estimar que se trataba de sujetos en situaciones jurídicas sustancialmente diferentes, no podría analizarse la pretendida inequidad de la ley combatida, además, era necesario constatar el supuesto específico en el cual se ubica la parte quejosa, pues de esa manera podría determinarse la eventual afectación causada en su esfera jurídica.

²²⁴ Párrafos 67 y 72 de la ejecutoria en trato de la SCJN.

²²⁵ SCJN en lo sucesivo.

²²⁶ En el amparo directo en revisión 2849/2016, en cita.

*Luego, como en la sentencia recurrida el estudio de equidad propuesto **no se realizó en forma correcta**, entonces resulta fundado el agravio... y, por tanto, procede que esta Segunda Sala analice el planteamiento de inconstitucionalidad vertido en la demanda de amparo.*

Después de transcribir el texto del precepto legal a comentario y de desentrañar su sentido, la Segunda Sala de la SCJN determinó que *al analizar el planteamiento de inconstitucionalidad vertido en el juicio de amparo, el tribunal colegiado de circuito concluyó que el artículo 223, fracción I, de la Ley Federal de Derechos no vulnera el principio de equidad tributaria al establecer distintas cuotas para el pago de los derechos por la explotación, uso y aprovechamiento de las aguas nacionales entre quienes cuentan con una concesión o asignación para explotar ese recurso y destinarlo al uso doméstico y quienes carecen de esos documentos, ello porque el título respectivo es el instrumento a través del cual los concesionarios de la red de aguas nacionales conocen sus derechos y obligaciones legales correspondientes a sus circunstancias particulares de aprovechamiento de aguas, por lo que se estimó que tal documento es necesario ya que de otra forma, deberá considerarse que dicha actividad se realiza de hecho, y por tanto, las cuotas aplicables deben ser diferentes a quienes cuentan con tal autorización.*

...

Lo hasta ahora expresado conduce a estimar que el planteamiento de inconstitucionalidad vertido en los conceptos de violación se hace depender de la interpretación hecha por la autoridad que determinó el crédito fiscal, pues fue ella quien estimó que la ahora quejosa no correspondía a alguno de los supuestos en los cuales la determinación de los derechos por el uso, aprovechamiento y explotación de aguas nacionales se pagaría con base en las cuotas previstas en el artículo 223, apartado B, fracción I, de la Ley Federal de Derechos.

*Luego, como la interpretación del artículo 223, apartados A y B, fracción I, de la Ley Federal de Derechos realizada por la autoridad administrativa **fue incorrecta** y tal*

intelección se ratificó tanto por la Sala responsable como por el Tribunal Colegiado de circuito, entonces esta Sala debe corregirla a efecto de precisar que el pago de la tarifa preferente prevista en la fracción I, del Apartado B, de ese precepto legal, no sólo procede en los casos expresamente ahí indicados, sino que de conformidad con lo establecido en el penúltimo párrafo del apartado A de tal numeral, igualmente es posible que los particulares (empresas públicas y privadas) con asignación o concesión para explotar, usar o aprovechar aguas nacionales y que suministren volúmenes de agua para consumo doméstico a centros o núcleos de población, accedan a esa tarifa preferente.

...

*En el caso debe tenerse en consideración que la quejosa (ahora recurrente) es una persona jurídica moral (empresa) quien afirma dedicarse a desarrollar fraccionamientos, en forma particular, en el estado de San Luis Potosí, donde desarrolla el fraccionamiento *** en el cual se localiza el “Pozo 2”, cuyo funcionamiento está amparado por la concesión número 07SLP110559/37DMGE01, la cual permite el uso, aprovechamiento y explotación de aguas nacionales subterráneas (extraídas del subsuelo) destinadas a “servicios”,... entonces eventualmente podría resultar que la concesión otorgada a la quejosa implique la prestación del servicio público de agua potable, siempre que se sustituya en el deber a cargo del municipio para prestar tal servicio, ya sea por disponerlo así la normativa aplicable, o bien, por contar con una asignación o concesión para que, en sustitución de las entidades paraestatales, preste el servicio público en comento.²²⁷*

204

Concluyendo la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación²²⁸ que si la concesión permite a una fraccionadora la explotación, uso y aprovechamiento de aguas nacionales para destinarlas al uso de agua potable y que esa agua efectivamente se destina al consumo humano, entonces la consecuencia será la existencia de una sustitución del particular en las obligaciones constitucionales del municipio y, por ende, que el pago de los derechos por ese uso, aprovechamiento y explotación debe realizarse conforme a la tarifa ha pagar por los municipios.

²²⁷ Párrafos 67 y 72 de la ejecutoria en trato de la SCJN.

²²⁸ SCJN en lo sucesivo.

Estos dos precedentes judiciales del máximo tribunal de la república en igual sentido, si bien no son de observancia obligatoria como lo es el derecho jurisprudencial, supera a los de los Tribunales Colegiados de Circuito que se comentan y no debe perderse de vista que -tales precedentes de la SCJN- son no sólo orientadores sino presentan tal fuerza respecto de los órganos jurisdiccionales inferiores que -éstos- no deben apartarse del mismo en atención a la jerarquía jurisdiccional; así como un juzgador no debe apartarse de sus propios criterios, por regla general, tampoco debe apartarse del precedente de la superioridad.²²⁹

Aun cuando de inicio se entregó la concesión para el uso, aprovechamiento y explotación de aguas destinadas a *servicios* tanto a un grupo de personas como de la persona moral que se dedica a la construcción de viviendas y por lo cual la tarifa es superior a la prevista para uso doméstico, nada impide que una vez terminado el fraccionamiento de viviendas aquellas aguas se destinen para uso doméstico, sobre todo cuando el municipio deja de cumplir con el

205

²²⁹ El Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, al resolver el juicio de amparo directo 723/2016, fallado en sesión de 24 de marzo de 2017, sostuvo, respecto de la funcionalidad del precedente judicial, lo siguiente:

PRECEDENTE JUDICIAL, VERTICAL Y HORIZONTAL: *El respeto al precedente es un límite de la actividad jurisdiccional el cual está dado por las razones de derecho con base en las cuales un juzgador resuelve un caso, pero debe decidir los casos futuros de una manera idéntica; y se compone de tres partes:*

- i) *Decisum o resolutive, generalmente sólo obliga a las partes;*
- ii) *Decidendi, es la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica;*
- iii) *Obiter dicta o dictum, es toda aquella reflexión adelantada por el juzgador al justificar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, son opiniones más o menos incidentales en la argumentación.*

*La ratio decidendi es la base jurídica directa de la sentencia en cuanto conjunto de argumentos jurídicos que permiten solucionar el problema debatido y explicar la decisión adoptada a la luz de los hechos y, por tanto, la ratio decidendi constituye el límite de la **autonomía judicial** y se divide en vertical y horizontal atendiendo a los efectos que pueda tener, puesto que el horizontal supone que un juzgador no puede separarse del precedente ya fijado en sus propias sentencias, y en el vertical no se puede apartar del mismo precedente establecido por los superiores.*

PRECEDENTE JUDICIAL, SU DESCONOCIMIENTO: *La confianza de las decisiones judiciales descansa –a la luz de los principios de seguridad jurídica e igualdad- en el respeto al derecho jurisprudencial y su precedente; de manera que su desconocimiento puede llevar a la existencia de un defecto sustantivo en la decisión jurisdiccional, en la medida en que el respeto al precedente es una obligación de todas las autoridades judiciales o jurisdiccionales dada su fuerza vinculante y su inescindible relación con la protección de los derechos al proceso debido e igualdad.*

mandato constitucional de suministrar ese servicio a los moradores del fraccionamiento y, al decantar un cambio en su destino, entonces también debe cambiar la tarifa para el pago de derechos.

Con tal interpretación de la normativa jurídica es que la SCJN endereza el entuerto jurídico del precedente judicial de los tribunales colegiados de circuito; y si bien solamente se aludió a la figura de la *sustitución* en el cumplimiento de obligaciones constitucionales a cargo del municipio por un grupo de personas particulares, subyace la aplicación del principio *pro persona*, y no la interpretación que favorece a la autoridad administrativa como implícitamente se resolviera en la primera instancia de los juicios de amparo directos en comento.

De donde advierto que el problema no es cuando algún municipio obliga a una constructora a obtener el derecho de explotación del agua para llevar a cabo sus edificaciones y por ello pagar un derecho federal²³⁰ por uso del agua para servicios -cuya tarifa es distinta al pago de ese derecho para uso doméstico del agua- sino cuando la constructora termina las edificaciones del centro habitacional y hace su entrega a los adquirentes ¿por qué? porque algunos municipios se desobligan de suministrar el servicio de agua para uso doméstico de los moradores del centro habitacional.

206

Los habitantes reciben sus viviendas y la constructora les soluciona el problema del agua para uso doméstico al aprovechar el sistema de suministro que, antes, requirieron para uso de los servicios de construcción; y los habitantes se organizan para continuar con su explotación pero ya no teniendo como fin el uso de servicios sino el de uso doméstico del agua.

²³⁰ Los derechos, al lado de los impuestos y multas, conforman el sistema tributario mexicano.

Ahora ¿en qué términos se cumplimentó la ejecutoria de amparo de la Segunda Sala de la SCJN?

La Sala del Tribunal Federal de Justicia Administrativa con sede en Morelia, resolvió que en el caso se demostró que: **i)** la parte actora es una fraccionadora; **ii)** la concesión otorgada del pozo fue para explotar, usar o aprovechar aguas nacionales para *uso en servicios*; **iii)** pero después esas aguas nacionales se destinaron para uso de agua potable por quienes adquirieron las viviendas en el fraccionamiento; y, **conclusión:** la parte actora se sustituyó en la prestación del servicio de suministro de agua al municipio de San Luis Potosí, SLP, por lo que el pago de los derechos por ese uso, aprovechamiento y explotación debe realizarse conforme al artículo 223, apartado B, fracción I, de la Ley Federal de Derechos, al actualizarse el supuesto previsto en el párrafo penúltimo del apartado A de ese precepto legal.

V. LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO AL AGUA

207

El juicio contencioso administrativo es, a no dudarlo, uno de los medios de defensa que tiene a su alcance el titular de este derecho humano para enjuiciar su incumplimiento o la deficiencia en la prestación del servicio de agua, incluso el establecimiento de los montos tarifarios; pero, en el caso de Michoacán, también el juicio de amparo indirecto constituye un medio de defensa eficaz y que se torna procedente –sin necesidad de agotar²³¹ previamente aquel juicio contencioso administrativo- con motivo de que su Código de Justicia Administrativa exige mayores requisitos para el otorgamiento de la medida cautelar que los previstos en la Ley de Amparo para la suspensión;²³² pero si la parte reclamante acude al

²³¹ O sea el principio de definitividad.

²³² Véase la jurisprudencia publicada en Época: Décima Época Registro: 160459 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro IV, Enero de 2012, Tomo 5 Materia(s): Común Tesis: XI.1o.A.T. J/45 (9a.) Página: 3984, del rubro: **AMPARO INDIRECTO. PROCEDE CONTRA LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS DE LAS AUTORIDADES DEL ESTADO DE MICHOACÁN SIN NECESIDAD DE AGOTAR PREVIAMENTE EL JUICIO ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA LOCAL, AL PREVER LA**

juicio contencioso administrativo ante el Tribunal de Justicia Administrativa de Michoacán,²³³ entonces debe continuar su reclamo hasta sentencia en esa jurisdicción ordinaria antes de promover el juicio de amparo directo, incluso cuando se trata de un grupo de personas quienes demandan el respeto o la reparación a la violación al derecho humano al agua, puesto que ese proceso contencioso administrativo resulta eficaz y eficiente para la defensa de los derechos fundamentales por lo que, a través del mismo, puede resolverse la controversia planteada por una pluralidad de actores y si éstos presentaron su demanda ante el tribunal administrativo, eso demuestra la confianza que depositaron en ese órgano jurisdiccional.²³⁴

Mas el juicio de amparo indirecto no es el inicial medio de defensa para demandar la reparación a la violación al derecho de acceso al agua sino que, antes, ha de promoverse el juicio contencioso administrativo en la jurisdicción ordinaria tanto federal²³⁵ como en las

LEY QUE LO RIGE MAYORES REQUISITOS QUE LA RELATIVA AL JUICIO DE AMPARO PARA CONCEDER LA SUSPENSIÓN.

²³³ Cuya competencia ya fue determinada en la tesis siguiente: Décima Época Registro: 2005279 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tesis Aislada Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 2, Enero de 2014, Tomo IV Materia(s): Administrativa, Común Tesis: XI.1o.A.T.25 A (10a.) Página: 3033, del rubro: **COMPETENCIA PARA CONOCER DEL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONTRA ACTOS EMITIDOS POR LOS ORGANISMOS MUNICIPALES OPERADORES DEL SISTEMA DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DEL ESTADO DE MICHOACÁN. RECAE EN EL TRIBUNAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA DE LA ENTIDAD.**

²³⁴ Conforme al criterio contenido en la tesis siguiente: Época: Décima Época Registro: 2008233 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 14, Enero de 2015, Tomo III Materia(s): Administrativa Tesis: XI.1o.A.T.37 A (10a.) Página: 1760, del rubro: **ACCIONES COLECTIVAS. LA COMPETENCIA PARA RESOLVERLAS CORRESPONDE AL TRIBUNAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA DEL ESTADO DE MICHOACÁN, CUANDO LA PLURALIDAD DE ACTORES LO ELIGIERON LIBREMENTE PARA CONOCER DE SU DEMANDA, EN ATENCIÓN AL CRITERIO DE PREVENCIÓN CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 104, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.**

²³⁵ Según la SCJN en su derecho jurisprudencial siguientes:

Época: Novena Época Registro: 181026 Instancia: Segunda Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XX, Julio de 2004 Materia(s): Administrativa Tesis: 2a./J. 95/2004 Página: 414, del rubro: **RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS IMPUGNABLES ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. PREVIO AL JUICIO DE GARANTÍAS NECESARIAMENTE DEBE AGOTARSE EL JUICIO DE NULIDAD, SALVO QUE SE ACTUALICE ALGUNA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD PREVISTO EN LA FRACCIÓN XV DEL ARTÍCULO 73 DE LA LEY DE AMPARO.**

Época: Novena Época Registro: 185065 Instancia: Segunda Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XVII, Enero de 2003 Materia(s): Administrativa Tesis: 2a./J. 155/2002 Página: 576, del rubro: **RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS IMPUGNABLES ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. EL JUICIO**

entidades federativas cuyas legislaciones establezcan los mismos elementos o menos²³⁶ que la Ley de Amparo para suspender el acto u omisión; y sólo procederá el juicio de amparo directo contra la resolución que decida esa contienda jurisdiccional. Elementos para el otorgamiento de la medida suspensiva que son extraídos de una interpretación sistemática de los artículos 107 fracción IV de la CPEUM y 61 fracción XX de la Ley de Amparo, y que son: i) los alcances; ii) los requisitos; y, iii) los plazos.

5.1 Legitimación e interés -jurídico o legítimo- para ejercer la acción

Desde luego que legitimación e interés no son sinónimos si se atiende a que la legitimación constituye un presupuesto procesal, en tanto el interés implica un requisito de procedibilidad de la acción -al igual que el plazo, la condición, y el requerimiento- y, cuya diferencia, lleva a considerar que -por ejemplo- si se entabla un procedimiento en sede administrativa contra persona determinada, ésta tendrá legitimación por su simple calidad de parte en el mismo, pero el interés va asociado con la pretensión de obtener un beneficio, provecho, o utilidad con una resolución o, bien, librarse con ésta de un gravamen, obligación o carga, esto es tiene que ver con la necesidad del reconocimiento de un derecho, o del respeto y protección de ese derecho.

209

CORRESPONDIENTE DEBE AGOTARSE, PREVIAMENTE AL AMPARO, AL NO PREVER LA LEY DEL ACTO MAYORES REQUISITOS PARA CONCEDER LA SUSPENSIÓN QUE LOS PREVISTOS EN LA LEY QUE RIGE EL JUICIO DE GARANTÍAS.

²³⁶ Como es el caso de la Ciudad de México y del Estado de México, conforme a las jurisprudencias siguientes: Época: Décima Época Registro: 160630 Instancia: Segunda Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro II, Noviembre de 2011, Tomo 1 Materia(s): Común Tesis: 2a./J. 125/2011 (9a.) Página: 496, del rubro: **TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL. LA LEY ORGÁNICA RELATIVA NO EXIGE MAYORES REQUISITOS PARA CONCEDER LA SUSPENSIÓN DEL ACTO IMPUGNADO QUE LOS PREVISTOS EN LA LEY DE AMPARO, POR LO QUE PREVIO AL JUICIO DE AMPARO DEBE PROMOVERSE EL JUICIO DE NULIDAD ANTE AQUÉL.**

Época: Décima Época Registro: 2003858 Instancia: Segunda Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XXI, Junio de 2013, Tomo 1 Materia(s): Común Tesis: 2a./J. 60/2013 (10a.) Página: 933, del rubro: **JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DEL ESTADO DE MÉXICO NO EXIGE MAYORES REQUISITOS PARA CONCEDER LA SUSPENSIÓN DEL ACTO IMPUGNADO QUE LOS PREVISTOS EN LA LEY DE AMPARO.**

Ahora ¿quién tendrá interés para demandar el respeto al derecho humano de acceso al agua, o de su reparación?

El interés jurídico surge para el usuario(s) del servicio de agua, por regla general, precisamente porque es quien se beneficia o aprovecha del servicio con motivo de una contratación; y así se ha pronunciado uno de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación en la tesis siguiente:

Época: Décima Época

Registro: 2009969

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 22, Septiembre de 2015, Tomo III

Materia(s): Común

Tesis: XI.1o.A.T.51 A (10a.)

Página: 2060

INTERÉS JURÍDICO EN EL AMPARO. QUIENES DEMUESTREN HABER SIDO USUARIOS DEL SERVICIO DE ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE DURANTE 2013, LO TIENEN PARA RECLAMAR LA INCONSTITUCIONALIDAD TANTO DE LA FACULTAD DEL AYUNTAMIENTO DE MORELIA, MICHOACÁN, PARA APROBAR LAS CUOTAS Y TARIFAS DE LOS DERECHOS CORRESPONDIENTES PARA 2014, COMO DE SU AUMENTO.

Si el quejoso exhibe una prueba documental con la que demuestra haber sido usuario del servicio de suministro de agua potable en 2013, con ello acredita su interés jurídico para reclamar la inconstitucionalidad tanto de la facultad del

Ayuntamiento de Morelia para aprobar las cuotas y tarifas de los derechos por la prestación del servicio de abastecimiento de agua potable, contenida en el artículo 54, fracción I, inciso a), de la Ley de Ingresos de ese Municipio para el ejercicio fiscal del año 2014, como de su aumento, contenido en el Decreto que establece las tarifas para el cobro de los servicios que prestan el Organismo Operador de Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Morelia y las Juntas Locales Municipales para el ejercicio fiscal del año 2014, precisamente por el carácter de usuario porque, al aplicar el principio ontológico, si el particular utilizó el servicio en 2013, es claro que va a requerirlo el año siguiente, por ser el suministro del líquido vital imprescindible en la vida de los seres humanos.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 138/2014. Organismo Operador de Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Morelia y otro. 29 de enero de 2015. Mayoría de votos. Disidente: Hugo Sahuier Hernández. Ponente: Víctorino Rojas Rivera. Secretario: Jesús Santos Velázquez Guerrero.

Esta tesis se publicó el viernes 11 de septiembre de 2015 a las 11:00 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

211

Pero lo anterior no significa que quien no sea usuario carezca de interés para reclamar el respeto al derecho humano de acceso al agua, puesto que su interés legítimo, individual o colectivo, surge por la simple calidad de persona(s) que necesaria y naturalmente necesita del agua para subsistir, pues ¿qué ser humano vive sin agua? de manera que cuando reclama(n) su violación es porque resiente *una afectación en virtud de su especial situación frente al orden jurídico* que no le respeta o garantiza el acceso al agua; pues **de no apreciarse así la funcionalidad y operatividad del derecho humano en trato, se llegaría al absurdo de supeditarlo a un derecho legal: el contrato del servicio de suministro del agua,**²³⁷ cuando

²³⁷ Desafortunadamente así fue una decisión del Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito con residencia en Morelia, al resolver que como el quejoso acreditó ser el propietario del inmueble con la escritura respectiva y en esa propiedad se ubica una casa habitación de dos niveles con la inspección, entonces es inconcuso que sí demostró el interés que le asiste para reclamar del

éste -como derecho personal derivado del mismo contrato- no puede ni debe tener la supremacía frente al derecho humano de acceso al agua de corte nacional, o internacional, sino que aquél queda supeditado a éste con motivo de la supremacía constitucional y de convencionalidad. Esto es, el interés jurídico deriva de la normativa constitucional al disponer que *toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico*; y cuando dice que *toda persona* es porque efectivamente es toda persona, sin distinción alguna, de manera que la localización del interés en la misma norma fundamental para reclamar el respeto y garantía del derecho humano en trato, incluso la SCJN así llevó a cabo interpretación en el caso del derecho de petición y la cual, por analogía con base en la regla de que donde existe la misma razón debe existir igual disposición, vale para la denuncia de violación al derecho del agua; interpretación de precedente judicial que advierto en las tesis siguientes:

Época: Quinta Época

Registro: 318677

Instancia: Segunda Sala

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo CXV

Materia(s): Constitucional

Tesis:

Página: 116

212

Organismo Operador de Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de*** la omisión de darle acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico; asimismo que como la controversia estribaba en que el peticionario de amparo atribuyó a la autoridad responsable un acto de omisión y ésta sustentó esa conducta omisiva en la falta de cumplimiento, por parte de aquél, de una condicionante necesaria para la prestación del servicio de agua potable y saneamiento para uso doméstico y personal conforme a las leyes que regulan la actividad de dicho organismo; **pero** el quejoso no allegó prueba alguna por medio de la cual demostrara que solicitó la prestación del servicio en el inmueble de su propiedad ni, por ende, que celebró contrato con la autoridad responsable a efecto de ingresar al padrón de usuarios respectivo; entonces debía concluirse que estaba justificada la omisión que se atribuyó al Organismo Operador de Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de*** y se negó el amparo. Esta decisión fue al resolver el amparo indirecto en revisión 206/2014, en sesión de 18 de junio de 2015, ponente: Hugo Sahuer Hernández, secretaria: Minerva Gutiérrez Pérez.

PETICION, INTERES JURIDICO EN EL AMPARO POR VIOLACION AL DERECHO DE.

Al reconocer el artículo 8o. constitucional el derecho de petición, y, consecuentemente, estatuir la obligación de las autoridades de acordar por escrito las solicitudes que se les dirijan y de hacer conocer el acuerdo al peticionario, no limita ese derecho sino en cuanto a la forma de su ejercicio, que debe ser por escrito, pacífica y respetuosa, y en materia política, la circunscribe a los ciudadanos; pero en manera alguna lo subordina a la procedencia o fundamentación de la solicitud, lo cual es materia de la decisión correspondiente. El citado precepto legal, **consecuente con el régimen representativo y democrático adoptado en el país**, ha consagrado como garantía individual, o sea, como derecho público subjetivo, la **facultad de las personas para elevar solicitudes a las autoridades**, y por lo mismo, **de la propia disposición constitucional dimana el interés jurídico del solicitante para reclamar la falta de acuerdo y respuesta a su petición**. En cuanto al cumplimiento de requisitos que la ley señala para obtener una autorización, es cuestión que no podría tratarse en el juicio constitucional, sino a través de la resolución que sobre esa cuestión dictara la autoridad responsable, porque de otra manera, el juzgador se substituiría indebidamente a aquélla, máxime cuando la cuestión planteada se limita a la falta de acuerdo y respuesta y no a una resolución denegatoria de la solicitud.

Juicio de amparo 5099/51. Bravo Sandoval Jorge y coags. 21 de enero de 1953. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. Tomo CXIV, pág. 136. Amparo administrativo en revisión 5384/51. Murillo Gil Oscar y coags. Unanimidad de cinco votos.

Nota: Esta tesis integra la jurisprudencia 208, del Apéndice Judicial de la Federación 1917-1985, Octava Parte, pág. 353.

Época: Quinta Época

Registro: 318802

Instancia: Segunda Sala

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo CXV

Materia(s): Constitucional, Común

Tesis:

Página: 872

PETICION, INTERES JURIDICO EN EL AMPARO POR VIOLACIONES AL DERECHO DE.

La garantía que otorga el artículo 8o. constitucional, no consiste en que las peticiones se tramiten sin las formalidades exigidas por la ley, sino en que a toda petición formulada en términos pacíficos, respetuosos y por escrito, deberá recaer acuerdo de autoridad en el sentido que corresponda, debiéndose hacer del conocimiento del peticionario en breve término; por lo que es claro que **a un quejoso a quien no se conteste una solicitud hecha** en los términos anteriormente expresados, **se le lesionan sus intereses jurídicos** en cuanto a que se le priva de la garantía individual que le otorga el citado artículo 8o. constitucional.

Amparo 3519/52. Cárdenas Murguía Antonio. 9 de enero de 1953. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Tomo CXIV, pág. 165. Amparo administrativo en revisión 1827/52. Sáez Pulido David y coags. 23 de octubre de 1952. Unanimidad de cinco votos.

No entenderlo así, se expondrían otros derechos humanos como la vida, la salud, la alimentación, al que intenta ser usuario con el consiguiente peligro de menoscabo a esos derechos fundamentales, y a otros quizás en menor medida.

Así se tiene que cuando se demanda el ilegal corte del suministro de agua, puede acontecer que esa afectación la resienta: **i)** el usuario de ese servicio, en cuyo caso bastará el contrato

relativo, o algún recibo de pago del agua, para demostrar el interés jurídico en juicio; o, **ii**) el ocupante o habitante de una vivienda, quien deberá acreditar que efectivamente la ocupa como propietario o usufructuario de la vivienda donde pide se le dé el servicio, o porque allí tiene su asiento o domicilio; o probar que la habita con motivo de algún acto jurídico (comodato, o arrendamiento por ejemplo) con cualquier medio de convicción.

Pero el derecho humano de acceso al agua no deriva ni depende de alguno de aquellos actos jurídicos sino su titularidad de aquel derecho humano es para la persona por su simple calidad de tal; de manera que la ocupación o habitación de una vivienda sólo sirve de referente para situar el lugar donde debe cumplirse, respetarse o garantizarse el derecho humano en trato.

Desde luego que la sensibilidad del juez garantista de los derechos humanos se advierte de uno de los precedentes judiciales, como lo es el del Juez Primero de Distrito en el Estado de Michoacán, con residencia en Morelia, al resolver²³⁸ el juicio de amparo indirecto 418/2015, determinó que del artículo 121 de la Ley de Agua y Gestión de Cuencas del Estado de Michoacán²³⁹ se desprende que cuando se trate de uso doméstico, como es el caso, el organismo operador del agua potable **sólo podrá limitar el suministro, no así cortarlo**, ello con independencia de que instaure el procedimiento económico coactivo para obtener mediante el embargo de bienes, el pago de los derechos respectivos; por tanto, al haberse acreditado que el servicio contratado por la quejosa, es precisamente para uso doméstico, y que el organismo operador del agua potable en lugar de reducirlo al mínimo indispensable, lo cortó, procede conceder el amparo y protección de la Justicia Federal solicitados.

215

²³⁸ El 14 de agosto de 2015; y, aun cuando la materia de protección constitucional de amparo no fue objeto del recurso de revisión 276/2015, fallado en sesión de 7 de julio de 2016 (casi un año después de la ejecutoria del ARA 206/2014), ponente: Víctorino Rojas Rivera, secretario: Luis Rey Sosa Arroyo, el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito con residencia en Morelia, señaló que con la concesión del amparo se ordena al organismo responsable a restablecer cuando menos el **mínimo vital** a la recurrente sin perjuicio de los cobros a los que se hizo acreedora y, a poder alegar en su oportunidad los créditos fiscales definitivos en el momento e instancias pertinentes para esos fines..

²³⁹ “Artículo 121. La falta de pago en dos ocasiones consecutivas, por parte de usuarios no domésticos, faculta al municipio o al prestador de los servicios para suspender los servicios públicos hasta que se regularice su pago. En el caso de uso doméstico, la falta de pago en tres ocasiones consecutivas ocasionará la disminución al mínimo indispensable de los servicios públicos”.

5.2 ¿Una asociación civil que se crea para la defensa de sus asociados, en cuanto usuarios del agua, tiene interés para reclamar el respeto y garantía del derecho de acceso al agua?

Me parece que **sí**, no obstante el precedente judicial en contrario.²⁴⁰

Así lo aprecio desde luego, en razón de que si una asociación civil insta al lado de personas en lo individual ante el tribunal de jurisdicción ordinaria y aquella agrupación defiende intereses comunes y colectivos -en cuanto usuarios del servicio de agua en una determinada colonia -por ejemplo de la ciudad de Morelia- y, por ende, hay la representación de los habitantes de esa colonia en defensa de ese líquido en una acción colectiva, entonces por su calidad de parte actora en el proceso jurisdiccional que obtuvo parte de lo pretendido tendrá interés legítimo para acudir al juicio de amparo directo, precisamente porque en la jurisdicción extraordinaria de amparo ya no se puede ni debe desconocerse esa calidad de parte que no le rechazó la autoridad responsable.

Pero puede suceder que en la sentencia reclamada se haya determinado por la autoridad responsable que la asociación civil y su presidente carecen del presupuesto de procedibilidad del interés; caso en el -me parece- **no sería legal** esa determinación en razón de que, si bien no tienen un interés jurídico, sí tienen un interés legítimo para ejercer la acción tanto jurisdiccional ordinaria como constitucional de amparo.

²⁴⁰ Sentencia de amparo directo 452/2015, del Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito con residencia en Morelia, Michoacán, por mayoría de votos de los magistrados Hugo Sahuier Hernández y Jaime Uriel Torres Hernández contra el del magistrado Víctorino Rojas Rivera.

En efecto, si la asociación representa a sus agremiados es porque guardan vinculación en la defensa del servicio de agua; puesto que, al margen de que la asociación civil y su presidente, en sí, no reciban ese servicio de agua, debe tenerse en cuenta que su interés legítimo deriva de que si la asociación civil representa a sus asociados es porque ella goza de interés legítimo para ejercer la acción administrativa en defensa de sus asociados en el servicio de agua, pero cuya como persona moral ha de instar a través de su representante; y de no partir de estas premisas, entonces:

¿para qué se constituyó la asociación civil?

¿para qué se acude a la argumentación de los intereses difusos o colectivos si después se determina que no hay interés legítimo en ellos?

De acuerdo con la nueva Ley de Amparo y el derecho jurisprudencial interno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el alcance del interés legítimo para la promoción tanto del juicio de amparo como de la acción administrativa es el mismo en una persona moral de derecho privado, por cuanto ese interés legítimo tiene que ver con la defensa de un derecho subjetivo -como en el caso es el del agua, como lo puede ser el de educación, entre otros- y para resolverlo en un caso concreto de una asociación civil en defensa de derechos colectivos sólo ha de considerarse: **i)** la naturaleza del derecho identificado en el debate jurisdiccional; **ii)** el objeto social de la asociación; y, **iii)** la afectación alegada en el caso singular²⁴¹; y siendo así, estimo aplican a la vía ordinaria las respuestas a las preguntas²⁴² **¿qué? ¿quién?** y **¿cuándo?** que se formulan en la vía extraordinaria de amparo para determinar la presencia del interés legítimo.

Trasladadas aquellas situaciones y esas interrogantes al precedente judicial que se cita, resulta que el derecho al agua es el identificado en este debate jurisdiccional, teniendo la asociación

²⁴¹ Según tesis 1ª CLXVII/2015 (10ª), registro 2009195, de rubro: **INTERÉS LEGÍTIMO DE ASOCIACIONES CIVILES EN DEFENSA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN. EL JUZGADOR DEBE ANALIZAR EL DERECHO CUESTIONADO A LA LUZ DE LA AFECTACIÓN RECLAMADA PARA DETERMINAR LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO.**

²⁴² Tesis 1ª CLXXXIII/2015 (10ª), registro 2009197, del rubro: **INTERÉS LEGÍTIMO EN EL JUICIO DE AMPARO. PARA DETERMINAR SI SE ACREDITA, DEBE RESPONDERSE A LAS PREGUNTAS ¿QUÉ? ¿QUIÉN? Y ¿CUÁNDO?**

como **objeto**²⁴³ el de recibir reclamaciones o quejas de sus agremiados y promover soluciones amigables entre ellos y el OOAPAS, asimismo defender y representar los intereses de los usuarios del agua y de la Asociación ante las autoridades competentes, administrativas y jurisdiccionales en cualquier asunto de carácter jurídico, entre otros, en tanto la afectación alegada en este caso no sólo es en perjuicio de sus asociados y, por ende, tiene el deber/derecho de defenderlos sino que además guarda relación con aquel derecho; reclamándose en el juicio contencioso administrativo ¿qué? una resolución emitida por el pleno de la Junta de Gobierno del Organismo Operador de Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Morelia (OOAPAS), de 30 de octubre de 2012, por ¿quién? los usuarios del servicio de agua de la colonia en cita y por la asociación civil solamente para los vecinos de dicha colonia que no aparecían firmando la demanda del juicio contencioso administrativo.

Las tesis aisladas y de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como la del tribunal colegiado de circuito pueden justificar -aplicando la analogía con base en la regla de que donde existe la misma razón debe existir igual disposición- este punto de vista personal, que son las siguientes:

Época: Décima Época

Registro: 2009192

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 18, Mayo de 2015, Tomo I

Materia(s): Común

Tesis: 1a. CLXXIV/2015 (10a.)

Página: 440

²⁴³ Marcados con los números 10 y 11, de la escritura constitutiva del contrato de asociación civil, según escritura 2790, tomo 52, de la Notaría Pública número 137, con residencia en Morelia

IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO. NO PUEDE ALEGARSE VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD DE LAS SENTENCIAS Y, POR ELLO, SOBRESEER EN EL JUICIO, CUANDO SE ACTUALIZA LA EXISTENCIA DE UN INTERÉS LEGÍTIMO EN DEFENSA DE UN DERECHO COLECTIVO.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que para declarar improcedente el juicio de amparo, al advertir la imposibilidad para restituir al quejoso en el goce del derecho violado, debe realizarse un ejercicio especulativo sobre una posible violación de derechos con la finalidad de determinar la eficacia para restaurar el orden constitucional que se alega violado, es decir, debe hacerse un análisis conjunto del derecho que se aduce transgredido, a la luz del acto de autoridad y su afectación, para determinar si la autoridad responsable puede repararla. Sin embargo, no es posible alegar la violación al principio de relatividad de las sentencias y, por ello, sobreseer en el juicio, cuando se actualiza la existencia de un interés legítimo en defensa de un derecho colectivo, como lo es el de la educación, pues la aceptación de dicho interés genera una obligación en el juzgador de buscar los mecanismos adecuados para remediar los vicios de inconstitucionalidad, aun cuando salgan de la esfera individual del quejoso, por lo que no sería exacto invocar la relatividad de las sentencias como causa de improcedencia del juicio, de conformidad con el artículo 1o., párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que prevé la obligación de las autoridades de garantizar los derechos humanos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, en relación con el artículo 17 constitucional, que garantiza una tutela judicial efectiva. Así, buscar las herramientas jurídicas necesarias constituye una obligación para el órgano jurisdiccional de amparo, para que, una vez identificada la violación a los derechos humanos, su decisión pueda concretar sus efectos.

Amparo en revisión 323/2014. Aprender Primero, A.C. y otra. 11 de marzo de 2015. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien reservó

su derecho para formular voto concurrente, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Ricardo Antonio Silva Díaz.

Esta tesis se publicó el viernes 22 de mayo de 2015 a las 9:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Época: Décima Época

Registro: 2009195

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 18, Mayo de 2015, Tomo I

Materia(s): Común

Tesis: 1a. CLXVII/2015 (10a.)

Página: 442

INTERÉS LEGÍTIMO DE ASOCIACIONES CIVILES EN DEFENSA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN. EL JUZGADOR DEBE ANALIZAR EL DERECHO CUESTIONADO A LA LUZ DE LA AFECTACIÓN RECLAMADA PARA DETERMINAR LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO.

De conformidad con lo que estableció el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia P./J. 50/2014 (10a.), de título y subtítulo: "INTERÉS LEGÍTIMO. CONTENIDO Y ALCANCE PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS).", para la procedencia del juicio de amparo debe tomarse en cuenta la existencia de un vínculo entre ciertos derechos fundamentales y una persona que comparece en el proceso, la cual no requiere de una facultad otorgada expresamente por el

orden jurídico, sino de la aptitud de expresar un agravio diferenciado al resto de los integrantes de la sociedad, al tratarse de un interés cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, por medio del cual pueda reclamar a los poderes públicos que actúen acorde con el ordenamiento; de ahí que con la concesión del amparo debe lograrse un efecto positivo en su esfera jurídica, ya sea actual o futuro pero cierto, como resultado inmediato de la resolución que, en su caso, llegue a dictarse. Así, tratándose del interés legítimo de asociaciones civiles en defensa de derechos colectivos, el juzgador debe realizar un estudio integral de la naturaleza del derecho, el objeto social de la asociación y la afectación que se alega. Por tanto, cuando una persona jurídica alega la transgresión del derecho a la educación por parte de las autoridades estatales, no procede sobreseer en el juicio por considerar exclusivamente que los reclamos tienen por efecto salvaguardar la constitucionalidad y la legalidad del ordenamiento, sino que es necesario analizar la pretensión aducida a la luz del derecho cuestionado, para determinar la forma en la que dicho reclamo trasciende a la esfera jurídica de la quejosa, en virtud de que el amparo tendrá por objeto reparar la violación a su esfera jurídica.

Amparo en revisión 323/2014. Aprender Primero, A.C. y otra. 11 de marzo de 2015. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Ricardo Antonio Silva Díaz.

Nota: La tesis de jurisprudencia P./J. 50/2014 (10a.) citada, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 14 de noviembre de 2014 a las 9:20 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 12, Tomo I, noviembre de 2014, página 60.

Esta tesis se publicó el viernes 22 de mayo de 2015 a las 9:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Época: Décima Época

Registro: 2007921

Instancia: Pleno

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo I

Materia(s): Común

Tesis: P./J. 50/2014 (10a.)

Página: 60

INTERÉS LEGÍTIMO. CONTENIDO Y ALCANCE PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS).

A consideración de este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el párrafo primero de la fracción I del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que tratándose de la procedencia del amparo indirecto -en los supuestos en que no se combatan actos o resoluciones de tribunales-, quien comparezca a un juicio deberá ubicarse en alguno de los siguientes dos supuestos: (I) ser titular de un derecho subjetivo, es decir, alegar una afectación inmediata y directa en la esfera jurídica, producida en virtud de tal titularidad; o (II) en caso de que no se cuente con tal interés, la Constitución ahora establece la posibilidad de solamente aducir un interés legítimo, que será suficiente para comparecer en el juicio. Dicho interés legítimo se refiere a la existencia de un vínculo entre ciertos derechos fundamentales y una persona que comparece en el proceso, sin que dicha persona requiera de una facultad otorgada expresamente por el orden jurídico, esto es, la persona que cuenta con ese interés se encuentra en aptitud de expresar un agravio diferenciado al resto de los demás integrantes de la sociedad, al tratarse de un interés cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, de tal forma que la anulación del acto que se reclama produce un beneficio o efecto positivo en su esfera jurídica, ya sea actual o futuro pero cierto. En consecuencia, para que exista un

interés legítimo, se requiere de la existencia de una afectación en cierta esfera jurídica -no exclusivamente en una cuestión patrimonial-, apreciada bajo un parámetro de razonabilidad, y no sólo como una simple posibilidad, esto es, una lógica que debe guardar el vínculo entre la persona y la afectación aducida, ante lo cual, una eventual sentencia de protección constitucional implicaría la obtención de un beneficio determinado, el que no puede ser lejanamente derivado, sino resultado inmediato de la resolución que en su caso llegue a dictarse. Como puede advertirse, el interés legítimo consiste en una categoría diferenciada y más amplia que el interés jurídico, pero tampoco se trata del interés genérico de la sociedad como ocurre con el interés simple, esto es, no se trata de la generalización de una acción popular, sino del acceso a los tribunales competentes ante posibles lesiones jurídicas a intereses jurídicamente relevantes y, por ende, protegidos. En esta lógica, mediante el interés legítimo, el demandante se encuentra en una situación jurídica identificable, surgida por una relación específica con el objeto de la pretensión que aduce, ya sea por una circunstancia personal o por una regulación sectorial o grupal, por lo que si bien en una situación jurídica concreta pueden concurrir el interés colectivo o difuso y el interés legítimo, lo cierto es que tal asociación no es absoluta e indefectible; pues es factible que un juzgador se encuentre con un caso en el cual exista un interés legítimo individual en virtud de que, la afectación o posición especial frente al ordenamiento jurídico, sea una situación no sólo compartida por un grupo formalmente identificable, sino que redunde también en una persona determinada que no pertenezca a dicho grupo. Incluso, podría darse el supuesto de que la afectación redunde de forma exclusiva en la esfera jurídica de una persona determinada, en razón de sus circunstancias específicas. En suma, debido a su configuración normativa, la categorización de todas las posibles situaciones y supuestos del interés legítimo, deberá ser producto de la labor cotidiana de los diversos juzgadores de amparo al aplicar dicha figura jurídica, ello a la luz de los lineamientos emitidos por esta Suprema Corte, debiendo interpretarse acorde a la naturaleza y funciones del juicio de amparo, esto es, buscando la mayor protección de los derechos fundamentales de las personas.

Contradicción de tesis 111/2013. Entre las sustentadas por la Primera y la Segunda Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 5 de junio de 2014. Mayoría de ocho votos de los Ministros José Ramón Cossío Díaz, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Luis María Aguilar Morales, Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Alberto Pérez Dayán y Juan N. Silva Meza; votó en contra Margarita Beatriz Luna Ramos. Ausentes: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Tesis y/o criterios contendientes:

El sustentado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo en revisión 366/2012, y el diverso sustentado por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver los amparos en revisión 553/2012, 684/2012 y 29/2013.

El Tribunal Pleno, el seis de noviembre en curso, aprobó, con el número 50/2014 (10a.), la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a seis de noviembre de dos mil catorce.

Esta tesis se publicó el viernes 14 de noviembre de 2014 a las 9:20 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del martes 18 de noviembre de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Época: Décima Época

Registro: 2009763

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 21, Agosto de 2015, Tomo III

Materia(s): Común

Tesis: XXI.1o.P.A.25 A (10a.)

Página: 2382

INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO. PARA ACREDITARLO, LAS PERSONAS MORALES PRIVADAS MEXICANAS CUYO OBJETO SOCIAL SEA LA PROTECCIÓN AL AMBIENTE EN GENERAL, DEBEN DEMOSTRAR QUE SUS INTEGRANTES SON VECINOS O HABITAN EN LA COMUNIDAD ADYACENTE AL LUGAR DONDE SE OCACIONÓ EL DAÑO.

De conformidad con el artículo 5o., fracción I, de la Ley de Amparo, el quejoso es una de las partes en el juicio de amparo, y es aquella persona (física o moral), titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, individual o colectivo, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte y, con ello, se produzca una afectación real y actual en su esfera jurídica, ya sea directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico. Así, respecto al interés legítimo tratándose de las personas morales privadas mexicanas cuyo objeto social sea la protección al ambiente en general, debe tomarse como parámetro lo previsto en el numeral 28, fracción I, de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, es decir, para acreditarlo, dichos entes jurídicos deben, al margen de que su domicilio social se encuentre ubicado en el lugar donde se ocasionó el daño al ambiente, demostrar durante la tramitación del juicio de amparo, con medios de convicción idóneos y objetivos, que sus integrantes son vecinos o habitan en la comunidad adyacente al lugar referido.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL VIGÉSIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 313/2014. Red de Organizaciones y Grupos Ambientales de Zihuatanejo, A.C. 23 de abril de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: Xóchitl Guido Guzmán. Secretaria: Berenice de los Santos Mendoza.

Nota: En relación con el alcance de la presente tesis, destaca la diversa aislada **1a. CXLIV/2015** (10a.), de título y subtítulo: "**RESPONSABILIDAD AMBIENTAL. EL ARTÍCULO 28, PÁRRAFOS PRIMERO, FRACCIÓN II, Y SEGUNDO, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, TRANSGREDE EL**

DERECHO A UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.", publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 8 de mayo de 2015 a las 9:30 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 18, Tomo I, mayo de 2015, página 456.

Esta tesis se publicó el viernes 14 de agosto de 2015 a las 10:05 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

5.3 Agua para uso doméstico

Desde luego que el derecho humano al acceso al agua atiende primordialmente al de uso personal y doméstico si se parte de la idea de que el agua es elemento esencial para la vida, salud y alimentación, entre otros derechos fundamentales; motivo por el cual el Estado ha de respetarlo y garantizarlo con lo indispensable para el **mínimo vital**;²⁴⁴ aunque ya un TCC lo dimensionó en una interpretación extensiva al uso agrícola, o para otras áreas productivas del sector primario, y lo cual hizo en relación a la Observación General No. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas;²⁴⁵ y es por eso que los prestadores del servicio de suministro de agua para uso personal y doméstico tienen una tarifa preferencial en el pago de derechos, de acuerdo al derecho legislado interno²⁴⁶ y su interpretación por la SCJN.²⁴⁷

226

²⁴⁴ El Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán determinó era fundado el motivo de nulidad, relativo a que la negativa expresa no estaba debidamente fundada ni motivada, ya que la autoridad demandada no había tomado en consideración lo manifestado por la actora en su escrito de veintiuno de enero de dos mil quince, esto es, no había considerado lo referido por la disidente de que le había sido cortado el servicio de agua potable sin existir causa legal que lo motivara y fundara, que no se le dio la oportunidad de ser oída, que **se trataba de una persona de sesenta y siete años de edad, desempleada, sin fuente de ingresos y enferma**, sin instrucción académica, y que pese a ello, había sido sometida a pagar mediante la celebración de convenios un servicio de agua que no tenía. Al resolver el juicio contencioso administrativo JA-0266/2015-III.9, el 22 de junio de 2016.

²⁴⁵ Tesis aislada 2009628 del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito con residencia en Puebla, Puebla, del rubro: **DERECHO HUMANO DE ACCESO AL AGUA. ESTÁ RECONOCIDO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE TANTO PARA EL CONSUMO PERSONAL Y DOMÉSTICO, COMO PARA EL USO AGRÍCOLA O PARA EL FUNCIONAMIENTO DE OTRAS ÁREAS PRODUCTIVAS DEL SECTOR PRIMARIO.**

²⁴⁶ Artículo 223, apartados A, penúltimo párrafo, y B, fracción I, incisos a, b, y c de la Ley Federal de Derechos.

²⁴⁷ Sentencia de amparo directo en revisión 6808/2015, de la Segunda Sala de la SCJN en cita.

5.4 ¿Los ayuntamientos municipales tienen facultad para establecer los montos tarifarios por el servicio de agua potable?

Desde luego que **no**, puesto que su marco constitucional²⁴⁸ es determinante en señalar que *los ayuntamientos propondrán a las legislaturas estatales las cuotas y tarifas aplicables a contribuciones y derechos*²⁴⁹ y, en el caso de Michoacán, se dispone que es facultad de los ayuntamientos la de proponer al Congreso del Estado las cuotas y tarifas aplicables a contribuciones y derechos;²⁵⁰ lo que significa que la facultad conferida a los ayuntamientos municipales consiste solamente en proponer -a las legislaturas- las cuotas y tarifas aplicables a los derechos, pero quien tiene la facultad de aprobarlas es la legislatura estatal.²⁵¹

Ahora, como el municipio es el primer obligado constitucionalmente a prestar el servicio de suministro de agua potable, tal deber fundamental no le da atribución para fijar motu proprio el monto de las tarifas que los usuarios han de pagar sino únicamente la de proponerlas a la

²⁴⁸ Artículo 115 de la CPEUM.

²⁴⁹ Así lo interpretó tanto la Primera Sala de la SCJN en la tesis de registro 163468, del rubro: **HACIENDA MUNICIPAL.. PRINCIPIOS, DERECHOS Y FACULTADES EN ESA MATERIA PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 115, FRACCIÓN IV, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**; como el pleno de la misma SCJN, al resolver la controversia constitucional 14/2004, de donde emergiera la jurisprudencia 124/2004, de rubro: **HACIENDA MUNICIPAL. LA CONSTITUCIÓN FEDERAL PERMITE A LAS LEGISLATURAS ESTATALES ESTABLECER TARIFAS DISTINTAS PARA EL CÁLCULO DE IMPUESTOS RESERVADOS A AQUÉLLA EN LOS MUNICIPIOS DE UNA MISMA ENTIDAD FEDERATIVA, PERO EN ESE CASO DEBERÁN JUSTIFICARLO EN UNA BASE OBJETIVA Y RAZONABLE**; y luego las diversas controversias constitucionales 15/2006 y 99/2012.

²⁵⁰ Artículo 123, II Bis de la Constitución de Michoacán.

²⁵¹ Tesis XI.1º A.T. 524 (10ª), registro 2009966, del rubro: **DERECHOS POR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE. LOS AYUNTAMIENTOS SÓLO TIENEN LA FACULTAD DE PROPONER LAS TARIFAS CORRESPONDIENTES A LA LEGISLATURA ESTATAL PARA SU APROBACIÓN, PERO NO DE CREARLAS NI ESTABLECERLAS POR SÍ Y ANTE LOS USUARIOS, EN OBSERVANCIA AL PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN)**, derivada del juicio de amparo en revisión 138/2014, fallado en sesión de 29 de enero de 2015, por mayoría de votos del magistrado Víctorino Rojas Rivera y secretaria Norma Navarro Orozco en funciones de magistrada, contra el voto del magistrado Hugo Sahuer Hernández, reiterado en el diverso juicio de amparo en revisión 356/2016, fallado en sesión de 25 de mayo de 2017, por mayoría de votos de los magistrados Jaime Uriel Torres Hernández y Víctorino Rojas Rivera, contra el voto del magistrado Hugo Sahuer Hernández.

legislatura local respectiva, en un interpretación sistemática del artículo 115 fracción IV de la CPEUM y el derecho legislado estatal correspondiente; y lo cual deriva no sólo del reparto de facultades en el sistema constitucional de competencias sino de dictaminaciones tanto sociales como técnicas en un Estado de bienestar. Así lo advierto de la tesis siguiente:

Época: Décima Época

Registro: 2009966

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 22, Septiembre de 2015, Tomo III

Materia(s): Constitucional

Tesis: XI.1o.A.T.52 A (10a.)

Página: 2059

DERECHOS POR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE. LOS AYUNTAMIENTOS SÓLO TIENEN LA FACULTAD DE PROPONER LAS TARIFAS CORRESPONDIENTES A LA LEGISLATURA ESTATAL PARA SU APROBACIÓN, PERO NO DE CREARLAS NI ESTABLECERLAS POR SÍ Y ANTE LOS USUARIOS, EN OBSERVANCIA AL PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN).

El procedimiento legislativo fiscal municipal se ubica en una potestad tributaria compartida, toda vez que en los supuestos señalados por la fracción IV del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la atribución para establecer contribuciones, originalmente reservada al órgano legislativo, conforme al artículo 31, fracción IV, de ese ordenamiento, se complementa con los principios de fortalecimiento municipal y reserva de fuentes, así como con la norma expresa que otorga a los Municipios la facultad de iniciativa, por lo que aun cuando la decisión final aún corresponde a la legislatura, ésta se encuentra

condicionada por la Norma Fundamental a dar el peso suficiente a dicha iniciativa, lo cual se concreta en la motivación que tendrá que sustentar en caso de que se aparte de ésta. Así, el artículo 111, párrafo primero, de la Ley de Hacienda Municipal del Estado de Michoacán (abrogada) establece que los derechos por la prestación del servicio de abastecimiento de agua potable, entre otros, se pagarán conforme a las cuotas o tarifas que aprueben los Ayuntamientos, en términos de la Ley del Agua y Gestión de Cuencas para el Estado. En los mismos términos se regula, por ejemplo, en el artículo 54, fracción I, inciso a), de la Ley de Ingresos del Municipio de Morelia, Michoacán, para el ejercicio fiscal del año 2014, que dispone que esos derechos se pagarán conforme a las cuotas y tarifas que apruebe el Ayuntamiento en términos de la ley citada en segundo lugar (artículo 36, fracción XIV), por lo que es en ésta y no en la de ingresos donde se ubica esa facultad municipal. Ahora, el derecho jurisprudencial interno establece que la remisión regulatoria de la tarifa, como elemento cuantitativo de las contribuciones, respeta el principio de legalidad tributaria, siempre que: i) sea sólo excepcional y se justifique; ii) contenga una regulación subordinada y dependiente a la ley; y, iii) sea indispensable por motivos técnicos o para el debido cumplimiento de la finalidad recaudatoria. En consecuencia, la remisión regulatoria descrita no se justifica, porque ese requisito técnico puede ser subsumido en la competencia que se desprende de los artículos 115, fracción IV, inciso c) y tercer párrafo, constitucional y 123, fracción II Bis, de la Constitución Política de la propia entidad federativa, preceptos en los que los Ayuntamientos sólo tienen la facultad de proponer las tarifas aplicables a los derechos referidos a la Legislatura Estatal, pero no de crearlas ni establecerlas por sí y ante los usuarios, en observancia al principio de jerarquía normativa, puesto que la ley no es superior a la Constitución.²⁵²

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO.

²⁵² Precedente que este TCC ha reiterado en otros casos, siendo el último el del amparo indirecto en revisión 356/2016, fallado en sesión de 25 de mayo de 2017, por mayoría de votos de los magistrados Jaime Uriel Torres Hernández y Victorino Rojas Rivera contra el voto del magistrado Hugo Sahuer Hernández.

Amparo en revisión 138/2014. Organismo Operador de Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Morelia y otro. 29 de enero de 2015. Mayoría de votos. Disidente: Hugo Sahuer Hernández. Ponente: Víctorino Rojas Rivera. Secretario: Jesús Santos Velázquez Guerrero.

Esta tesis se publicó el viernes 11 de septiembre de 2015 a las 11:00 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

5.5 Agua para uso de servicios

Este preciado líquido también puede tener como destino el de servicios, ya para la industria de la construcción ya cuando las aguas se utilicen en la industria minera, en los ingenios azucareros y en la industria de la celulosa y el papel, la industria refresquera, entre otras actividades; y eso es lo que determina la diversidad de cuotas tarifarias en el sistema tributario mexicano.

230

La diversificación de estas cuotas cumple con el principio de proporcionalidad²⁵³ y equidad²⁵⁴ tributarias, no transgrede el artículo 28 constitucional²⁵⁵ ni la garantía de seguridad jurídica²⁵⁶ y tampoco la garantía de legalidad,²⁵⁷ incluso la reclasificación de un municipio de zona de disponibilidad a una superior -a la que antes se encontraba- respeta los principios de proporcionalidad²⁵⁸ y equidad²⁵⁹

²⁵³ Tesis P./J.81/97, registro 197482; P.CXVII/2000, registro 191357; de la SCJN;

²⁵⁴ Tesis P.XXIII/95, registro 200361; P./J.82/97, registro 197481; 1ª CCXLI/2007, registro 170977; todas de la SCJN.

²⁵⁵ Tesis P./J.22/98, registro 196725 de la SCJN.

²⁵⁶ Tesis 2ª III/2011, registro 162875, de la SCJN.

²⁵⁷ Tesis 2ª IV/2011, registro 162876; y 1ª CXCIV/2014, registro 2006474, ambas de la SCJN.

²⁵⁸ Tesis P.CXX/2000, registro 191354, de la SCJN.

²⁵⁹ Tesis P.CXXI/2000, registro 191353, de la SCJN.

Mas la obligación de pagar sobre el volumen de agua concesionada que no es explotada, usada o aprovechada **sí** resulta violatoria del principio de proporcionalidad, toda vez que no se produce el hecho que debe generar el derecho, esto es, la normativa jurídica establece una carga tributaria que no se justifica al no producirse el hecho que debe generarla, a saber, la explotación, uso o aprovechamiento de un bien del dominio público.²⁶⁰ Una normativa jurídica que sanciona la no explotación o el no consumo del total del volumen de agua concesionada implica no sólo un contrasentido que taladra la inteligencia humana sino una política no ambientalista, pues en lugar de premiar al concesionario que reduce el consumo del bien público, o que procura su eficiencia y no desperdicio, lo castiga por cuidar ese bien, que es el agua.

VI. DEL LEGALISMO AL GARANTISMO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

231

Si, como ya se indicó, el juzgador removiera su tradición del legalismo²⁶¹ de la justicia formalista por un garantismo²⁶² de los llamados derechos sociales y en una aproximación a

²⁶⁰ Según derecho jurisprudencial de la SCJN siguiente: Época: Novena Época Registro: 191105 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XII, Septiembre de 2000 Materia(s): Constitucional, Administrativa Tesis: P./J. 95/2000 Página: 5, del rubro: **AGUAS NACIONALES. EL ARTÍCULO 222 DE LA LEY FEDERAL DE DERECHOS VIGENTE EN MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO, EN CUANTO ESTABLECE LA OBLIGACIÓN DE SU PAGO SOBRE EL VOLUMEN DE AGUA CONCESIONADA QUE NO ES EXPLOTADA, USADA O APROVECHADA, VIOLA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 31, FRACCIÓN IV, CONSTITUCIONAL.**

²⁶¹ Me refiero al marco legal que dispone reglas, pero el cual no puede ni debe estar por encima de la CPEUM sino que el imperio de la ley cede ante el Imperio de la Constitución y de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y lo cual reitero tantas veces sea necesario.

²⁶² Según Gutiérrez Rivas, Rodrigo, en **EL DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA EN MÉXICO; UN INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN PARA LAS PERSONAS Y LOS ECOSISTEMAS**, publicado en Infolus Publicaciones Cuestiones Constitucionales Contenido Número 18, *la teoría del garantismo constitucional parte de la idea según la cual el Estado es un instrumento creado por los ciudadanos con el objetivo principal de mejorar las condiciones de vida de todas las personas, la supervivencia de otras poblaciones animales y la sustentabilidad de los ecosistemas. En concordancia con este marco teórico considero que todos los derechos se encuentran en situación de interdependencia² y son todos exigibles igualmente en su totalidad.³ Los concibo como estrategias jurídicas de defensa y protección de aquellos bienes, necesidades e intereses que una comunidad política identifica como los más relevantes para asegurar una vida digna en el planeta, tanto de las generaciones presentes como de las futuras.*

la justicia, me queda claro que con la actuación del juez garantista de los derechos humanos no se busca reemplazar a ejecutivos ni a legisladores menos se busca el protagonismo mediático del vacío de políticas públicas sino acatar tanto el mandato constitucional como los compromisos internacionales que voluntariamente se impuso el Estado mexicano, de manera que la justiciabilidad de los derechos humanos constituya una medida eficaz de su protección con el único afán de superar el problema para lograr el cabal cumplimiento de los derechos sociales en particular.

Luego, en casos como los que comento, es obligación de las autoridades del Estado mexicano actuar en aras de proteger el derecho que se estime vulnerado –que en el caso es el derecho humano al agua– y realizar un control *ex officio* de constitucionalidad y de convencionalidad de la norma, o del proceder de la autoridad²⁶³ obligada a respetar el derecho humano en comento, cuando en aquellos casos se señaló su violación por los peticionarios de amparo, lo que de una forma justificada y razonada debió de resolverse por qué se derrotaba o no la presunción de su constitucionalidad.²⁶⁴

232

²⁶³ Santiago Corcuera opina que el relator especial de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos al Agua Potable y al Saneamiento, Léo Heller, al concluir el 12 de mayo de 2017 su visita a México, señaló: *Entre las carencias, el relator señala una muy vergonzosa, que es que, a pesar de que la reforma constitucional de 2012 obligó a que el Congreso de la Unión emitiera una Ley General sobre Agua y Saneamiento a más tardar un año después de su adopción, a la fecha, 5 años después, dicha ley no existe. También indica que las autoridades presumieron que 94% de la población mexicana tiene acceso al agua potable y 93% al saneamiento, pero más adelante, afirma que dichas estadísticas no se traducen en acceso real al agua y al saneamiento en las casas de las personas, que es dramáticamente inferior, por lo que le preocupa la posibilidad de que haya cierta autocomplacencia basada en las cifras mencionadas, pues, dice, hay significativas partes de la población para quienes la prestación de servicios de agua y saneamiento es extremadamente limitada o no existente. Afirmó: Uno de los elementos que destaca el relator es que, en materia de acceso al agua, prevalece la discriminación. Destaca que los pueblos indígenas constituyen una significativa proporción de la población mexicana, y un alto porcentaje de ellos viven en pobreza y situaciones de marginación, y que era evidente para él que los pueblos indígenas a menudo enfrentan los retos más severos en cuanto a la provisión de agua y saneamiento.* 03/06/2017 02:17 El Universal (periódico de México).

²⁶⁴ Votos particulares del magistrado Víctorino Rojas Rivera en los ADA 464/2015 y 465/2015.

Les cuento que, no obstante los precedentes judiciales en cita, en un caso²⁶⁵ de amparo -en el que se cuestionó la facultad del ayuntamiento municipal para modificar, para efectos del monto tarifario en el pago del servicio de agua, la zona en de popular a media- se advirtió el proceder ilegal en la reclasificación, cuando:

Del examen al acto reclamado se obtiene que la autoridad responsable determinó con base en las pruebas que fueron aportadas al juicio contencioso administrativo local:

Bimestralmente de manera unilateral el organismo impone la clasificación que corresponde a la colonia citada y ello es suficiente para considera que efectivamente los actos de pago que realizan los usuarios son de tracto sucesivo, dado que si bien tienen como fin cubrir el costo del consumo de agua potable, lo cierto es que su emisión es periódica, por cargos diferentes atendiendo al consumo, considerando la zona económica en la que se estratifica en cada ocasión a la colonia*** ante la omisión del decreto de antecedentes de clasificar expresamente a la colonia en la estructura tarifaria.

233

La clasificación de las zonas es un elemento determinante para el monto de las tarifas, con base en el Decreto que las establece, sin embargo, al no contener la disposición fiscal vigente sobre la zonificación, el organismo la efectuó motu proprio en los recibos de cobro que emite y es motivo suficiente para considerar que tampoco dicha clasificación o estratificación puede establecerse válidamente en los contratos de adhesión para adquirir el servicio de suministro de agua potable y alcantarillado, atendiendo a la naturaleza de la contribución, la cual debe estar establecida en la norma general.

²⁶⁵ Amparo directo 712/2016, fallado en sesión de 24 de marzo de 2017, por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito con residencia en Morelia, Michoacán, siendo ponente: magistrado Jaime Uriel Torres Hernández, y secretaria: Lucía Elena Higareda Flores.

Si en el oficio*** de treinta de octubre de dos mil doce, quedó asentado que el establecimiento de tarifas y zonas se sustenta en los artículos 9 y 10 del Decreto y en ellos no se aprecia que la colonia*** se encuentra clasificada como zona media, es claro que dicha clasificación contenido en los recibos de cobro exhibidos, no tiene sustento jurídico y es ilegal.

Después de declarar la ilegalidad de la clasificación de la colonia*** que hizo el organismo para determinar la tarifa correspondiente al año dos mil doce y considerando que dicha ilegalidad no puede llegar al extremo de eximir de pago a los actores por los servicios de suministro de agua potable realmente recibidos, para colmar ese vacío, y determinó asignar una de las clasificaciones que establece el referido decreto tarifario del ejercicio dos mil doce, con el único propósito de lograr la restitución de los derechos afectados a dicha parte actora y sin que ello implicara esa clasificación que trascendiera más allá del ejercicio dos mil doce a que se constreñía ese fallo.

234

No resultó procedente que los efectos de la nulidad se extendieran a todos los habitantes de la colonia*** ni de los contratos de adhesión. Al ser la clasificación contenida en el Decreto tarifario para dos mil doce, la que se aplicó en el acto impugnado y directamente en el cobro de servicios de los impugnantes por así reconocerlo el organismo, es claro que correspondía que estuvieran establecidas en una ley emitida por el Congreso del Estado y no a través de un Decreto o reglamento municipal.

Determinó que era fundado pero insuficiente el concepto de violación indicado, para ordenar que se modificaran los contratos de adhesión que suscribieron los impugnantes con el organismo municipal para que paguen el servicio de agua potable con tarifa popular en forma indefinida, si atendiendo a la naturaleza de la contribución reclamada —pago de derechos— ésta debe estar prevista expresamente en una norma, atento al principio de legalidad, conforme al cual las autoridades deben hacer lo que la ley les permite, es decir, no es en los

referidos contratos en donde deba asignarse una clasificación o estratificación para cubrir el pago por la referida contribución, por lo tanto, consideró improcedente ordenar la modificación de los contratos de adhesión

De lo anterior destaca que el punto de litis del que se solicita la protección y el amparo de la justicia federal, es precisamente la modificación o corrección de los contratos de adhesión y los recibos de pago para que, no sólo por el ejercicio fiscal dos mil doce sino de manera indefinida, se cobre el pago de derechos por el suministro del agua potable, como zona tipo popular a esa colonia.

Para ello es necesario establecer que por objeto de la decisión se entiende normalmente, el bien corporal o incorporal que se reclama en juicio.

Por causa de la decisión se entiende, el fundamento inmediato del derecho que se ejerce. Es la razón de la pretensión aducida en el juicio.

La cosa discutida debe ser determinada con toda precisión.

En efecto, los contratos de adhesión celebrados entre los actores del juicio administrativo que se les tuvo por admitida la demanda con el organismo operador de agua potable, alcantarillado y saneamiento de(l) municipio, por una consecuencia jurídica, —aun cuando no fueron exhibidos en el juicio contencioso administrativo local— deben ser modificados o rectificadas, de zona habitacional media, a habitacional popular, ya que ese dato se advierte de los recibos de pago que en cambio sí fueron allegados al juicio; lo anterior, porque desde el quince de febrero de mil novecientos setenta y nueve, la entonces Junta de Planeación y Urbanización del Estado*** emitió el oficio*** que contiene un acuerdo administrativo en

el que declaró la autorización definitiva que clasificó como fraccionamiento habitacional tipo popular a la colonia***, lo cual se encuentra demostrado en autos, consistente en el Decreto de clasificación de colonia tipo popular que le atribuyó esa calidad.

Pues resulta **ilegal** la decisión de que con base en los contratos de adhesión celebrados entre las partes que dan origen a los recibos de pago, consta que la colonia*** se clasifica como tipo media y eleva el costo del servicio, así como que no se modifiquen en este aspecto o se restrinja a que sea sólo por el ejercicio fiscal dos mil doce.

Lo anterior es así, por haber demostrado la quejosa que la colonia citada fue legalmente catalogada como de tipo popular sin que en algún momento posterior haya surgido algún cambio de reclasificarla como de tipo medio, entonces por razonabilidad, la medida de modificar o corregir los contratos de adhesión y por consecuencia los recibos de pago, debe de ser tomada por el tiempo en que no ocurra una reclasificación de la colonia*** de tipo popular a tipo medio, obviamente por las autoridades competentes; esto es, la modificación o corrección del contrato de adhesión deberá perdurar en el tiempo, mientras no exista una reclasificación legal de esta colonia y que con base en ella se le puedan aplicar las tarifas de zona habitacional media.

Entonces si ya quedó firme la decisión de que el organismo ahora tercero interesado violó los derechos fundamentales de los quejosos al haber reclasificado unilateralmente la colonia*** de zona popular y tipo media y haber efectuado el cálculo de los pagos del servicio con esta tarifa, es inconcuso que si se limitan sus efectos a sólo el año fiscal dos mil doce, seguirán violándose los derechos fundamentales de los quejosos en los siguientes ejercicios fiscales, donde no exista una reclasificación de la colonia, realizada por el órgano a quien le compete.

Una taza de café para consumo personal por una persona de zona popular tiene el mismo precio para la persona de zona habitacional media o alta, puesto que han de pagar el mismo valor económico por su adquisición, lo que sucede con la compra de agua envasada para consumo; esto es, los ingresos bajos, medios o altos no inciden en el precio. Pero en un Estado Social de derecho, aquella situación socioeconómica sí debe influir en los montos tarifarios a cubrir por los servicios públicos que presta el Estado en cualquiera de sus tres órdenes de gobierno ante no sólo su estado de necesidad sino además por su situación de vulnerabilidad.

Aplicar los derechos económicos y sociales en los casos, inclusive ejerciendo el control judicial ex officio, es aspirar a un *Estado de Bienestar Social* y así allanar lo azaroso de su transitar para generar una cultura de respeto de los derechos humanos a partir de su núcleo duro a la vez principio: la dignidad humana, porque no es una arbitrariedad ni exceso en el ejercicio del poder público por los jueces sino solamente un entendimiento de aquellos derechos, recorriendo así el velo oscuro del confort y del statu quo del sistema de cosas.

237

VII. FUENTES DE INFORMACIÓN

Bibliográficas.

2º Informe sobre el Derecho Humano al Agua y al Saneamiento en el ámbito rural de Nicaragua, septiembre de 2015, ONU

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles, Editorial Trotta, Madrid, 1ª reimpresión, 2014.

BENDA, Ernesto en *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª edición, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y Sociales, Madrid 2001 Barcelona.

GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo, en “El Derecho Fundamental Al Agua En México; Un Instrumento De Protección Para Las Personas Y Los Ecosistemas”, publicado en *Infolus Publicaciones Cuestiones Constitucionales* Número 18, México

MARTÍNEZ ALCÁNTAR, Jorge Isaac, en su ensayo *La Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en México y la Necesidad del Estado Mexicano de Ratificar el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Universidad Iberoamericana, México, marzo de 2016.

PISARELLO, Gerardo, *Los Derechos Sociales y sus Garantías. Elementos para una Reconstrucción*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.

ROJAS RIVERA, Víctorino "La justiciabilidad de los derechos a la salud y al agua cómo derechos económicos y sociales", *Revista de Derecho, Debates & Personas* número 10, Colombia, noviembre de 2016.

TELLO MORENO, Luisa Fernanda, en *El Acceso al Agua Potable como Derecho Humano*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2008.

238

Normativas.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Institucionales.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.*

REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA LABORAL. SUS RETOS²⁶⁶

Héctor Arturo MERCADO LÓPEZ²⁶⁷

SUMARIO. I. *Introducción.* II. *Los derechos humanos en el derecho laboral.* III. *El derecho laboral en la historia.* IV. *El derecho laboral mexicano en la actualidad.* V. *La reforma laboral de 2017.* VI. *Conclusiones.*

PALABRAS CLAVE. Derecho laboral, reforma, derechos humanos, actualidad.

I. INTRODUCCIÓN.

Buenas tardes. Muchas gracias. Para mí es un honor estar aquí con ustedes. Agradezco a todos los organismos que se encargaron de impulsar este evento de reflexión sobre la Constitución de 1917, a cien años de su promulgación. Aprecio mucho al Licenciado Alejandro Tinoco que me ha hecho el favor de invitarme. Con todo gusto acepté estar con ustedes.

El tema del que voy a hablar ha generado expectativa y preocupación en el mundo del derecho, en particular el derecho del trabajo. La reforma laboral que entró en rigor en febrero de este año es, me atrevo a decir, después de las leyes de 1931, 1970 y 1980, la cuarta reforma más importante en materia laboral de los últimos cien años en México. Para entender la magnitud de la reforma, primero debemos reflexionar un poco sobre el significado que tiene

²⁶⁶ Transcripción de la Conferencia intitulada “Reforma constitucional en materia laboral. Sus retos.”, pronunciada por el Magistrado Héctor Arturo Mercado López en el marco del “3er Seminario Nacional de derechos Humanos y Amparo. En conmemoración a los 100 años de la Constitución de 1917”, el 16 de Junio de 2017 en la Ciudad de Morelia, Michoacán.

²⁶⁷ Magistrado del Décimo Sexto Tribunal Colegiado en materia del trabajo en el Primer Circuito.

trabajo, como actividad humana vital y como figura jurídica, en el contexto del derecho mexicano.

II. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO LABORAL.

Si hablamos de derechos humanos, creo que todos podemos estar de acuerdo en que el más importante es la vida. Para mí, el segundo más importante es el trabajo. Algunos dirán que la salud es más importante. Sin duda la salud tiene preminencia, pero en la práctica es un derecho condicionado. En nuestro país, para acceder a la salud uno necesita tener trabajo, pues sólo así se cuenta con seguridad social o se tienen los recursos para pagar la medicina privada. El Estado mexicano no sabe darle protección a toda su población en términos de salud si no se es un trabajador. La mitad de la población económicamente activa no está protegida por la Ley Federal del Trabajo, porque vive en la informalidad, porque se desempeña bajo regímenes económicos que no están contemplados en la legislación laboral. De 52 millones de personas en condiciones de trabajar, la mitad, unos 26 millones, no tiene seguridad social plena. Trabajar es un requisito para ejercer el derecho a la salud, y por lo tanto conculcar el derecho al trabajo equivale a conculcar el derecho a la salud.

240

Se dice, por ejemplo, que el narcotráfico es un delito contra la salud. Bien, seamos serios, ¿queremos luchar contra el narcotráfico? Muy sencillo, no saquemos los ejércitos a las calles, cumplamos con la Ley Federal del Trabajo, leamos en su artículo segundo la definición del trabajo digno y hagámosla extensiva a toda la sociedad. No hay mejor medio para impedir que la fuerza laboral del país se desperdicie en la narco delincuencia que crear empleos bien remunerados para todos. No hay mejor medio para impedir que los jóvenes se evadan de la realidad con estupefacientes que transformar esa realidad en algo mejor haciendo del trabajo un derecho universal.

El derecho del trabajo influye también en el derecho familiar. Es a través del trabajo como el jefe de familia, hombre o mujer, va a obtener los recursos para mantener a su pareja y a sus hijos, y si contar con un sueldo estable es el único medio a su alcance para cumplir sus obligaciones familiares, el Estado debe garantizárselo. Del desempleo se pasa a la informalidad, de la informalidad a la ilegalidad, y de la ilegalidad a la delincuencia hay pasos sucesivos, dependiendo de la presión y de la tragedia que cada familia vive. La primera causa de la delincuencia es el desempleo, la segunda yo diría que son los empleos precarios y mal pagados que no satisfacen las necesidades de la población y no le ofrecen ningún futuro.

Si miramos al mundo desde la perspectiva de los derechos humanos, debemos entender que la salud, la familia, el trabajo y el medio ambiente son los cuatro núcleos de la vida colectiva, y en mi opinión son derechos fundamentales de carácter social que deben ser defendidos. Pero en la legislación el medio ambiente no forma parte del derecho social, y la familia tampoco, pues la regula el Código Civil, cuando son derechos sociales porque establecen un vínculo esencial entre el individuo y la comunidad.

Dada la trascendencia del derecho del trabajo en todos los aspectos de la vida humana, la primera pregunta que nos debemos hacer al hablar de él es: ¿cómo queremos ver a nuestro país dentro de cincuenta años? ¿Queremos un país donde todos gocen un nivel de vida aceptable? ¿Queremos un país que cumpla las expectativas que cualquier persona razonable tiene de vivir en paz, tranquila, cultivada, en armonía con su entorno, solidaria y generosa, provista de medios económicos, así como de herramientas reflexivas y críticas, para contribuir al desarrollo de la sociedad? Estos ideales se pueden entender de muchas maneras, y nuestros políticos los enarbolan con entusiasmo los dos meses previos a cada elección (después los olvidan). Pero, aparte de cómo se hayan de entender los ideales de la vida democrática del país, de cómo se los haya de traducir en tareas concretas, el hecho es que para hacerlos realidad hacen falta las leyes. Si el derecho del trabajo es la condición para lograr un ejercicio efectivo de los derechos humanos, la legislación laboral debería ser una

de las bases del estado de derecho. Así debería ser en cualquier parte del mundo. ¿Acaso ocurre en México?

III. EL DERECHO LABORAL EN LA HISTORIA.

Veamos un poco de historia. La Constitución de 1917, como proyecto de protección de derechos individuales y colectivos y como diseño institucional para la ejecución de las leyes, regula el derecho del trabajo en calidad de derecho social. Nos enorgullecemos de que México haya sido el primer país que elevó los derechos sociales al rango de leyes fundamentales. En efecto, el Congreso Constituyente incorporó los derechos sociales a la Constitución de 1917, y los incorporó con gran fuerza. Los derechos sociales fueron concebidos por un conjunto de intelectuales influenciados por ideas que iban entre el socialismo y el anarquismo y que se inspiraban en la praxis de los movimientos obreros de aquella época. Estos personajes lamentablemente no formaron parte de la lucha armada, llegaron, vía el movimiento revolucionario campesino, ante la posibilidad del Congreso de impulsar la ley laboral por encima de la propuesta de Venustiano Carranza, que no contenía el capítulo de derechos sociales. Pero, a pesar de no haber sido incorporado al texto constitucional como fruto de la lucha armada, el proyecto de los derechos sociales fue muy bueno y representó un gran avance.

242

En cien años nos hemos encargado de dismantelar los derechos sociales consagrados en la Constitución, para que no se cumplan. Un caso paradigmático es el de los trabajadores al servicio del Estado, para quienes no se reconoce plenamente la relación laboral. El artículo 123 Constitucional decía que la ley protege cualquier contrato de trabajo, esto, es cualquier relación donde una persona se hace patrón y otra trabajador. La ley no hacía distinciones de quién era el patrón y quién era el trabajador. Si ustedes van al texto original del artículo 123 se van a dar cuenta de que no existe distinción de ese tipo. Sin embargo, en los años veinte, cuando se empiezan a crear las leyes estatales del trabajo (porque en esa época no existía una

ley laboral federal), se negó que entre el gobierno y los trabajadores al servicio del Estado hubiese una relación obrero-patronal: ni el gobierno tenía las obligaciones de un patrón cualquiera ni las personas a su servicio tenían los derechos de un trabajador cualquiera. Por las finalidades profundas que el quehacer burocrático cotidiano tiene de servicio social, de servicio a la comunidad y de conjunto de políticas dirigido a la sociedad, los empleadores gubernamentales negaron ser patronos y dijeron que a ellos no les era aplicable la ley. Entonces en los años veinte se dieron fenómenos desiguales, algunos estados protegían a los trabajadores en sus leyes, otros no. Cuando este fenómeno se extendió al ámbito federal, ocurrió que durante muchos años hubo un vacío legal por el cual no existía una legislación aplicable para los trabajadores al servicio del Estado.

Aún hoy la Suprema Corte de Justicia y muchos tribunales usan el término de “patrón equiparado” para referirse a la autoridad empleadora del trabajador al servicio del Estado. Eso es una falacia, es una mentira, no existe. La autoridad es un patrón, punto. No hay fundamento jurídico para llamarla “patrón equiparado”, ni en la Constitución ni en ningún título de ley.

Hubo algunos intentos para reglamentar los derechos de los trabajadores gubernamentales. En 1934, el Presidente Abelardo L. Rodríguez emitió un estatuto sobre organización y funcionamiento del servicio civil. Por dicho estatuto se establecieron Comisiones del Servicio Civil, cuya finalidad era garantizar la inamovilidad de los servidores públicos. Ante ellas debía acreditarse la causa fundada para separar a un trabajador de su empleo.

En 1938, el Presidente Lázaro Cárdenas expidió el Estatuto de los Trabajadores al Servicio de los Poderes de la Unión, en el que se creó el Tribunal de Arbitraje como órgano jurisdiccional. En 1941, el Tribunal de Arbitraje devino autoridad jurisdiccional en única instancia para conocer de los conflictos entre el Estado y sus trabajadores. Aunque la intención del General Cárdenas —no quede duda de ello— era proteger a los servidores

públicos, la consecuencia de su estatuto fue que la división de los trabajadores entre aquellos al servicio del Estado, por un lado, y los trabajadores en general, por el otro, quedó legitimada y se perpetuó, cuando la Constitución de 1917 había establecido que debía regir la misma ley para todos.

Los trabajadores al servicio del Estado tienen conculcados varios de sus derechos. Tienen ventajas en lo individual, pero desventajas en lo colectivo. Y tienen ventajas en lo colectivo pero desventajas en términos de estabilidad en el empleo. Por ejemplo, los trabajadores de confianza —ustedes bien lo saben— no tienen derechos en México. Aquí es el único país donde se legisla para expulsar a un amplio sector de la población de la protección legal. La fracción XIV del apartado B del artículo 123 Constitucional dice: “La ley determinará los cargos que serán considerados de confianza. Las personas que los desempeñen disfrutarán de las medidas de protección al salario y gozarán de los beneficios de la seguridad social”. La interpretación de jurisprudencia es que si la Constitución nada más dice que los trabajadores de confianza tienen derecho a la protección del salario y a la seguridad social, por lo tanto no tienen derecho a la estabilidad en el empleo. El apartado A dice que un trabajador sólo puede ser despedido por las causales que figuren expresamente en la ley, la voluntad unilateral del patrón no es factor de despido justificado. Pero en el apartado B, tratándose de trabajadores de confianza, al no tener éstos estabilidad en el empleo, la sola voluntad de la autoridad basta para despedirlos. La Ley de los Trabajadores al Servicio del Estado establece en su artículo 8 que su régimen jurídico será aplicable para todos los trabajadores del Estado menos para los de confianza, quienes quedan excluidos de la protección de la ley y sin derechos colectivos. Muestra de ello, el artículo 70 dice que los trabajadores de confianza no podrán formar parte de ningún sindicato. Tampoco tienen, según una interpretación Corte que yo no comparto, derecho al escalafón.

La historia del derecho en México es una historia de degradación jurídica. Habiendo un artículo 123 amplio, profundo, de gran aliento, con la visión de aquellos hombres, se fue dividiendo con el tiempo en apartados y fracciones. Las subdivisiones definían de manera

estricta cierto tipo de trabajadores especiales al interior, y a cada trabajador de la clasificación, conforme se delimitaban sus características, se le fueron quitando derechos, coartándoseles con ello el ejercicio de otras libertades, para evitar que al final de la historia no pudieran ejercer a plenitud ni sus derechos más elementales.

Mario de la Cueva propuso la famosa triada del derecho laboral. (1) Hay una serie de derechos individuales que todo trabajador tiene por el simple hecho de serlo: protección del salario, seguridad social, etcétera. (2) Como el trabajador se encuentra en un estado de desigualdad económica y social frente al patrón, porque el patrón siempre será más poderoso que él, los trabajadores deben contar con derechos colectivos que les permitan igualar fuerzas con el patrón como grupo: sindicalización, negociación colectiva, reglamentación interna de empresas y huelga. (3) Debe haber un procedimiento jurídico para la materia laboral. El trabajador tiene derecho a resolver los conflictos que llegue a tener con el patrón o con el sindicato por medio de un tribunal dedicado a lo laboral. En México este órgano jurisdiccional han sido las Juntas de Conciliación y Arbitraje. Veremos de qué manera los tres tipos de derechos laborales han sido conculcados en nuestro país.

245

Para empezar, en la impartición de justicia laboral hay un rompimiento total del procedimiento respecto de las formalidades del derecho privado y del derecho público, en esa división que se conoce. El derecho social tiene sus propias reglas de juzgamiento, que se están perdiendo porque quedan en México muy pocos juzgadores y abogados que defiendan y argumenten, desde el punto de vista del derecho laboral y del derecho social, bajos los principios y características que alimentan al derecho del trabajo. Por ejemplo, es común que en las contestaciones de demandas laborales se esgrima la máxima abstracta de: *quien afirma está obligado a probar*. No tienen la menor idea de cómo se distribuyen las cargas de la prueba ni por qué razones se distribuyen las cargas de la prueba en el mundo laboral. Esa afirmación de que quien afirma está obligado a probar es la última de las razones por las cuales uno debe aplicar en materia de pruebas el derecho del trabajo, y no la primera, como podría ser en otras materias de carácter más estricto.

En materia colectiva, la legislación laboral se hizo de tal manera que confirió al Estado la libertad de decidir qué sindicatos existían y cuáles dirigencias sindicales los iban a conformar. A las asociaciones sindicales que mostraron ser demasiado independientes, demasiado críticas, demasiado exigentes, se les negaba la toma de nota o hasta el registro sindical. La ley estableció la titularidad del contrato colectivo como un procedimiento de pleito entre dos sindicatos para ver quién negociaba con el patrón el contrato colectivo, y el mayoritario obviamente quedaba con la contratación, pero el minoritario quedaba sin derechos de representación, cuando en una democracia elemental las minorías también deben tener representación ante cualquier instancia. Entonces el Estado dice quién es sindicato y qué dirección va a tener. Esta disposición arbitraria impidió que se desarrollara en el país un sindicalismo independiente, autónomo, con capacidad de negociación.

La CTM y la CROM son membretes pro-oficialistas, obedecen a las políticas que el gobierno en turno les dicta y no a la defensa de los derechos del trabajador. Esto último debería ser el objetivo de los sindicatos: defender a los trabajadores. Vergüenza me dio, hace dos o tres años que se estuvo exigiendo un aumento del salario mínimo, cuando el secretario del Trabajo se sentó con sendos líderes sindicales a la diestra y a la siniestra y éstos afirmaban que no era sano que se aumentaran los salarios mínimos en este país. Es decir, escuchábamos a los dirigentes sindicales decir que el salario mínimo, que en México está por debajo de la línea de pobreza (demostrado económicamente), no debía aumentarse. Ésa es la pobreza y la tristeza del movimiento sindical que tenemos.

Pienso en un ejemplo monstruoso de la corrupción sindical. En la explosión de la mina de Pasta de Conchos, Coahuila, ocurrida en 2006, perecieron 65 trabajadores. Quedaron sepultados, muy pocos cadáveres fueron rescatados. Fue una tragedia terrible. La mitad de esos trabajadores estaban subcontratados y ganaban un salario de 60 pesos diarios, mientras que los trabajadores sindicalizados ganaban 150 pesos diarios. Después se descubrió que el

sindicato minero recibía 12 pesos por cada trabajador al que permitía que se le pagara un salario de 60 pesos.

Por supuesto que los sindicatos son necesarios, pero no éstos, no los que existen. No confundamos el sindicalismo con los sindicatos espurios y vendidos que traicionan los intereses de los trabajadores. El sindicalismo es necesario porque se requiere en toda sociedad democrática de organismos intermedios que defiendan los derechos de los individuos. Así como hay ONG para defender los derechos humanos, así como hay instituciones de asistencia privada para dar, desde su visión muy particular, una forma de caridad necesaria para la gente, así como hay partidos políticos que teóricamente deberían tener planteamientos de desarrollo social, debe también haber sindicatos. Son los cuatro organismos a través de los cuales la sociedad va colectivamente a plantear sus exigencias frente a la autoridad y frente a los factores reales de poder. Se requiere de sindicatos independientes para que se pueda llevar a cabo una negociación auténtica frente a los patrones, no la simulación de negociación que se lleva a cabo. Se requieren porque en la medida en que se fije una negociación seria se puede lograr efectivamente el equilibrio de los factores de la producción que tanto defiende el derecho laboral.

247

Patrón, por supuesto que tienes derecho a tu ganancia legítima, nadie te la disputa, eso no está a discusión, pero tienes que darles un mínimo vital, un mínimo de condiciones de vida, un mínimo de dignidad a tus trabajadores, que les permita desarrollarse, a ellos y a sus familias, de manera sana y productiva. El que no se aumenten los salarios, que no se permita negociación colectiva en serio, que no haya sindicatos honestos, que no ocurran huelgas cuando debería haberlas, son violaciones al derecho laboral, no en estos casos por parte del patrón, sino de un Estado que debería ser neutral y de unos sindicatos que deberían estar de parte del trabajador. El secretario del Trabajo actual anuncia con orgullo que hace cuatro años no ha estallado una huelga federal. Pues yo creo que estamos viendo dos países diferentes, porque yo veo un país lleno de necesidades y de reclamos a reivindicar, y no es

posible en estas circunstancias que no haya huelgas. Algo no funciona bien, pero la necesidad ahí está, y no está satisfecha.

IV. EL DERECHO LABORAL MEXICANO EN LA ACTUALIDAD

El fracaso del núcleo colectivo del trabajo viene aparejado con el fracaso del tercer núcleo procesal, aquel conformado por el sistema de justicia laboral. El sistema de justicia laboral en México es una vergüenza. Las Juntas de Conciliación y Arbitraje nunca funcionaron. Aun las actuales, con todo el respeto (hay trabajadores encomiables y hay otros terribles), no funcionan como sistema de justicia por varias razones.

Si hacemos cuentas, según lo que la ley establece con respecto al procedimiento laboral, de cuánto debería durar un juicio ordinario por despido, en el supuesto de que se lleve a cabo con eficacia y eficiencia, es decir, con tribunales suficientes, personal suficiente, bien capacitado y bien pagado, sin actos de corrupción ni tráficos de influencias, el juicio no debería de durar más de seis meses. Hace tiempo, para presentar los estudios de grado, hice una investigación sobre el sistema de justicia laboral mexicano. En el tribunal donde participo junté doscientos expedientes de una demanda laboral, y me puse a contabilizar: del día en que se presentó la demanda al día en que se dictó el primer laudo (no hablo del término del juicio, sino nada más del primer laudo, donde podría haber terminado el juicio si las partes hubiesen aceptado la resolución) un juicio que no debería de durar más de seis meses duró cuatro años, un mes y diecinueve días. Ese juicio todavía se fue en amparo. Nosotros, que íbamos a resolver el amparo, a veces reponíamos para que se aclarara la demanda, con lo cual había que empezar todo otra vez, o para reponer pruebas, con lo cual también hay que empezar todo.

En los ámbitos federal y local de la Ciudad de México (los ámbitos que conozco), los juicios laborales, hasta hace tres años que hice esa investigación, duraban en promedio seis años en resolverse. Justicia denegada total, plena, completa, y a nadie le importaba. ¿Por qué sucede? Están los derechos de los trabajadores, está la parte colectiva que no funciona porque la distorsiona el control estatal, y están los procedimientos laborales, que son lentos, tortuosos, con altos grados de corrupción y altos grados de tráfico de influencias dentro de las Juntas, con problemas gravísimos.

Para poder resolver un problema, lo primero que tenemos que hacer es reconocer su existencia. Las Juntas de Conciliación y Arbitraje nunca funcionaron. Aun las actuales, con todo el respeto (hay trabajadores encomiables así como hay otros terribles), no funcionan como sistema de justicia, por varias razones. Las Juntas están compuestas por un representante del capital, un representante de los trabajadores y un representante del gobierno. Se supone que para emitir sus resoluciones tienen que hacer reuniones colegiadas en donde discutan los asuntos, analicen, estudian y resuelvan. Tengo casi cuarenta años dedicándome al derecho laboral, no he conocido una sola Junta que siga este procedimiento. Los representantes del capital y del trabajo no funcionan, no asisten a las reuniones, sólo llegan a firmar cuando tienen que hacerlo, y le dejan toda la carga al presidente de la Junta, quien saca el trabajo con sus auxiliares lo mejor de puede. Ésa es la realidad de las Juntas: la justicia denegada.

¿En qué asuntos sí intervienen los representantes del trabajo y del capital? Los que les interesan. Cuando hay un asunto colectivo, asisten a las reuniones, discuten, negocian, resuelven, en este caso sí lo hacen. La estructura de las Juntas tampoco ayuda. El número de Juntas en cada localidad es insuficiente, tienen poco presupuesto, poco material para trabajar, el personal está mal pagado y, en consecuencia, hay mucho tráfico de influencias y corrupción. Tienen gente de buena fe (conozco mucha de ella), pero también hay gente muy perversa (también la conozco). Tenemos, en suma, un problema muy serio en el sistema de justicia laboral en México por causa de las Juntas de Conciliación y Arbitraje.

Otro problema de las Juntas de Conciliación y Arbitraje es que su conformación es contraria al principio de división de poderes. Las Juntas no son parte del Poder Judicial sino del Poder Ejecutivo. Cuando la principal característica de un juez debería ser su autonomía e independencia respecto de los poderes Ejecutivo y Legislativo, las instancias de conciliación y arbitraje siempre han estado sometidas a los dictados del Ejecutivo local y federal. Los jueces que dependen del presidente municipal naturalmente harán lo que el presidente municipal les diga. El Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, que regula los asuntos de los trabajadores con el Estado, ni siquiera pertenece a la Secretaría del Trabajo, pertenece a la Secretaría de Gobernación —como si el monitoreo de las luchas obreras fuese un asunto de seguridad interior—. Esto explica la pérdida total de autonomía e independencia de los tribunales.

El último bastión de protección del trabajador se llama “inspección del trabajo”. Los inspectores de trabajo son los encargados de vigilar el cumplimiento cotidiano de la legislación laboral. No son los tribunales laborales, quienes resuelven los conflictos que ya no tuvieron solución. El inspector debería llegar y decir: *ahora mismo me pones estas medidas de seguridad, me corriges todos estos contratos, pagas igual salario porque aquí estas mujeres están ganando menos por hacer el mismo trabajo que los hombres*, etcétera. Los inspectores deberían corregir lo que se hace mal en las empresas, antes de que se llegue al conflicto legal. En nuestro país no pueden hacerlo. Aquí si un inspector siente que va a volar la empresa, no la puede cerrar, primero tiene preguntarle su jefe si la puede cerrar. Además, los inspectores del trabajo tienen que revisar empresas altamente tecnologizadas, como la industria automotriz, cuyo funcionamiento excede su pericia. La ley nada más pide a los inspectores tener el bachillerato concluido.

La inspección del trabajo no existe, salvo honrosas excepciones como siempre las hay, porque adrede no se quiere que exista. Hay aproximadamente siete millones de empresas en México, y más del 90 por ciento de ellas tiene menos de cincuenta trabajadores. ¿Cuántos

inspectores se necesitarían para vigilar el cumplimiento de la ley laboral en todo el país? Nos damos cuenta de que el cumplimiento del derecho laboral no existe en el concierto mexicano.

Entonces sucede que no hay inspección, el sistema de justicia funciona muy mal, los derechos colectivos están conculcados por los mecanismos de control del Estado, la titularidad del contrato colectivo es un instrumento que sirve para que se peleen, durante dos o tres años, dos sindicatos rivales para ver quién va a negociar con el patrón el contrato colectivo (y cuando por fin definieron quién negociará, sucede que ya llegó un tercero que en secreto le firmó el contrato al patrón bajo formas anómalas e ilegales, difíciles de probar, que existen en el país bajo el nombre de “contratos colectivos de protección”). Las finalidades del Congreso Constituyente de 1917 no se cumplen, siguen siendo una deuda histórica de México con sus trabajadores. Los individuos más vulnerables, en cuanto a la falta de defensa de sus derechos, son los trabajadores, porque no tenemos sindicatos auténticos que los representen, porque si acuden al sistema de justicia van a tardar cinco o seis años en obtener una resolución, porque si el inspector llega a la empresa saben que no va a revisar bien y muy probablemente se vaya a dejar corromper. Nos enfrentamos a ese panorama.

251

En enero de 1977, en México se pagaba el salario mínimo con mayor poder adquisitivo de la historia. El salario mínimo bastaba para sostener una familia, acompañado de la seguridad social y de la educación gratuita, cubría lo fundamental en todos los ámbitos. En 1982, Miguel de la Madrid modifica el sistema económico del país para convertirlo en un sistema neoliberal cuya premisa esencial era que el mercado del trabajo se regula solo. El Estado deja de asumir la obligación de fijar un salario mínimo que garantice un nivel de vida aceptable para toda la población, con el argumento de que el salario se regula de manera autónoma de acuerdo con los factores del mercado.

Las políticas neoliberales que fueron aplicadas en México desde la década de 1980 tuvieron por contexto la entrada de China al concierto económico mundial. China comenzó a dar

condiciones de trabajo inestimables para las empresas occidentales, ofreciéndoles mano de obra barata y virtualmente desprovista de derechos. Ante tal panorama, para que México pudiese competir a nivel internacional y atraer inversiones, se empiezan a golpear y a depauperar los salarios mínimos y los salarios contractuales. Debían golpearse los dos, porque si se permitía subir el salario mínimo, el salario contractual no podría quedarse atrás y seguiría subiendo. El golpeo al salario mínimo duró de 1977 al año 2000, aproximadamente. No es que la élite no hubiese querido golpearlo más, sino que ya era insostenible bajarlo más, era matar de hambre a la población. Entonces llegamos al límite bajo. De 1977 a 2017, el poder adquisitivo del salario mínimo se ha depauperado un 80 por ciento.

Si quisiéramos que el salario mínimo recuperara la capacidad de compra que tuvo en enero de 1977, cada trabajador debería ganar cuando menos 380 pesos diarios. Ése sería el salario mínimo que en la actualidad garantizaría un nivel de vida aceptable. No hablo de abundancia, porque serían, contando los fines de semana, nada más unos 11 mil pesos al mes. Pero al menos se rebasarían los cálculos de aquel secretario de Hacienda que en 2011 dijo que con 6 mil pesos al mes una familia mexicana puede pagar alquiler, colegiaturas y hasta automóvil.

Se objetará que ya no hay casi nadie que gane el salario mínimo en México. Eso es falso. El cálculo oficial hace rondar entre cuatro y medio y cinco millones el número de trabajadores que gana el salario mínimo en este país, y hay gente que gana aún menos. En la Ciudad de México en estos momentos se discute si se debe aumentar el salario mínimo de 80 a 90 pesos diarios, cuando debería ascender, como expliqué, a 380 pesos diarios por lo menos.

Población económicamente depauperada, mal sistema de justicia, mal sistema de inspección, ausencia de representación colectiva: la soledad del trabajador es inmensa. Con la excusa de atraer inversión y de proteger la industria, políticas públicas y políticas legislativas, sin

necesidad de atropellar en la calle a nadie, aplastan los derechos de la clase trabajadora y conculcan el ejercicio de sus libertades cotidianas.

En este contexto vino la reforma laboral de 2012, por la que se intentó reglamentar la subcontratación, que es una actividad ilegal. No se sentaron las bases para que la subcontratación ilegal desapareciera. Y la subcontratación ilegal es tan común en México como la evasión de impuestos. La subcontratación, los llamados Contratos Colectivos de Protección, son formas anómalas, que los sindicatos y los trabajadores han encontrado frente a este mundo caótico ilegal que tenemos, conculcatorio de cualquier derecho fundamental, para arreglar en ese mercado que se regula solo sus relaciones laborales. Por causa de la subcontratación, ahora el trabajador se enfrenta al hecho de no saber ya quién es su patrón. Alguien puede trabajar, por poner un ejemplo, en una sucursal de HSBC, pero sucede que HSBC no es su patrón porque lo contrató una empresa denominada Fuerza de Trabajo de Calidad. Puede ser ilegal la contratación, pero el pleito para que al trabajador le den la definitividad durará cinco, seis, siete años, y después de ellos quedará registrado en una lista negra que le impedirá volver a ser contratado en cualquier otro banco.

253

Por poner otro ejemplo, si quiero formar un sindicato, sucede que cuando mi sindicato va y pide la negociación colectiva, existe otro sindicato espurio, fantasma, que ya firmó con ese patrón el contrato colectivo de trabajo. La ley dice que habiendo sido firmado el contrato colectivo con un sindicato, si el nuevo sindicato quiere pelear para tener derecho a negociar con el patrón, tiene que pelearse primero con el sindicato que ya firmó, aunque éste sea una entidad fantasma, lo cual le tomará dos o tres años más.

Hay patrones conscientes que cumplen con la ley y no necesitan llegar a la ilegalidad porque dan a sus trabajadores lo que les corresponde. Pero hay empresas que no llegan al litigio sólo porque tienen perfectamente organizada su ilegalidad. A partir de la reforma laboral de 2012, se intentó regular la subcontratación y se introdujeron ciertas leyes para dar flexibilidad a los

contratos. Nada de esto funcionó. No se aplican esas leyes, porque no son funcionales, porque no son eficaces para cumplir y regularizar las cosas. Pero al gobierno no le interesa.

V. LA REFORMA LABORAL DE 2017.

Con estos elementos es posible comprender las circunstancias en que surgió la reforma laboral de 2017. La reforma laboral fue aprobada en febrero pasado. Sin embargo, el gobierno no tenía originalmente la intención de impulsarla. Más bien se le impuso como una obligación. Cuando Barack Obama todavía era presidente de los Estados Unidos, como parte de sus políticas para hacer frente a la expansión económica de China en el concierto del mundo globalizado, organizó a todos los países de América Latina, junto con Estados Unidos y algunos otros países, para suscribir un Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica por el que los países miembros se habrían de unir en un bloque comercial común para proteger sus intereses ante la amenaza comercial china. El tratado fue firmado por las partes, entre ellas México, en febrero de 2016.

Para entrar al Acuerdo Transpacífico, cada país debía cumplir algunas condiciones. La exigencia para México fue que modificase su legislación laboral para promover tres cosas: (1) la existencia de contratación colectiva y de negociación colectiva real, (2) una transformación definitiva y contundente del sistema de justicia laboral, por la que las Juntas de Conciliación y Arbitraje fuesen sustituidas por tribunales de lo social, y (3) la desaparición de las subcontrataciones ilegales. Para cumplir este compromiso, el Presidente Enrique Peña Nieto tuvo que impulsar, muy a su pesar, la reforma laboral en abril de 2016, obteniendo su aprobación en febrero de 2017.

Por supuesto, Obama no impuso a México la reforma porque tuviese una gran conciencia social, sino porque las legislaciones laborales de todos los países miembros debían

homogeneizarse para que la alianza llegara a funcionar. Y era un muy buen tratado comercial sin duda, concebido con inteligencia y visión. Dos días después de asumir la presidencia de los Estados Unidos, Donald Trump abandonó por completo el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica. Sin la participación del vecino país del norte, el futuro del tratado es incierto. De cualquier manera, el gobierno mexicano había asumido el compromiso y tuvo que cumplirlo.

Desaparecen entonces las Juntas de Conciliación y Arbitraje, que pertenecían al Poder Ejecutivo. Aunque en el B sigue existiendo el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, en el A dejan de existir las Juntas, su ámbito de competencia pasa al Poder Judicial de la Federación y al Poder Judicial del estado que se trate. Así, por ejemplo, en Michoacán las Juntas locales pasarán a formar parte del Poder Judicial del Estado de Michoacán. Al respecto, debemos preguntarnos: ¿los tribunales estatales tienen autonomía e independencia? Si la respuesta es sí, no tenemos ningún problema, pero si la respuesta es no, entonces el primer reto de importancia será introducir una reforma suplementaria a nivel estatal por la cual el Poder Judicial local sea dotado de la autonomía e independencia absolutas que le corresponden como el tercer poder constitutivo del Estado, para que cuando arriben las Juntas queden bajo ese amparo. Porque si las Juntas pasan a un Poder Judicial donde el presidente del Tribunal Superior de Justicia se siente candidato a gobernador, el enfoque ya se distorsionó. Los nuevos tribunales de lo social no van a juzgar con libertad. Si la desaparición de las Juntas no va aparejada de autonomía e independencia plenas para los juzgadores locales, tendrá un primer vicio de origen.

Segundo, en el procedimiento actual se privilegia la conciliación. Hay una fase de conciliación que, de fracasar, es seguida, en dos audiencias, por los procedimientos de demanda, excepciones y admisión, seguidos éstos a su vez por el desahogo de pruebas y la emisión del laudo. En la propuesta constitucional de la reforma, se dice que antes de la fase contenciosa de los tribunales de lo social los asuntos van a pasar por una etapa de conciliación forzosa en unos “Centros de Conciliación” designados para tal efecto. Para que el trabajador

pueda demandar por despido injustificado ante el tribunal de lo social (vamos a llamarlos así, no sé cómo se vayan a llamar en definitiva), tiene que acudir primero al Centro de Conciliación y llevar a cabo una reunión con el patrón (o el patrón con el trabajador, lo que sea) y tratar de conciliar. Si el trabajador no se presenta al Centro de Conciliación, no puede demandar.

El texto constitucional no dice cómo van a operar los Centros de Conciliación, quiénes los van a integrar ni de quién van a depender. Son organismos descentralizados, según la definición que la Constitución hace de ese tipo de entidades, pero ¿son organismos descentralizados del Poder Judicial o del Poder Ejecutivo? Porque si son del Ejecutivo tendremos el grave problema que expusimos antes. Los Centros de Conciliación deberán ser también autónomos e independientes, porque si no lo son, y van a jugar la baza del mayor interés que el gobierno o el factor real de poder tenga, no van a administrar justicia ni conducirán siquiera a la impartición de justicia (aunque la ley no les asigne la etapa de administración de justicia sino nada más de conciliación).

256

Porque hay conciliación, hay mediación y hay arbitraje. En la mediación, el mediador se entera de qué pide una parte, qué contesta la otra, qué papeles tiene cada quien para probar su argumento; procura, partiendo de una apreciación del asunto concreto, decirle a cada parte cuáles son las posibilidades de ganar y de perder que tiene; finalmente les propone arreglarse de tal o cual manera según lo que más convenga a sus intereses. El mediador interviene a profundidad en el proceso de negociación, el conciliador no. Hasta donde yo sé, las instancias conciliadoras en México no intervienen en negociación alguna, solamente intentan amigablemente poner a las partes de acuerdo para que se vayan a sus casas, en el entendido de que no querrán conciliar y pasarán a la parte contenciosa. El conciliador sólo está ahí para tomar nota oficial de que no habrá conciliación, de que se acuerda no estar de acuerdo. Imaginemos un diálogo típico de las Juntas:

- *Abierta de la fase de conciliación. Señores abogados, señores presentes, ¿van a conciliar?*
- *No.*
- *Conste que no quisieron conciliar.*
- *Seguimos a la siguiente fase, porque me quedan quince minutos para entrar a la siguiente audiencia.*
- *Oiga, es que yo quiero contestar verbalmente.*
- *Abogado, no me diga eso, tráigamela por escrito.*
- *No, pues voy a contestar verbalmente.*
- *Me va a usted a retrasar cuatro audiencias. De acuerdo abogado, conteste verbalmente, ya nos veremos en el siguiente asunto.*

Nuestro sistema de justicia nunca generó conciliadores auténticos, no existen conciliadores en este país. ¿De dónde los vamos a sacar? ¿Existen mediadores? Sí, existen. Hay incluso asociaciones de mediadores que se han generado para ayudar en casos penales, familiares y comerciales. Se podría aprender mucho de su experiencia y sacar a grandes personalidades de ahí. Pero se requiere de una capacitación profunda en los principios y características del derecho del trabajo para que las instancias judiciales puedan mediar y conciliar en términos del fenómeno laboral que están tratando, porque no están conciliando cuestiones civiles, ni están conciliando cuestiones mercantiles, son asuntos laborales que tienen otra dimensión.

También los mediadores o conciliadores judiciales deberían contar con autonomía e independencia plenas y recibir una muy buena paga. La paga debería ser suficiente para impedir que los conciliadores se corrompan con el pretexto de la necesidad. Si en el nuevo sistema de justicia habrá una fase de conciliación obligatoria en organismos descentralizados pertenecientes al Poder Ejecutivo, yo digo, deben estar dotados de mediadores altamente profesionalizados y capacitados, dotados de autonomía e independencia. Sin estas dos características, el sistema no va a funcionar, se va a convertir en un sistema de presión y de opresión, de decisión a la fuerza, de *más te vale que aquí te concilies a que te vayas a la parte contenciosa.*

Si la parte contenciosa llega a los Tribunales Superiores de Justicia sin que éstos cuenten con libertad real a la hora de dictar sus resoluciones, el sistema tampoco va a funcionar. Y en el nivel federal, si la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje continúa perteneciendo al Poder Ejecutivo, aunque sea en calidad de organismo descentralizado, tendremos el mismo problema. El Poder Judicial de la Federación tiene muchos defectos, pero cuenta con autonomía e independencia demostradas. Sólo decide contra su conciencia, por corrupción o porque cedió a la presión, el que quiere, nadie le obliga a nada.

Yo he dictado resoluciones, las que he querido, con la profundidad que he querido, siempre dentro del derecho. La ley me pone los límites, y mi concepción de la justicia parte de la ley, no me pone límites ningún tercero. He tenido absoluto respeto por la institución judicial en todas las decisiones que he tomado, como Juez de Distrito y como Magistrado y, a lo largo de más de veinte mil resoluciones que he emitido, jamás he recibido una llamada para pedirme que resuelva en un sentido o en otro. Me he equivocado a veces y lo asumo. He acertado, también lo asumo, aun en los casos en que la Suprema Corte ha revertido mis decisiones. Lo que quiero decir es que el Poder Judicial de la Federación sí es independiente y autónomo. Ahí podrán las Juntas mostrar el comportamiento que se espera de ellas.

Vamos a pensar en otro problema concreto al que se enfrentarán los nuevos tribunales de lo social. Sucede que el 85% de los asuntos que se ventilan en las Juntas Federales de Conciliación y Arbitraje concierne a seis empresas o instituciones que pertenecen al Estado: Comisión Federal de Electricidad, Instituto Mexicano del Seguro Social, Petróleos Mexicanos, Luz y Fuerza del Centro (lo que queda de ella), el Banco Nacional de Crédito Ejidal y Ferrocarriles Nacionales de México. Si esas seis empresas aplicasen otras políticas laborales de reconocimiento y cumplimiento de derechos, las Juntas Federales terminarían raquíticas en asuntos, porque no va a haber. Las empresas federales altamente tecnologizadas no van por el incumplimiento de la ley laboral, al contrario, la cumplen rigurosamente para no tener ese problema. Luego, suponiendo que las empresas ya cumplieron con todos los requisitos, y quizá tengan grandes despachos que les aconsejen subcontratar y tener un

Contrato Colectivo de Protección, entonces se pueden dar todos los acontecimientos de tal manera de que a tribunales no llegue nada.

Si vamos a hablar, por lo tanto, de una protección eficaz y eficiente de los derechos del trabajador, la propuesta de transformar las Juntas de Conciliación y Arbitraje en tribunales laborales es plausible pero corre dos grandes riesgos: (1) que los nuevos tribunales no cuenten con autonomía e independencia plenas y (2) que en la práctica no sean los tribunales las instancias que resuelvan los conflictos porque los Centros de Conciliación y Arbitraje, dependiendo de cómo funcionen, podrán promover una resolución justa para los fenómenos laborales.

¿Cuál es la voluntad del Estado para proveer lo necesario? ¿Cuántas Juntas se van a crear? Aquí en Michoacán hay Juntas en Morelia, hasta donde yo recuerdo en Zamora, Lázaro Cárdenas, Uruapan y Zitácuaro. O sea que si yo trabajo en Tingüindín, probablemente me tengo que venir a Morelia a pelear. ¿De dónde saco el dinero para ello? ¿No hablábamos de acceso a la justicia? Jueces mixtos de paz y jueces de barandilla los hay en cualquier lugar. Si a mi casa se filtra humedad, voy y me quejo con el Juez de Tingüindín, él llama a mi vecino y a lo mejor me trata de avenir, pero si me corren en Tingüindín me tengo que ir lejos. ¿Dónde queda el artículo 17 que habla de acceso a la justicia? Si se van a transformar los tribunales, deben tener personal suficiente, altamente calificado y muy bien pagado, y deberá haber tribunales suficientes, federales y locales, que dan al ciudadano el acceso a la justicia que la Constitución reconoce como un derecho fundamental. No es un favor del Estado, es obligación del Estado proporcionar un sistema de justicia accesible y eficiente. ¿Dónde está el presupuesto que nos permitirá crear esa gran red de tribunales? Tenemos que pensar en un sistema judicial inteligente y económico, que permita administrar justicia eficaz, eficiente y barata. Sin duda lo hay, lo que no se si haya es voluntad política para instrumentarlo.

Cuando hice el estudio del que les hablé, acerca de la duración de los juicios laborales en México, era porque estaba reuniendo material para mi tesis de maestría, y me interesaba mucho conocer los sistemas justicia de América Latina. Me aboqué a estudiar, en aquella época de 2013, los sistemas jurídicos de Venezuela y Chile. Cada uno me enseñó cosas muy valiosas. Relato mis experiencias como las viví.

Hoy se dice que Venezuela es un desastre, y en efecto lo es. Sin embargo, Venezuela fue un país pionero en América Latina por la transformación que emprendió de su sistema de justicia. Aunque ocurrió bajo el mandato del odiado Hugo Chávez, hasta los más antichavistas aplaudieron las reformas que impulsó en materia de justicia laboral. Chávez cerró los cincuenta tribunales laborales que había en Venezuela y creó quinientos, introduciendo en ellos un nuevo procedimiento: de ser procesos eminentemente escritos los convirtió en procesos estrictamente orales. Los juicios se dividieron en dos fases: una de mediación y otra de lo contencioso. La fase contenciosa fue subdividida a su vez en lo contencioso de primera instancia y lo contencioso de apelación.

260

Durante la fase de mediación, el mediador era un juez de instrucción que se reunía en privado con las partes, no con los representantes de las partes, para concurrir a la mediación, aportando las partes la demanda, la contestación a la demanda y las pruebas. Todas las pruebas debían desahogarse en la fase de mediación en un tiempo máximo de cuatro meses. Si después de cuatro meses no se había logrado mediar entre las partes y conciliarlas o avenirlas, entonces se pasaba a la fase de lo contencioso.

La fase de contencioso de primera instancia nada más recibía de manera inmediata, y a la vista del juez, confesionales, testimoniales, periciales e inspecciones, para que las partes y el propio juez pudieran preguntar lo que les viniera en gana en relación con los hechos, bajo la premisa de que las pruebas laborales confesional y testimonial son de libre interrogatorio. Esa audiencia de primera instancia se llevaba a cabo en el lapso de un mes como máximo.

Ahí se recibían todas las pruebas. En el momento en que se terminaban las confesionales, las testimoniales y las periciales que hubiese, el juez de lo contencioso abandonaba la sala y contaba con sesenta minutos para dictar resolución. Para entonces, el juez ya conocía el caso, porque recibió el expediente dos o tres días después de que concluyeron los cuatro meses de la etapa mediadora.

El expediente consistía en la demanda, la contestación y las pruebas que se desahogaron frente al juez mediador. Nada de lo que se discutió con el juez mediador era conocido por el juez contencioso. Este último nada más conocía la demanda, la contestación y las pruebas; valoraba, recibía testimoniales, etcétera, y en sesenta minutos dictaba resolución. Si en ese momento se apelaba, el juez presionaba el botón de un dispositivo especial —no estoy mintiendo— y en menos de un mes se celebraba la audiencia de conciliación. El juez no fijaba la fecha de la audiencia de conciliación, para evitar que ésta se retrasase o se adelantase arbitrariamente, sino que la fijaba un programa electrónico. En menos de un mes las partes llegaban ante un Juez Superior, quien para entonces ya conocía todo el expediente. Diez minutos de alegatos de una parte, diez minutos de alegatos de la otra; terminaban los alegatos (no había por qué recibir más pruebas, ya que se trata de una apelación); el juez salía, y en sesenta minutos debía dictar resolución. Si en primera o en segunda instancia las resoluciones eran muy complejas, en sesenta minutos se anunciaba el sentido de la resolución, y si no se explicaba ahí mismo cuál era la resolución, se tenían cinco días para emitir un documento justificatorio de la decisión.

En suma, un juicio laboral en Venezuela duraba, con sus fases de mediación, primera instancia y apelación, seis meses. Todo se hacía respetando los principios de inmediatez y publicidad, porque las sesiones eran públicas. Sólo las etapas de mediación no eran públicas, porque consistían en discusiones internas (en mi opinión las etapas de mediación y conciliación nunca deben ser públicas). Ese sistema ocupaba un juez y un secretario de la Sala, no los cuarenta o cincuenta auxiliares que tenemos ahora en México. Bajo el sistema venezolano se pueden crear de cincuenta a quinientos tribunales fácilmente con el mismo

presupuesto. Y eran salas pequeñas, donde habría unos diez juzgados, cinco de un lado y cinco del otro, más la gente que circulaba para ver las audiencias.

El procedimiento llevaba siete años en funcionamiento cuando yo viaje a Venezuela, y en ese tiempo no habían existido retrasos en los juicios más allá de los seis meses estimados. Después comenzó a haber retrasos, atribuibles a los demás problemas externos que ha tenido Venezuela, pero hasta ese momento el promedio era de seis meses, con alta eficiencia y una alta satisfacción de las partes, porque primera vez en la historia el juez que iba a decidir si el despido era justificado estaba oyendo a las partes directamente, viendo todo, objetando todo.

Chile es otro modelo del que deberíamos aprender. En Chile, el procedimiento también tiene dos audiencias, pero ahí puede conciliarse en el momento que se desee. Sobre todo, en Chile se ha procurado impedir que los juicios se alarguen a conveniencia de alguna de las partes por medio de tecnicismos. Podemos imaginar así una sesión de evaluación de pruebas y documentales en un tribunal chileno:

- *Por favor, pásenle las documentales a la contraparte. ¿Objeta usted las documentales?*

- *Sí, las objeta en su autenticidad de firma.*

- *¿Las objeta?*

- *Pues sí.*

Presionaban entonces un botón y entraba por una puerta lateral un perito del gobierno (en el sistema de justicia laboral chileno no hay peritos de las partes, porque se presupone que concluirán sólo lo favorable al contratante), quien tomaba las muestras de firmas o se llevaba los documentos, el dubitable y el indubitable. Desde el momento en que se llamaba al perito, en no más de 48 horas quedaba fija la fecha para celebrar la pericial. Esto es, el perito entraba, sacaba las pruebas y tenía 48 horas para rendir su informe. Las partes, por supuesto, no

ganaban tiempo con esas 48 horas, así que no valía la pena objetar las pruebas sólo para extender el juicio, como se suele hacer en los tribunales de nuestro país. Además, si la objeción era temeraria —por calificarla de alguna manera— podría ser materia susceptible de sanción para los abogados. Así que el abogado debía andarse con cuidado si quería objetar la autenticidad de un documento.

El caso es que se llevaban a cabo las dos audiencias, se cerraba la segunda audiencia con la recepción de testimoniales y de confesionales, y se emitía resolución de inmediato, lo cual quería decir dentro de sesenta minutos, para que las partes conocieran la resolución. El juicio duraba 72 días naturales.

Aparte de los modelos que representan Chile y Venezuela en cuanto a la impartición de justicia laboral, Uruguay nos da un buen ejemplo de cómo es posible subir los salarios mínimos sin afectar negativamente la economía. Lo primero que se nos dice es que si aumentamos los salarios mínimos va a haber una gran inflación. Eso lo tengo oyendo los mismos cuarenta años que llevo trabajando en el mundo laboral. El argumento no ha cambiado. Sin embargo, en Uruguay hicieron un experimento social: en un proceso de doce años se hicieron aumentos paulatinos en los salarios mínimos que no provocaron inflación alguna. Se permitió un incremento del nivel de vida de la población sin afectar la economía del país.

Hace un año y medio se emitió en mi Tribunal una resolución donde dijimos que era inconstitucional la forma en que la reforma laboral dispuso que se deberían de calcular los salarios caídos de 15 meses con el 2% acumulado. La Corte dijo que no, que sí es constitucional. No comparto los criterios de la Corte, lo digo con todo respeto. En fin, lo que quiero decir es que en México se discute cómo se deben de calcular los salarios caídos de 15 meses en adelante, porque inconscientemente partimos de que todos los juicios van a durar

más de 15 meses, cuando en Chile duran dos meses y medio y en Venezuela duran, con todo y apelación, seis meses.

México es el país más atrasado en materia de justicia laboral en el mundo occidental. Toda América Latina ya modificó sus sistemas a partir de los modelos chileno y venezolano, con las variantes que cada país tiene. En la Organización Internacional del Trabajo opera un cuerpo de asesores muy fuerte, muy poderoso, que ha asesorado a todos los países y que podría ayudarnos a crear un sistema similar en nuestro país.

El gobierno mexicano puso a tres grupos a instrumentar la reforma laboral. Lo que han hecho estos tres grupos es parafrasear el procedimiento, quitándole esto, poniéndole aquello, produciendo unos galimatías legales que no van a servir para nada. Una de las ideas que se les ocurrió fue que los nuevos tribunales de lo social ya no resuelvan temas de derecho laboral y de seguridad social juntos, sino que se establezcan tribunales de lo social por un lado y tribunales de lo laboral por el otro. En lugar de pensar en un tribunal que conciba los fenómenos de la persona, la familia, el trabajo, la salud, el medio ambiente, como formas de igualar en términos de género y de protección de los derechos superiores de la niñez, y que la familia se desarrolle bien para protegerlos, y ver que haya jueces altamente preparados para entender desde una perspectiva global, integral, el fenómeno que van a resolver, en términos de protección de derechos humanos, a estos señores se les ocurre poner el derecho laboral por aquí y la seguridad social por allá, a la familia y el medio ambiente ni los registran.

264

VI. CONCLUSIONES.

Mi petición es que se dejen asesorar por la OIT, que piensen la reforma laboral con generosidad, no nada más para proteger a los factores reales de poder y para seguir conculcando los derechos de los trabajadores. El gobierno mexicano tiene una gran

oportunidad de hacer algo muy generoso, de gran aliento, de largo alcance y de una gran vitalidad, pero también corre el riesgo de destruir lo poco que queda en pie del mundo laboral. Las noticias de cómo se vienen las leyes secundarias de la reforma son desalentadoras.

Lo he dicho ya: Centros de Conciliación autónomos e independientes, altamente calificados; suficientes tribunales de lo social, que no nada más resuelvan lo laboral sino también seguridad social, familia y medio ambiente; que los tribunales sean multidisciplinarios para que protejan el entorno social completo; que se destraben de la parte sustantiva de la Ley Federal del Trabajo los mecanismos que impiden el libre ejercicio de la sindicalización y de la negociación colectiva; que desaparezcan los contratos colectivos de protección y la subcontratación ilegal, mediante mecanismos fiscales que promuevan la contratación formal e inhiban la subcontratación legal.

Derechos humanos, luchar por la vida, por la salud, por el trabajo, por la igualdad de género, por la protección de los menores, es una afirmación, creo, de elemental sentido común. Para hacerlo bien, compañeros, tenemos que leer, enterarnos de cómo está el mundo, cómo funciona, sensibilizarnos a través de la literatura y la poesía, de la música, del teatro, voltear a ver a nuestros semejantes y ver cuáles son sus necesidades. Desde donde yo estoy, en la medida de mis fuerzas, debo preguntarme qué más puedo hacer. No basta mi trabajo, aparte de trabajar, ¿qué más puedo hacer? Crear un Estado generoso es posible.

Termino con esta anécdota, que le escuché en alguna ocasión a Eduardo Galeano. El poeta decía: si nosotros pensamos que todo esto es una utopía, pensémoslo como una utopía, se vale. Pero, ¿qué cosa es una utopía? Galeano cuenta que un día daba una conferencia junto con un compañero argentino, sobre el tema de las utopías y su significado. En la sesión de preguntas y respuestas, a su compañero le tocó una pregunta difícil. Un joven muy vivo se puso de pie y le dijo: “¿y para qué sirven las utopías, si nunca se llega a ellas?” Galeano pensó: “ay, menudo paquete le tocó a éste, a ver qué contesta”. El compañero, que era un

cineasta, contestó: “mire usted, tiene usted toda la razón, las utopías las vemos en el horizonte, y si yo avanzo cincuenta pasos, la utopía se aleja cincuenta pasos, y si yo avanzo otros cien pasos, la utopía se vuelve a alejar otros cien pasos. Estoy de acuerdo con usted, entre más avanzo, entre más camino, más se aleja la utopía. ¿Ya se dio cuenta para qué sirve la utopía? Sirve para caminar, para caminar”. Muchas gracias.

Preguntas y respuestas

“¿Por qué se dice que los trabajadores en el sector más protegido en relación con los patrones...?” Hablo de que los trabajadores son concebidos, dentro de la teoría del derecho laboral, como un sector económicamente desigual. El poder del trabajador nunca se va a igualar en términos individuales al del patrón. El patrón tiene los instrumentos de producción en sus manos, el poder económico y el poder de organización, el trabajador lo único que tiene es su fuerza de trabajo. Si yo negocio con el patrón que me contrate como vigilante de una bodega, pues me va a pagar el salario mínimo, porque mi actividad de vigilante no tiene mayor trascendencia, ya que casi cualquier otro puede hacerla, y no tendré entonces argumentos para que me paguen más del mínimo. Para que yo como trabajador tenga poder tendría que ser una especie de Cristiano Ronaldo o de Messi cuya habilidad personal sea única en el mundo, y eso sí puede imponer salarios superiores a los que el patrón pretenda darme. Pero en general los trabajos, la mayoría de ellos, son trabajos comunes y corrientes que van a la baja porque cada vez hay más factores para su desarrollo.

266

La ley laboral intenta reconocer esta desigualdad y generar todas las formas de protección legal acordes para el trabajador. Partiendo de esta desigualdad real, se procura generar una igualdad jurídica dentro de la ley laboral. Por esa razón, las cargas de la prueba, la manera de interpretar la ley, los criterios de recepción de pruebas y las formas del procedimiento siempre ven por el trabajador. Esto se empata con el artículo primero de la Constitución, o más bien el artículo primero se vino a empatar con ello, cuando dice que hay siempre que interpretar en la ley lo que sea más benéfico para la persona. No sé si con esto contesté la pregunta.

“¿Cuáles son sus propuestas para que puedan aumentar el salario mínimo?” No soy economista, yo lo único que diría es que se requiere de mecanismos, de una planeación económica rigurosa y de un proceso muy bien pensado. No es de inmediato. Tiene que hacerse algo como lo que comentaba en Uruguay. Durará años, pero hay que aumentar paulatinamente el salario por encima de la inflación, hasta que permita una recuperación de los niveles de vida. Hablando de un salario mínimo de 380 pesos diarios, ¿qué pasa con la inflación? ¿Esto no se comería el poder adquisitivo del trabajador? Creo que quedó un poco contestada la pregunta con esto. Obvio, llegar a 380 pesos diarios sería el gran objetivo final, no el de entrada, porque si no las cosas no caminan bien.

“Perdón, y le digo con todo respeto que ha hecho usted una relación muy... del sector del trabajador y del capital en la encomienda de la emisión de los laudos... Perdón, y lo digo con todo respeto, ¿qué ha hecho usted en relación a...?” En la interpretación de la ley —si por ahí va la pregunta—, ¿qué he hecho yo para que haya más justicia laboral? Puedo decir que he tratado de cumplir con una disposición legal que dice que en las normas del trabajo en caso de duda se interprete a favor del trabajador. Busqué que el artículo sobre salarios caídos fuera declarado inconstitucional. En mi ponencia se emitió la primera resolución que obligó que las votaciones dentro de los sindicatos fueran secretas. No todas las resoluciones dan para generar criterios fundamentales. Por ejemplo, dije que en el caso de los trabajadores subcontratados por *outsourcing* la empresa que recibe al trabajador y la empresa que lo propone como trabajador, aunque esta última aparezca como falso patrón, son la misma empresa. He tratado de buscar criterios que dentro de los principios y las características del derecho del trabajo sean los más favorables para el trabajador. No es una posición política, es una posición jurídica, la ley me obliga a ello, aunque yo, ya entre paréntesis, lo hago con mucho gusto porque soy pro trabajador.

“¿Es violatoria de los derechos humanos la negación de un sindicato de trabajadores de confianza?” Sé por dónde viene la pregunta y mi respuesta es sí. Los trabajadores de confianza viven bajo un no régimen legal que les conculca todos sus derechos. Ameritarían un pronunciamiento constitucional, tanto los del apartado A como los del apartado B, cada uno en su especificidad. A ningún trabajador se le puede negar el derecho a organizarse, es un principio del Convenio 87 sobre libertad sindical.

“¿Cómo se puede garantizar el trabajo digno?” Si tuviera la respuesta no estaríamos aquí. El trabajo digno es explicado en el artículo segundo de la Ley Federal del Trabajo. Si hacemos una lectura cuidadosa de la ley vamos a notar todos los retos que tiene el Estado en materia de políticas públicas para realizar ese trabajo. Porque debe hacerse sin discriminación, se deben garantizar todos los derechos individuales, los derechos colectivos, los derechos de seguridad, los derechos de capacitación, los derechos de negociación colectiva. Es una gran transformación social. Sí se puede hacer, no de inmediato, pero se puede hacer. Y la reforma constitucional, en términos del sistema de justicia, debería transformar también la inspección, para que ésta ayudara de verdad.

“Situados en el contexto social del estado de Michoacán, ¿hasta dónde considera que debe permitirse el derecho de huelga?” El derecho no responde a contextos, responde a formas. Si hay una empresa donde los trabajadores quieren firmar un contrato colectivo y el patrón dice no, pues tienen derecho a estallar la huelga. No pueden existir criterios de: *es que vas a dañar la empresa si en este momento paras labores*. En Europa la policía se ha ido a huelga en ciudades enteras. En México la policía no tiene derecho a huelga, porque se rige por sus propias leyes. Quiere decir que hay un sector amplio proscrito de la aplicación de las normas protectoras del derecho. Reglamentar bien el derecho a huelga, tanto para que se la estalle con plena libertad como para que se resuelva rápidamente, con apego a la ley, la cuestión de si es legal o no según el caso: las dos cosas se deben vigilar, pero no se vigilan.

“¿Es una reforma laboral la reforma educativa?” En la cuestión educativa me preocupan muchas cosas. Sí hay un contenido laboral en la reforma educativa. Si nosotros queremos transformar esta sociedad no hay otro camino que la educación. A mí me duele mucho leer acerca de escuelas que paran durante meses, en teoría por reivindicar derechos que pueden ser muy legítimos, pero afectando a los alumnos. Si yo fuera profesor, mi venganza contra ese Estado opresor sería generar unos alumnos extraordinariamente bien formados, bien educados, con una masa crítica profunda. Que sean los alumnos mismos el instrumento que me vaya a vengar porque van a transformar el Estado dentro de diez o quince años. Les daría la mejor educación, jamás pararía para no educar a un niño. Porque formas de protesta hay muchas, sería yo el mejor profesor. Entonces, cuando me preguntan si la defensa de los derechos laborales de los profesores está por encima de los derechos de la educación de los niños, perdóneme, pero son de las pocas veces que yo siempre diré: sólo la educación de una sociedad nos permitirá la masa crítica para que la sociedad piense y se transforme, ésa no la podemos conculcar. Para mí, en ese sentido, el derecho de huelga de los profesores queda subordinado. Piensen en otras formas imaginativas de protesta.

269

“[Inaudible]... sólo el Poder Ejecutivo es el que cuenta con el presupuesto... [inaudible] a responder a los otros poderes. Luego entonces los otros dos... en estricto sentido... en autonomía e independencia...” Sí, el problema presupuestal es claro. Se debe garantizar a los poderes judiciales un presupuesto mínimo que no esté sujeto a los vaivenes políticos. Si no se garantiza el presupuesto necesario para su funcionamiento, no habrá autonomía ni independencia.

“¿Usted considera que la transformación del sistema de justicia laboral sea posible en el sistema económico y estructural de nuestro país México? Porque ¿cuáles son los países o legislaciones que tienen la figura de inspección?” Casi todos los países tienen la figura de inspección. No sólo es necesario que el sistema de justicia en México se transforme. Vimos que en el sistema de inspección, además de lo colectivo, las partes sustantivas del individual se deben transformar. La transformación debe ser individual. Y aun así seguiremos atrasados.

¿Se han dado cuenta de cuántos trabajos se están desplazando a través de la tecnología? Desde hace cincuenta años se empezó a discutir este tema, pero a mediados de los años 90 se empezó a hablar con preocupación sobre un problema denominado “el fin del trabajo”. La transformación tecnológica del mundo y la naciente inteligencia artificial están desplazando a los trabajadores de carne y hueso. Este proceso es distinto al que conocimos hasta mediados del siglo XX. La Revolución Industrial del siglo XIX acabó con varias de formas de trabajo que habían existido durante milenios, pero creó otras nuevas que fueron desempeñadas por hombres. Hoy ya no. En Europa ya piensan por adelantado en el fenómeno de la desaparición del trabajo humano, del trabajo que será sustituido por máquinas. Calculan que en 2050 el sesenta por ciento de los empleos que conocemos ahora dejarán de existir, y no van a ser sustituidos por otras tareas que ocupen mano de obra humana. Eso significa que el trabajo formal se va a convertir en un bien escaso, que habrá amplios sectores de la población en una situación desempleo permanente.

270

¿Qué propuestas han hecho? Han propuesto que se disminuya la jornada a treinta horas semanales, para que así se dobletee la contratación. Han propuesto que se trabaje nada más de lunes a jueves y se tengan tres días de descanso, con lo cual también se crearían más empleos para cubrir el tiempo vacante. Pero las propuestas más ambiciosas han sido que a través de manejos fiscales se genere una forma distinta de generación de la riqueza. Toda actividad que produzca riqueza y en la cual se reemplace el trabajo humano, esto es, donde se utilicen robots o máquinas especializadas, deberá pagar un impuesto especial por cada trabajador cibernético equivalente a un trabajador humano, de tal manera que esto garantice para el Estado un ingreso suficiente para sostener los programas sociales. ¿En qué consistirían los programas sociales? Aquí va lo interesante. En Suiza hace dos años se propuso y se votó lo siguiente: que a todos los habitantes mayores de dieciocho años legalmente establecidos en el país se les diera una pensión de 650 euros.

Si se parte de que el trabajo va a dejar de ser la forma de sostén económico de la población, entonces, si yo genero financiamientos a través del trabajo que sí hay, más impuestos por la

generación de riqueza vía robótica y vía inteligencia artificial, con eso sostengo económicamente a la población. Pago esos 650 euros con un gran sistema de colocación, para que los trabajos que vayan quedando vacantes rápidamente sean sustituidos por estas personas, y a estas personas las ponga a hacer trabajo de colaboración social. Esto es, los 650 euros no son un regalo, sino que se otorgan para que la población activa se pueda dedicar a tareas de beneficio social. La ley fue votada en octubre, obtuvo el 30 por ciento de los votos, y por lo tanto no ganó. (En Suiza se requiere una mayoría real de votos para decidir algo, en México con un 30 por ciento de votos tenemos un Presidente de la República.) Sin embargo es un precedente importante.

Entonces, compañeros, atentos a cómo venga el proyecto de leyes ordinarias de la reforma laboral. No tengo inconveniente en que nos volvamos a ver cuando salga el proyecto formal de leyes, para analizarlo y discutirlo. Quizá esto ocurra con la ayuda de la Comisión Estatal de Derechos Humanos. La gran interrogante, que el Estado mexicano ni siquiera tiene contemplada, es: ¿qué va a hacer con su población dentro de veinte o treinta años?, ¿cómo vamos a sostener a la sociedad si la tecnología desplaza cada vez más a los trabajadores? Ésa es la gran discusión del futuro en términos del respeto a los derechos humano, porque el Estado está obligado a pensar e instrumentar las políticas públicas necesarias para que todos los individuos tengan una vida digna. Ése es el gran reto. Muchas gracias.

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. ANÁLISIS DE UN CASO

Francisco GARCÍA SANDOVAL²⁶⁸

SUMARIO. I. *Introducción.* II. *Nociones de la libertad de expresión (legal, jurisprudencial y doctrinal). Alcances y límites.* III. *Exposición de un caso.* IV. *Conclusiones.* V. *Fuentes de información.*

PALABRAS CLAVE. Libertad de expresión., derecho, administrativo, funcionario público, jurisprudencia.

I. INTRODUCCIÓN

272

El origen de estas ideas partió de un caso concreto: el amparo en revisión 348/2016 del índice del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. En ese asunto, se juzgaba la constitucionalidad de un acuerdo de inicio de procedimiento de separación de un elemento policial, a quien se acusó de incumplir, presuntamente, el deber contenido en el artículo 19, fracción XXX,²⁶⁹ de la Ley de la Policía Federal, ya que elaboró

²⁶⁸Grados académicos: Licenciado en Derecho por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo; maestro en Derecho con especialidad en Amparo por la Universidad Autónoma de Nuevo León.

Actividad profesional: Actuario y Secretario de Estudio y Cuenta de los Tribunales Agrarios; Secretario de juzgado de distrito; Secretario de tribunal colegiado, en las materias laboral y administrativa; Secretario de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las ponencias de los ministros Mariano Azuela Güitrón y Luis María Aguilar Morales; y magistrado de circuito, a partir de octubre de 2010. Actualmente es Magistrado del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

Ha impartido las cátedras de Derecho Constitucional II, en el Posgrado en Derecho, Área Constitucional, de la Universidad Autónoma de Guerrero; Amparo en Materia Mercantil, en la Maestría en Derecho con Especialidad en Mercantil, de la Universidad Autónoma de Nuevo León. También ha sido catedrático en la Universidad Panamericana, en la Universidad Nacional Autónoma de México y en el Instituto de la Judicatura Federal; y ponente en diversas casas de la Cultura Jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

²⁶⁹ “Artículo 19. Son deberes de los integrantes:

(...) XXX. Abstenerse de realizar conductas que desacrediten su persona o la imagen de la Policía Federal, dentro o fuera del servicio; (...)”

un video y lo subió a la red social de Facebook, en el que exclamó comentarios soeces y opiniones personales respecto del personal de la Aduana México, Servicio de Administración Tributaria y Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

El conocimiento de ese caso nos llevó a la reflexión de cuáles son los límites a la libertad de expresión de un servidor público. Los servidores públicos lo son siempre, mientras no concluyan o cesen en el cargo, de ahí que cualquier expresión pública se entienda emitida dentro de su ejercicio. Ahora, ¿están obligados a callar de manera absoluta siempre?, ¿por ser servidores públicos deben guardar un fiel silencio respecto de las instituciones o ejercicios de gobierno?, ¿qué pueden y qué no pueden expresar? En suma: ¿cuáles son los límites de la libertad de expresión de los servidores públicos?

Ya en el S. XIX Francisco Zarco anotaba: *“Según son más o menos liberales las instituciones de un país, así es mayor o menor el adelanto de la prensa periódica y la influencia que ésta ejerce en la opinión. En donde el despotismo gobierna sin dar al pueblo parte alguna en los negocios, en donde las leyes todas son la obra de la voluntad o del capricho de uno solo, las publicaciones periódicas son solo los anales parciales de los actos del que manda y de los propagadores de sus ideas. Toda discusión está prohibida, nadie puede pensar ni escribir en materias políticas y esta absoluta falta de libertad se siente hasta en las obras puramente literarias, pues el genio yace humillado ante la voluntad del soberano o tiene que sufrir la más extravagante censura, exponiéndose a ser el blanco de la tiranía por una sola queja, por una sola palabra que no cuadre a las miras del gobierno.”* (Zarco, 2013: 39)

273

La libertad de expresión, pero no cualquiera, sino el derecho a expresarse libremente, y la libertad de imprenta, previstas en los artículos 6º y 7º de la Constitución, van de la mano. El núcleo de la segunda es la primera de esas libertades. El propio Zarco, uno de los grandes periodistas de la historia de este país, veía, según las palabras transcritas, en la libertad de imprenta, un mecanismo de defensa de todas las libertades públicas. Como constituyente del

57, al fundamentar las libertades de expresión e imprenta, hizo la siguiente cita: “*El pensamiento ha sido creado por Dios para volar; al salir del cerebro del hombre las prensas no hacen otra cosa que darle ese millón de alas de que habla la Escritura. Dios le hizo águila, Gutemberg legión. Si ésta es una desgracia, forzoso es resignarse, porque en el siglo XIX no hay otro aire respirable para las sociedades humanas que el aire de la libertad.*” (Zarco, 2013: 262).

En los siglos XIX, XX, XXI y, en los subsecuentes, mientras el hombre exista, ese aire de libertad tendrá que seguir respirándose, al menos en las sociedades democráticas, en el que subyace esa libertad de libre expresión como cimiento de todos los demás derechos. Ahora mismo, las sociedades modernas enfrentan desafíos distintos. El modo tradicional de expansión de las ideas, la imprenta, está siendo rebasado. El internet y en general el entorno digital es hoy un medio de decisiva y creciente centralidad en la vida social y personal (García, 2014: 13). Al tiempo y a resultas de lo anterior, el internet es escenario de algunos de los más relevantes conflictos por el dominio político, económico, político y social de nuestro mundo. Será pues en gran medida en la red y a causa de la red, donde se decidirá lo que en años venideros deba y pueda entenderse por libertad, por democracia o por igualdad (García, 2014: 13).

Es común que un gran número de seres humanos usen las redes sociales a través del internet, para comunicarse. Es éste un medio que permite difundir información para el debate público y la comunicación personal, o bien para el comercio y la prestación de servicios, sin importar la ubicación geográfica. Es la red de redes que hace posible servicios como el correo electrónico, la mensajería instantánea, las conversaciones en línea o chats, la descarga de audio, la transferencia de archivos y las redes sociales, entre otros (Álvarez, 2012: 64). Los funcionarios públicos no escapan a esa moderna vertiente. Usan el internet, se comunican en el ámbito público y privado a través de él; hablan, opinan, escriben, reciben e intercambian información. Es inevitable, pues, su uso. De esbozar algunas respuestas a las ingentes preguntas, antes planteadas, es el objeto de este trabajo.

II. NOCIONES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (LEGALES, JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES). ALCANCES Y LÍMITES

1. *La libertad de expresión en la actual Constitución Federal*

Los derechos a la libertad de expresión y a la de imprenta están previstos en los artículos 6º, párrafo primero y 7º de la Constitución Federal, que establecen:

“Artículo 6o. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.

(...)”.

“Artículo 7o. Es inviolable la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio. No se puede restringir este derecho por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares, de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios y tecnologías de la información y comunicación encaminados a impedir la transmisión y circulación de ideas y opiniones.

Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni coartar la libertad de difusión, que no tiene más límites que los previstos en el primer párrafo del artículo 6o. de esta Constitución. En ningún caso podrán secuestrarse los bienes utilizados para la difusión de información, opiniones e ideas, como instrumento del delito.”

2. La libertad de expresión en algunos instrumentos internacionales

El derecho referido se reconoce en los artículos **19** de la Declaración Universal de Derechos Humanos, **IV** de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, **19** del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y **13** de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales son del tenor siguiente:

A. Declaración Universal de Derechos Humanos

“Artículo 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión”.

B. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

“Artículo IV. Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio.”

C. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

“Artículo 19

- 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.*
- 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*
- 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:*

- a) *Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;*
- b) *La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.*

D. Convención Americana sobre Derechos Humanos

“Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) *el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o*
- b) *la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

De los preceptos citados se obtiene que **cualquier gobernado es titular de la libertad de expresión**, es decir, todos los seres humanos tienen derecho a expresarse libremente: tienen plena libertad para expresar, recolectar, difundir y publicar informaciones e ideas.

Cuando se establece una democracia perfecta, cuando el pueblo se gobierna por sí mismo, la consecuencia precisa es la libertad más completa para poder expresar el pensamiento. Los negocios públicos interesan a todos los ciudadanos, y así, todos tienen derecho de expresar francamente sus opiniones y de proponer sus ideas a todos los demás, de censurar los actos de la autoridad y de referir las faltas que noten para procurar sus remedios de una manera pacífica y conveniente, que no exponga al país al desconcierto y la anarquía (Zarco, 2013: 38).

Es claro que el derecho a la libertad de expresión no puede ejercerse sin medida, no es absoluto ni irrestricto, pues, como todo derecho, está sujeto a límites, atendiendo al mensaje que se desea proteger. Se trata de una libertad regulada, de un derecho sujeto a limitaciones que determinan hasta dónde se encuentra garantizado. El límite a ese derecho lo establece, en el régimen doméstico, la Constitución: que no ataque la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público. Quizá de estos límites el más difícil de elucidar sea el relativo al de “ataques a la moral”. Interesante resulta la reflexión que al respecto formularon los ministros Cossío Díaz y Silva Meza en el voto minoritario emitido en el amparo en revisión 2676/2003:

“(…) La resolución del presente caso, sin embargo, no nos obliga a proporcionar una definición exhaustiva del término “moral”, sino más sencillamente a precisar lo que no puede entenderse comprendido en la mención que a la misma se hace en los artículos 6° y 7° de la Constitución. En este sentido, hay que afirmar que el término “moral” que la Constitución menciona como límite expreso a la libertad de expresión e imprenta, no puede hacerse coextensivo con la moral “social” de un grupo determinado, esto es, no puede

identificarse con el conjunto de normas culturales que prevalecen en una sociedad y en una época determinadas, plasmadas en sus costumbres, tradiciones y estados de opinión más extendidos. El término “moral” mencionado en los artículos constitucionales que nos ocupan, debe entenderse de un modo muy restrictivo como equivalente de la moral “pública”, esto es, el núcleo de convicciones básicas y fundamentales sobre lo bueno y lo malo prevalecientes en un determinado núcleo social, sin que puedan incorporarse dentro de esta categoría juicios sobre las más variadas cuestiones que acontecen socialmente.

Si se interpreta el término “moral” de modo más extenso, se convierte en una cláusula con un evidente potencial para desnaturalizar la libertad de expresión, en vez de simplemente limitarla. De poco serviría en la realidad la garantía de la libertad de expresión e imprenta protegida como derecho fundamental por la Constitución Federal, si los individuos sólo pudieran ejercerla hasta el límite de no contrariar la moral social imperante en la comunidad en la que viven, la cual, como es sabido, incluye a menudo creencias totalmente incompatibles con el necesario respeto a los derechos fundamentales de todas las personas, e intolerantes con el pluralismo ideológico, político y filosófico inherente a las sociedades modernas. De nuevo, hay que subrayar que sería imposible proteger la vigencia de un derecho fundamental entendido como un derecho individual al disenso, si el término “moral” se definiera de un modo no estrictamente condicionado por la necesidad de fomentar el pleno ejercicio de las libertades individuales fundamentales y el desarrollo desinhibido de la vida democrática (...).”

279

A propósito de los límites de la libertad de expresión relacionados con el internet, Pablo García Mexía (García, 2014: 16) refiere que son los propios contenidos de las publicaciones los que deben marcarlos; por ejemplo, los que lesionen la igualdad de las personas, por discriminatorios, o bien, por conculcar la privacidad (publicación de una fotografía sin el consentimiento de la persona), o aquellos contenidos potenciales que finalmente no accederían a la Red, por ejemplo, el caso de un periódico en línea que, sin más, fuera cerrado por un gobierno. Enlista los derechos que, a su juicio, pueden afectarse por el internet: a la

privacidad en sus diversas manifestaciones (intimidad personal y familiar, a la propia imagen, secrecía de las comunicaciones, identidad y protección de datos); a la libertad de expresión e información, en sentido estricto; a la propiedad intelectual; y lo que él llama “derechos del gobierno y administración electrónicos” (García, 2014: 20). Es evidente que el contenido de todos aquellos mensajes, ideas, palabras, imágenes o símbolos que tiendan a afectar alguno o varios de esos derechos, transmitidos por internet pueden constituir un límite a la libertad de expresión.

3. Pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la libertad de expresión

Sobre el **derecho a la libertad de expresión** la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado lo siguiente:

280

I. Se trata de un **derecho funcionalmente esencial en la estructura del Estado constitucional de derecho**, ya que tienen una doble faceta:

1) Una primera faceta esencialmente negativa e individual, que **impone al Estado el deber de no interferir en la actividad expresiva de los ciudadanos**, y que asegura a estos últimos espacios esenciales para desplegar su autonomía individual, espacios que deben ser respetados y protegidos por el Estado.

2) Por otro lado, goza de una **vertiente pública, colectiva o institucional**, se trata de una libertad que tiene tanto una dimensión individual como una dimensión social, y exige no sólo que los individuos no vean impedida la posibilidad de manifestarse libremente, sino también que se respete su derecho como miembros de un colectivo a recibir información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno, así como a

participar en un robusto debate público en temas de interés general. **Es condición necesaria para ejercer plenamente otros derechos fundamentales y elementos determinantes de la opinión y participación de la ciudadanía en un país.**

II. La libre manifestación y flujo de información, ideas y opiniones ha sido erigida en condición indispensable de prácticamente todas las demás formas de libertad, como un prerequisite para evitar la atrofia o el control del pensamiento y como presupuesto indispensable de las sociedades políticas abiertas, pluralistas y democráticas, pues es una de las mejores herramientas de la opinión pública para conocer y también para juzgar las ideas y actuaciones de los dirigentes políticos, es decir, es una herramienta para que los gobernados puedan pedir una rendición de cuentas a sus servidores públicos.

III. La libertad de expresión goza de una posición preferencial frente a los derechos de la personalidad. En las sociedades democráticas es más tolerable el riesgo derivado de los eventuales daños generados por la expresión que el riesgo de una restricción general de la libertad mencionada.

281

IV. Los artículos 6º y 7º constitucionales garantizan:

a) Que la manifestación de las ideas no sea objeto de inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que se ataque la moral, los derechos de tercero, o se provoque algún delito o perturbe el orden público.

b) Que no se viole la libertad de escribir y publicar sobre cualquier materia.

c) Que ninguna ley ni autoridad establezca censura, ni exijan fianza a los autores o impresores o coarten la libertad de imprenta.

d) Los límites a la libertad de escribir y publicar sobre cualquier materia sean el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública.

V. Los límites de crítica son más amplios si ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas o por el rol que desempeñan en una sociedad democrática, están expuestas a un más riguroso control de sus actividades y manifestaciones que aquellos particulares sin proyección pública alguna, pues en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública.

Las anteriores aseveraciones, se obtienen de los criterios siguientes:

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LOS ARTÍCULOS 6o. Y 7o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECEN DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ESTADO DE DERECHO. Los derechos fundamentales previstos en los preceptos constitucionales citados garantizan que: a) La manifestación de las ideas no sea objeto de inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que se ataque la moral, los derechos de tercero, se provoque algún delito o perturbe el orden público; b) El derecho a la información sea salvaguardado por el Estado; c) No se viole la libertad de escribir y publicar sobre cualquier materia; d) Ninguna ley ni autoridad establezcan censura, ni exijan fianza a los autores o impresores, ni coarten la libertad de imprenta; e) Los límites a la libertad de escribir y publicar sobre cualquier materia sean el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ese sentido, estos derechos fundamentales de libre expresión de ideas y de comunicación y acceso a la información son indispensables para la formación de la opinión pública, componente necesario para el funcionamiento de una democracia representativa (Jurisprudencia P./J. 24/2007).

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU IMPORTANCIA EN UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL. La libertad de expresión y el derecho a la información son derechos funcionalmente centrales en un estado constitucional y tienen una doble faceta: por un lado, aseguran a las personas espacios esenciales para el despliegue de

su autonomía y, por otro, gozan de una vertiente pública, colectiva o institucional que los convierte en piezas básicas para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa. Como señaló la Corte Interamericana en el caso Herrera Ulloa, se trata de libertades que tienen tanto una dimensión individual como una dimensión social, y exigen no sólo que los individuos no vean impedida la posibilidad de manifestarse libremente, sino también que se respete su derecho como miembros de un colectivo a recibir información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. Así, tener plena libertad para expresar, recolectar, difundir y publicar informaciones e ideas es imprescindible no solamente como instancia esencial de autoexpresión y desarrollo individual, sino como condición para ejercer plenamente otros derechos fundamentales -el de asociarse y reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito, el derecho de petición o el derecho a votar y ser votado- y como elemento determinante de la calidad de la vida democrática en un país, pues si los ciudadanos no tienen plena seguridad de que el derecho los protege en su posibilidad de expresar y publicar libremente ideas y hechos, será imposible avanzar en la obtención de un cuerpo extenso de ciudadanos activos, críticos, comprometidos con los asuntos públicos, atentos al comportamiento y a las decisiones de los gobernantes, capaces de cumplir la función que les corresponde en un régimen democrático. Por consiguiente, cuando un tribunal decide un caso de libertad de expresión, imprenta o información no sólo afecta las pretensiones de las partes en un litigio concreto, sino también el grado al que en un país quedará asegurada la libre circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto, condiciones todas ellas indispensables para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa (Tesis 1a. CCXV/2009).

283

MEDIOS DE COMUNICACIÓN. SU RELEVANCIA DENTRO DEL ORDEN CONSTITUCIONAL MEXICANO. El orden constitucional mexicano promueve la comunicación libre y socialmente trascendente, pues el intercambio de información y opiniones entre los distintos comunicadores contribuirá a la formación de la voluntad social y estatal, de modo que es posible afirmar que el despliegue comunicativo es constitutivo de los procesos sociales y políticos. Esto evidencia el carácter funcional que para la vida democrática nacional representan las libertades de expresión e información, de forma tal que

la libertad de comunicación adquiere un valor en sí misma o se convierte en un valor autónomo, sin depender esencialmente de su contenido. En efecto, la prensa juega un rol esencial en una sociedad democrática debido a que su tarea es la difusión de información e ideas sobre asuntos políticos y sobre otras materias de interés general. Consecuentemente, una condena por el ejercicio de la libertad de expresión constituye una interferencia o restricción a ese derecho, razón por la cual su constitucionalidad dependerá de que esté prevista en la ley y que sea necesaria en una sociedad democrática. Lo anterior no quiere decir que cualquier contenido resulte relevante para una sociedad democrática, por lo que no cualquier opinión o información adquiere un máximo grado de protección constitucional, situación que podría decirse, apriorísticamente, de situaciones ficticias o de procesos discursivos triviales o carentes de influencia (Tesis 1ª XXVII/2011 (10ª)).

4. Pronunciamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre el derecho a la libertad de expresión

284

A. Corte Interamericana

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante la corte interamericana, ha tratado el tema de la libertad de expresión, tal y como se advierte de los casos *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*; *Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia*; *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica* y *Tristán Donoso Vs. Panamá*.

a) Olmedo Bustos y otros vs. Chile (La Última Tentación de Cristo)

El caso “La Última Tentación de Cristo” se refiere a la responsabilidad internacional del Estado debido a la censura judicial impuesta a la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo” por parte del Consejo de Calificación Cinematográfica. El rechazo a la

exhibición de la película se sustentó en que resultaba ofensiva a la figura de Jesucristo, esto es, se basó en la supuesta defensa del derecho al honor y reputación de dicho personaje, y en que afectaba a los creyentes que lo consideraban como su modelo de vida.

En ese asunto, la corte interamericana señaló que la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática, que tiene una doble dimensión; por un lado, una dimensión individual que requiere que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento, representando, por tanto, un derecho de cada individuo. Por otro, una dimensión social o colectiva, es decir, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. Consideró que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. En pocas palabras dicha corte considera que la libertad de expresión es un derecho individual y colectivo (caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile: 68).

285

b) *Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia*

El caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia trata de la responsabilidad internacional del Estado, por (i) la agresión cometida el 29 de agosto de 1996, por parte de miembros del Ejército Nacional colombiano, en contra del periodista Luis Gonzalo Vélez Restrepo, quien filmaba una protesta contra la política gubernamental de fumigación de cultivos de coca en el departamento de Caquetá, Colombia; (ii) las amenazas e intimidaciones que dicho periodista y su familia (esposa e hijos) sufrieron; y (iii) la falta de investigación de los hechos ocurridos.

En la sentencia, la corte interamericana declaró, por unanimidad, que el Estado era responsable por haber violado (i) los derechos a la integridad personal, a la circulación y

residencia, a las garantías judiciales, a la protección judicial y de protección a la familia, en perjuicio de dicho periodista, su esposa y sus hijos; (ii) el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, en perjuicio de tal corresponsal; y (iii) los derechos del niño, en perjuicio de Mateo y Juliana Vélez Román (hijos del aludido reportero).

En dicho asunto, la corte interamericana reiteró el criterio sostenido en otros casos, relativo a que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social; que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas plenamente en forma simultánea para dar efectividad total a tal derecho. Que la primera dimensión de la libertad de expresión comprende el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir opiniones, ideas e información y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Que la expresión y la difusión son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. Que la segunda dimensión del derecho a la libertad de expresión esto es, la social, implica el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias vertidas por terceros.

286

Que a la luz de ambas dimensiones, la libertad de expresión requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

Dicha sala indicó que las infracciones al artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante, la convención, pueden presentarse bajo diferentes hipótesis, según conduzcan a la supresión de la libertad de expresión o impliquen restringirla más allá de lo legítimamente permitido, que cuando por medio del poder público se establecen medios o efectúan acciones para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o

noticias se produce una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática. En tal hipótesis se encuentran “la censura previa, el secuestro o la prohibición de publicaciones y, en general, todos aquellos procedimientos que condicionan la expresión o la difusión de información al control del Estado”. Que el ejercicio efectivo de la libertad de expresión implica la existencia de condiciones y prácticas sociales que lo favorezcan. Que es posible que esa libertad se vea ilegítimamente restringida por actos normativos o administrativos del Estado o por condiciones de facto que coloquen, directa o indirectamente, en situación de riesgo o mayor vulnerabilidad a quienes la ejerzan o intenten ejercerla, por actos u omisiones de agentes estatales o de particulares. En el marco de sus obligaciones de garantía de los derechos reconocidos en la Convención, el Estado debe abstenerse de actuar de manera tal que propicie, estimule, favorezca o profundice esa vulnerabilidad y ha de adoptar, cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir o proteger los derechos de quienes se encuentren en tal situación, así como, en su caso, investigar hechos que los perjudiquen. (caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia: 137-142, 148 y189).

287

Agregó que el ejercicio profesional del periodismo no puede ser diferenciado de la libertad de expresión, por el contrario, ambas cosas están evidentemente imbricadas, pues el periodista profesional no es, ni puede ser, otra cosa que una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado.

Respecto del caso, dicha corte dijo que el periodista Vélez Restrepo fue agredido mientras se encontraba cumpliendo labores periodísticas como camarógrafo de un noticiero nacional, y que la agresión por parte de militares tenía el propósito de coartar su derecho a la libertad de pensamiento y de expresión para impedir que continuara grabando los acontecimientos que allí se presentaban y que difundiera las imágenes que ya había grabado. Que esa agresión tenía un impacto negativo en otros periodistas que deben cubrir hechos de esa naturaleza,

quienes pueden temer sufrir actos similares de violencia, que además afectó la posibilidad de hacer llegar esa información a los posibles destinatarios.

c) *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*

El caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, se refiere a la responsabilidad internacional del Estado (i) por la imposición de una condena por difamación, al periodista Mauricio Herrera Ulloa, y (ii) la falta de un recurso adecuado y efectivo para cuestionar dicha medida.

Mauricio Herrera Ulloa era un periodista que trabajaba en el periódico “La Nación”. Publicó varios artículos sobre presuntas actuaciones ilícitas de un diplomático de Costa Rica. Tal diplomático interpuso querellas contra el referido periodista, por los delitos de difamación, calumnias y publicación de ofensas, a raíz de la publicación de los artículos mencionados. El Estado condenó a tal periodista por cuatro cargos de difamación. La corte interamericana determinó que la condena era desproporcionada y que vulneraba el derecho a la libertad de expresión, y requirió, entre otros puntos, la anulación de los procedimientos criminales contra el comunicador.

En ese asunto, la corte interamericana se pronunció respecto de las restricciones a la libertad de expresión y sus requisitos. Estableció que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, ya que puede ser objeto de restricciones, tal como lo señala el artículo 13, que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, las cuales no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa. Que para poder determinar responsabilidades ulteriores es necesario que se cumplan tres requisitos, a saber: 1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos

o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática (caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica: 95).

En esas referencias se explica la necesidad de las restricciones a esta libertad, en caso de afectación a derechos de terceros, por lo que el Estado establecerá, cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir o proteger los derechos de quienes se encuentren en tal situación, así como, en su caso, investigar hechos que los perjudiquen, sin limitar de modo alguno, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión.

Así, para poder determinar responsabilidades ulteriores es necesario que se cumplan tres requisitos:

- 1) Las limitaciones deben estar expresamente fijadas por la ley;
- 2) Deben estar destinadas a proteger ya los derechos o la reputación de los demás, ya la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública;
- 3) Deben ser necesarias en una sociedad democrática.

d) *Tristán Donoso Vs. Panamá*

El caso *Tristán Donoso Vs. Panamá* se refiere a la responsabilidad internacional del Estado, por la divulgación de una conversación telefónica del abogado Santander Tristán Donoso, así como por la condena penal impuesta debido a sus declaraciones. Tristán Donoso era un asesor

legal de la diócesis de Colón y Kuna Yala, en Panamá; el obispo le solicitó asesorara a la familia Sayed, ya que el señor Walid Sayed se encontraba detenido, por su presunta comisión del delito de lavado de dinero.

El 7 de julio de 1996 un diario publicó un artículo periodístico titulado “Circula presunto ‘narcocheque’ donado a la campaña de Sossa” (José Antonio Sossa Rodríguez era Procurador General de la Nación). Al día siguiente se produjo una conversación telefónica, entre Tristán Donoso y el padre de Walid Sayed, en la que se hacía referencia (i) a un ofrecimiento para obtener la libertad personal de aquél; (ii) a un artículo periodístico, relacionado con un cheque donado al Procurador General de la Nación en 1994; y (iii) a una reunión que se realizaría con una autoridad de la iglesia católica en Panamá. Esa conversación telefónica privada se interceptó, grabó, divulgó, lo que originó que se abriera un proceso penal contra Tristán Donoso, por el delito contra el honor, en agravio del procurador.

290

En el asunto en comento, la Corte Interamericana protegió los derechos de Tristán Donoso, quien fue condenado (a 18 meses de prisión, por el delito de calumnia, la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término; y una indemnización por daño material y moral, cuya cuantía debía ser determinada en el trámite de liquidación ante el juez inferior), debido a las acusaciones que efectuó contra el Procurador General de la Nación en una rueda de prensa, en la que afirmó que ese funcionario había interceptado y usado ilegalmente sus comunicaciones privadas, esto es, que había grabado una conversación telefónica privada con uno de sus clientes y la había difundido ante terceros.

En su sentencia, dicha corte determinó que el Estado violó los derechos a la vida privada, al honor y reputación, libertad de expresión, en perjuicio de Santander Tristán Donoso, por la divulgación de la conversación telefónica; así como las garantías judiciales, por la falta de motivación de la decisión judicial sobre la divulgación de la conversación telefónica. Para arribar a esa conclusión, realizó lo siguiente:

Recordó que, "las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático". Asimismo, indicó que "en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público (caso Tristán Donoso Vs. Panamá: 115). También resaltó que el derecho a la libertad de expresión no era un derecho absoluto, de allí que la Convención Americana preveía la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por su ejercicio abusivo. Asimismo, afirmó que dicha convención protegía el derecho a la honra y el reconocimiento de la dignidad de todas las personas, de donde se derivan limitaciones a la actuación del Estado y los particulares, y la posibilidad de solicitar la adopción de medidas judiciales para su protección (caso Tristán Donoso Vs. Panamá: 114, 129, 130).

Analizó las restricciones a la libertad de expresión y la aplicación de responsabilidad ulterior, por lo que se estudió la legalidad, finalidad legítima e idoneidad y necesidad de la medida aplicada en el caso concreto y se concluyó (i) que la condena penal impuesta, como forma de responsabilidad ulterior era innecesaria en relación con la alegada afectación del derecho a la honra; por lo que, resulta violatoria al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Tristán Donoso; (ii) que la sanción civil tenía un efecto intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión, en tanto tenía la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denunciaba a un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público.

Reiteró su jurisprudencia sobre los límites del uso del poder punitivo del Estado: "en una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o

pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado". Reafirmó así la importancia de ponderar, "la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales (caso Tristán Donoso Vs: 120).

B. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Por su parte, la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos** ha adoptado en la Declaración de Principios sobre libertad de expresión, trece de ellos que fundamentan el núcleo duro de este derecho:

“1. La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática.

2. Toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

3. Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla.

4. El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas

previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.

5. La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión.

6. Toda persona tiene derecho a comunicar sus opiniones por cualquier medio y forma. La colegiación obligatoria o la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística, constituyen una restricción ilegítima a la libertad de expresión. La actividad periodística debe regirse por conductas éticas, las cuales en ningún caso pueden ser impuestas por los Estados.

7. Condicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales.

8. Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales.

9. El asesinato, secuestro, intimidación, amenaza a los comunicadores sociales, así como la destrucción material de los medios de comunicación, viola los derechos fundamentales de las personas y coarta severamente la libertad de expresión. Es deber de los Estados prevenir e investigar estos hechos, sancionar a sus autores y asegurar a las víctimas una reparación adecuada.

10. Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se

condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.

11. Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como 'leyes de desacato' atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.

12. Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos.

13. La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión”.

De acuerdo con estos principios, la libertad de expresión es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas; en su dimensión individual, toda persona tiene derecho a comunicar sus opiniones por cualquier medio y forma, destaca por su importancia para este trabajo, el relativo a que los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad, y que las leyes que penalizan la expresión ofensiva

dirigida a funcionarios públicos, generalmente conocidas como ‘leyes de desacato’, atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.

Entonces, quienes deciden dedicarse a la función pública saben de antemano, que están expuestos a la crítica pública. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostuvo que los límites de crítica son más amplios si ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas o por el rol que desempeñan en una sociedad democrática, están expuestas a un más riguroso control de sus actividades y manifestaciones que aquellos particulares sin proyección pública alguna, pues en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública (amparo directo en revisión 2044/2008).

5. La doctrina

295

Sobre el derecho a libertad de expresión, algunos autores han señalado lo siguiente:

“(...) todas las personas, al parecer pueden tener un derecho a opinar, no porque sean libres de hacerlo, sino porque son libres de actuar, y al actuar deliberan, deciden y eligen, aunque con esa lección se aparten del fin, e ignoren el bien. Más, si el acto de expresarse es acto humano y por ende, un acto libre, ha de ser igualmente un acto inteligente y acto voluntario, que busca el bien porque está encaminado a un fin. En consecuencia ha de ser un acto humano encaminado a la verdad (...).

La libertad de expresión implica en sí misma la posibilidad de manifestación de ideas, opiniones, sentimientos o pensamientos de la persona que permiten su desarrollo social.”²⁷⁰

²⁷⁰ Tenorio Cueto, Guillermo A., *La libertad de expresión y sus fronteras contemporáneas*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2007, pp. 154 y 184.

“(...) la libertad de expresión permite desarrollarnos como personas, al propiciar nuestro crecimiento intelectual y moral, ya que al estar expuestos a diferentes ideas, pensamientos, noticias e informaciones, se va desarrollando una propia personalidad y delimitando los ideales que han de guiar nuestra existencia (...)”²⁷¹

(...) Las expresiones son manifestaciones de los pensamientos y de las convicciones que integran el ámbito de conciencia de cada individuo. Ellas pueden expresar las creencias más profundas, a las cuales está vinculado ligado, y desde las cuales desarrolla su quehacer vital. Son sus creencias sobre el mundo y sus relaciones sociales, que expresan su personalidad. También están sus ideas, sus pensamientos o sus meras ocurrencias, que ha elaborado y constituyen parte esencial de su vida de relación y su visión del mundo.

La libertad de expresión comprende tanto opiniones, las ideas y las creencias-religiosas o ideológicas- con sus prejuicios, que se manifiestan a través de las expresiones de cualquier medio. Pero también comprenden aquellas propias de la vida de relación en el trato con otros o con otras, en el ámbito privado o social. No necesariamente deben ser expresiones verbales, la expresión es algo más que la comunicación con palabras, es también gestual, con signos o dibujos artísticos o musicales, con humoradas y también con acciones (...).

Una de las tendencias que se manifiestan en nuestro ámbito es su empobrecimiento, por la ausencia en la variedad de vocablos y la simplificación en las expresiones se ha manifestado juntamente con la vulgarización; esto es, el uso cada vez más frecuente de expresiones vulgares o malsonantes que eran propias del hablar popular y callejera (...)

²⁷¹ Carbonell, Miguel. *Los Derechos Fundamentales en México*, 3era. ed., México, Porrúa, 2009, p. 372.

Estos aspectos tienen que ver con el tema que estamos analizando, porque veremos cómo este problema llega también a los estrados judiciales que deben resolver sobre los términos de las expresiones. En este sentido, se ha generalizado el examen de las expresiones en el contexto de la situación, igual que las palabras o los términos que se interpretan en el contexto de un documento; las palabras hay que analizarlas en el contexto de la situación que ha dado lugar a esa expresión.

(...) En los hechos resulta muy difícil distinguir lo que puede ser una palabra malsonante de un insulto.

Estas consideraciones suponen que en toda expresión tiene que analizarse la persona que se expresa, a quien va dirigida la expresión, y el entorno donde tiene lugar este discurso. ”²⁷²

297

También la doctrina ha indicado que la libertad de expresión es “*un instrumento para el desarrollo del individuo y para su plena realización personal; porque, en efecto, el derecho a expresar y comunicar a otras personas nuestros pensamientos, ideas o sentimientos, es lo que reafirma la dignidad y el valor de toda persona como miembro de la sociedad y lo que permite al individuo desarrollar todo su potencial*”²⁷³

Que la **expresión** “*es primordialmente, aquello que comunica una idea, una información o un sentimiento; sin embargo, en el contexto de las relaciones sociales, el mensaje mismo es solo una parte del proceso de comunicación*”²⁷⁴. Ha destacado que la **expresión genuina y sin censura** es acorde con lo señalado en el segundo considerando de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en donde se señaló “*se ha proclamado, como*

²⁷² Urioste Braga, Fernando. *La libertad de expresión y derechos humanos*, Montevideo- Buenos Aires, IB de IF, 2008, pp. 59 y 80.

²⁷³ Faúndez Ledesma, Héctor. *Los límites a la libertad de expresión*, 1era. ed., México, UNAM, 2004 p. 95.

²⁷⁴Ídem, p. 95.

aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”. Que la censura “es precisamente, el instrumento que impide la expresión verdadera y libre, auténtica finalidad de la comunicación para lograr el objetivo del desarrollo de la personalidad”²⁷⁵.

Asimismo, que *“la libertad de expresión, además de ser universal, inalienable e indisponible, puede ser clasificada: como un derecho humano, habida cuenta que se ejerce como una aptitud para expresarse por la sola circunstancia de ser hombre; como un derecho público, ya que aunque se reconozca solo a los ciudadanos, éstos siempre podrán externar sus ideas; como derecho civil, puesto que de los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía privada y sobre los que se funda el mercado, es que surgen los medios de comunicación, organizaciones que tanto distribuyen la información como la comercializan y; como derecho político, máxime que el poder manifestar ideas y propuestas en un elemento esencial para ser elegido a un cargo público. Así, no obstante la clasificación o categorización que se le pretenda dar a la libertad de expresión, ésta siempre será un (sic) aptitud innata que al ser sancionado (sic) en una norma se transforma en un derecho, oponible a terceros, el cual faculta a las personas a manifestarse, no importando si se es ciudadano o no. Para que una persona pueda expresarse, ya sea a través de su voto o de opiniones e ideas, es necesario contar con un conjunto de normas jurídicas que reconozcan ese derecho y garanticen el respeto del mismo, tanto de la autoridad como de los particulares. De igual forma es necesario que se establezcan restricciones o límites al referido ejercicio, pero sólo en casos específicos y delimitados, ya que no solo se restringe la libertad de una persona, sino al sistema democrático...Debe reiterarse que la libertad de expresión habitualmente se estudia como derecho fundamental, derecho humano, derecho público o garantía individual, tanto en sus alcances como en sus límites y restricciones; sin embargo, en ocasiones se soslaya que éstos deben a su vez analizarse desde la perspectiva democrática.”²⁷⁶*

²⁷⁵Urioste Braga, Fernando, op. cit. p. 102.

²⁷⁶ Muñoz Díaz, Pablo Francisco. *Libertad de expresión. Límites y restricciones*, 1era. ed., México, Porrúa y Escuela Libre de Derecho, 2016, pp. 5 y 6.

De todo lo expuesto se obtiene que la **libertad de expresión** es un derecho humano reconocido en nuestro ordenamiento jurídico y en el derecho internacional, propio de una sociedad democrática. Se refiere a la aptitud innata que todos los seres humanos tienen para expresar sus ideas o pensamientos, a través de la palabra, de manera oral (directa o por medio de la radiodifusión, televisión, videos o redes sociales) o escrita (libro, periódico, revistas, panfleto, espectaculares, entre otros), sin importar la raza, color, religión, sexo, idioma, origen, posición económica u otra condición social, ya que son libres de actuar, pues al actuar, deliberan, deciden y eligen.

Está relacionado con el poder decir, el poder hablar, el poder transmitir una idea, un pensamiento, una información, una opinión o un sentimiento en el idioma que se elija para hacerlo. Implica una tolerancia de quien escucha aun cuando existan excesos en la expresión, salvo que se traten de insultos que agravien la dignidad de la persona, pues éstos son innecesarios en la expresión o la comunicación y quedan fuera de toda protección.

299

Ese derecho de libertad de expresión da la posibilidad de manifestación de ideas, opiniones, sentimientos o pensamientos integrantes de la conciencia de cada individuo y que constituyen parte de la visión del mundo de quien las expresa. Se refleja en las artes, en lo político, la literatura, la conversación en la plaza pública, en los gestos, las muecas, comentarios a través de los medios de comunicación.

Comprende la libertad de difundir ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, **o por cualquier otro procedimiento.**

Se trata de un derecho funcionalmente esencial en la estructura del Estado constitucional de derecho que tienen una doble faceta: por un lado aseguran a las personas espacios esenciales

para desplegar su autonomía individual, espacios que deben ser respetados y protegidos por el Estado, y por otro gozan de una vertiente pública, colectiva o institucional que los convierte en piezas centrales para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa.

Tener plena libertad para expresar, recolectar, difundir y publicar informaciones e ideas es imprescindible no solamente como instancia esencial de auto-expresión y autocreación, sino también como premisa para poder ejercer plenamente otros derechos fundamentales y como elemento funcional que determina la calidad de la vida democrática en un país.

Tal derecho puede estar sujeto a ciertas **restricciones**, que deberán ser necesarias para asegurar **(i)** el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, **(ii)** la protección de la seguridad nacional, **(iii)** el orden público o la moral.²⁷⁷ Lo anterior, se traduce en la posibilidad de una responsabilidad ulterior, ya sea penal, civil o administrativa, con motivo de las manifestaciones expresadas, pero ello será si las manifestaciones traspasan el umbral establecido.

300

Sobre el **ataque a la moral, al orden y a la paz pública**, los **artículos 2º y 3º**, de la Ley sobre los delitos de imprenta establecen:

“Artículo 2o. Constituye un ataque a la moral:

I. Toda manifestación de palabra, por escrito, o por cualquier otro de los medios de que habla la fracción I del artículo anterior, con la que se defiendan o disculpen, aconsejen o

²⁷⁷Tal y como se advierte de la Constitución Federal y del párrafo 3 del artículo 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que dice: “El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto de los derechos humanos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

propaguen públicamente los vicios, faltas o delitos, o se haga la apología de ellos o de sus autores;

II. Toda manifestación verificada con discursos, gritos, cantos, exhibiciones o representaciones o por cualquier otro medio de los enumerados en la fracción I del artículo 2o. con la cual se ultraje u ofenda públicamente al pudor, a la decencia, o a las buenas costumbres o se excite a la prostitución o a la práctica de actos licenciosos o impúdicos, teniéndose como tales todos aquéllos que, en el concepto público, estén calificados de contrarios al pudor;

III. Toda distribución, venta o exposición al público, de cualquiera (sic) manera que se haga, de escritos, folletos, impresos, canciones, grabados, libros, imágenes, anuncios, tarjetas u otros papeles o figuras, pinturas, dibujos o litografiados de carácter obsceno (sic) o que representen actos lúbricos (sic).

Artículo 3o. *Constituye un ataque al orden o a la paz pública:*

I. Toda manifestación o exposición maliciosa hecha públicamente por medio de discursos, gritos, cantos, amenazas, manuscritos, o de la imprenta, dibujo, litografía, fotografía, cinematógrafo, grabado o de cualquier otra manera, que tenga por objeto desprestigiar, ridiculizar o destruir las instituciones fundamentales del país; o con los que se injuria a la Nación Mexicana, o a las Entidades Políticas que la forman;

II. Toda manifestación o expresión hecha públicamente por cualquiera de los medios de que habla la fracción anterior, con la que se aconseje, excite o provoque directa o indirectamente al Ejército a la desobediencia, a la rebelión, a la dispersión de sus miembros, o a la falta de otro u otros de sus deberes; se aconseje, provoque o excite directamente al público en general a la anarquía, al motín, sedición o rebelión, o a la desobediencia de las leyes o de los mandatos legítimos de la autoridad; se injurie a las autoridades del país con el objeto de atraer sobre ellas el odio, desprecio o ridículo; o con el mismo objeto se ataque a los cuerpos públicos colegiados, al Ejército o Guardia Nacional o a los miembros de aquéllos y éstas, con motivo de sus funciones; se injurie a las naciones amigas, a los soberanos o Jefes de ellas o a sus legítimos representantes en el país; o se aconseje, excite o provoque a la Comisión de un delito determinado.

III. La publicación o propagación de noticias falsas o adulteradas sobre acontecimientos de actualidad, capaces de perturbar la paz o la tranquilidad de la República o en alguna parte de ella, o de causar el alza o baja de los precios de las mercancías o de lastimar el crédito de la Nación o de algún Estado o Municipio, o de los bancos legalmente consituídos (sic).

IV. Toda publicación prohibida por la ley o por la autoridad por causa de interés público, o hecha antes de que la ley permita darla a conocer al público.

También puede darse el caso de que la libertad de expresión se vea limitada por el propio Constituyente cuando proscriba de su protección las manifestaciones de ideas que ataquen valores o derechos contenidos en otro precepto constitucional, que sea de mayor valía”.

Respecto de la **seguridad nacional**, el artículo 13, fracción XIII de la abrogada Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental establecía:

302

“Artículo 3. Para los efectos de esta Ley se entenderá por: (...)

XII. Seguridad nacional: Acciones destinadas a proteger la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano, la gobernabilidad democrática, la defensa exterior y la seguridad interior de la Federación, orientadas al bienestar general de la sociedad que permitan el cumplimiento de los fines del Estado constitucional; (...)”

En algunas ocasiones la manifestaciones aducidas en ejercicio del derecho en comento, contienen expresiones que algunos pueden considerar vulgares o malsonantes; sin embargo, esa calificación es subjetiva, pues dependerá del caso en particular, esto es, de la idiosincrasia del hablante, así como de los prejuicios de la sociedad y el medio en el que se desenvuelve.

Con motivo de esa calificación, el ejercicio de la libertad de expresión puede verse injustamente restringido por actos de los poderes públicos que colocan en situación de

vulnerabilidad a quien ejerce tal derecho. Es decir, ese derecho puede limitarse por la exigencia de responsabilidades civiles, penales o administrativas, con motivo de las expresiones utilizadas, soslayándose que si los ciudadanos no tienen plena seguridad de que el derecho los protege en su posibilidad de expresar y publicar libremente ideas y hechos, será imposible avanzar en la obtención de un cuerpo extenso de ciudadanos activos, críticos, comprometidos con los asuntos públicos, atentos al comportamiento y a las decisiones de los gobernantes o representantes, capaces de cumplir la función que les corresponde en el ejercicio de una actividad democrática.

Algunas posibles **limitaciones a la libertad de expresión que no están expresamente asentadas en la normativa** son:

1. La blasfemia “*entendiendo por tal aquéllas expresiones ofensivas para con Dios o las cosas con él relacionadas, ha sido utilizada desde tiempos remotos- tanto por el Estado como por la Iglesia-para censurar expresiones...asociada con la profanación y respeto a ciertos objetos de veneración considerados sagrados y con expresiones que ofenden los sentimientos religiosos de otros*” aunque no está específicamente contemplada dentro de las circunstancias que pueden afectar el ejercicio de la libertad de expresión, sí se puede considerar dentro de las restricciones a esa libertad, pues con ese pretexto se han censurado algunas ideas, películas (*Yo te saludo, María y La última tentación de Cristo.*) o publicaciones (libro de *Los versos satánicos* que habría ofendido al mundo islámico) (Faúndez, 2004: 690 y 697).

2. Cuando una persona está privada de su libertad o las derivadas del ejercicio de la función pública. Sobre este último supuesto, si bien la Corte Europea de derechos humanos ha determinado que un funcionario no se encuentra fuera del ámbito de protección de derechos, lo cierto es que permite al Estado imponer restricciones especiales a las fuerzas armadas, de la policía o de la administración pública (caso of Wille v Liechtenstein, sentencia de 28 de octubre de 1999, párrafo 41). En efecto, dicha corte ha sostenido que con el propósito de garantizar la imparcialidad de los servidores públicos, con motivo de su deber de discreción

y a fin de garantizar una democracia efectiva, puede restringirse la libertad de expresión de los funcionarios. Que se les puede restringir a ciertas categorías de funcionarios su participación en ciertas actividades políticas, derivado de la importancia de sus deberes, porque lo que se trata de evitar es funcionarios de naturaleza partidista, evitar que hagan comentarios de naturaleza partidista, no obstante, esa restricción no implicaba que los funcionarios no se pudieran unir a un partido político o desarrollaran actividades permitidas dentro del partido (Faúndez, 2004: 704).

El referido tribunal especificó que en cada caso habría que buscarse un equilibrio entre el derecho del individuo a expresarse y el legítimo interés del Estado a asegurarse de que el comportamiento de los funcionarios fuera compatible con los propósitos que permiten restringir dicho derecho.

3. Tratándose de los militares y la policía quienes aunque no renuncian al derecho a expresarse libremente, ese derecho se les ha restringido, con motivo de su función en la sociedad, de las exigencias en su disciplina, el secreto y la confidencialidad de sus operaciones, y en aras de garantizar la seguridad nacional, pues difícilmente su funcionamiento sería apropiado sin la existencia de reglas diseñadas para evitar que dichos elementos puedan quebrantar la disciplina militar. En ese sentido, es válida la restricción del aludido derecho cuando hay una amenaza sobre todo a la disciplina militar, pero ello no significa que frustren totalmente sus opiniones y que se considere que la libertad de expresión es propia de los civiles y no de los militares (Faúndez, 2004: 706 y 707).

4. Los académicos y estudiantes también tienen restringido su derecho de libertad de expresión. Verbigracia, cuando el profesor y los alumnos deben apearse al reglamento escolar, en el que pueden asentarse una serie de prohibiciones, como el participar en clase si no es alumno, el dar una cátedra si no es profesor de la institución escolar en la que se presenta, lo anterior, a fin de evitar que interfiera en el trabajo escolar (Faúndez, 2004: 701).

5. En México, también está restringido el derecho a la libertad de expresión de los extranjeros, en materia política, pues el artículo 33 de nuestra constitución en su último párrafo establece que los extranjeros no podrán inmiscuirse en la vida política del país.

III. EXPOSICIÓN DE UN CASO

1. *Antecedentes*

A través del amparo indirecto²⁷⁸, un policía federal pidió amparo contra el acuerdo de inicio del procedimiento administrativo incoado en su contra, por considerarse que incumplió el deber contenido en el artículo 19, fracción XXX, de la Ley de la Policía Federal (abstenerse de realizar conductas que desacrediten su persona o la imagen de la Policía Federal, dentro o fuera del servicio), ya que elaboró un video y lo subió al sitio web Facebook, en el que exclamó comentarios soeces y opiniones personales respecto de una institución de la Administración Pública Federal.

305

El juez de distrito negó el amparo solicitado. Contra esa decisión, el quejoso interpuso recurso de revisión. Después de estudiar el caso, el tribunal colegiado de circuito revocó la sentencia recurrida y concedió el amparo, pues estimó que sus manifestaciones, en uso de la libertad de expresión, estaban dentro de los límites constitucionales a ese derecho y no encuadraban en el supuesto legal antes señalado, porque no tenían relación con el servicio policial.

2. *Razonamiento del tribunal y aplicación de estándares interamericanos*

²⁷⁸ Véase versión pública en la página oficial del Consejo de la Judicatura Federal.

Para resolver la cuestión, el tribunal colegiado aplicó la normativa interna, la doctrina y la jurisprudencia nacional e interamericana. Ese estudio derivó en las consideraciones siguientes:

En primer lugar, el órgano colegiado sobre el **derecho a la libertad de expresión** dijo:

a) Que permite expresar y manifestar ideas, pensamientos, sentimientos, inquietudes, opiniones en público sobre cualquier materia, sin consideración de fronteras, de manera verbal, por escrito, o por cualquier otro procedimiento.

b) Que es ejercido por cualquier persona, sin distinción por su profesión o por su calidad de servidor público; que el ejercicio de ese derecho no debía ser motivo de procedimiento alguno, si no rebasa los límites que la Constitución Federal establecía, en específico en su artículo 6°.

c) Que no solo se extiende hacia ideas aceptables, sino también hacia aquellas que resultan chocantes o perturbaban a algunos; es decir, que tal derecho no puede coartarse, porque las ideas, en sí mismas, resulten ofensivas para algunos, pues la importancia de la libertad de expresión radica en el derecho de las minorías, de las personas originales o excéntricas, a expresar ideas impopulares, incluso desagradables.

d) Que protege las opiniones personales que cualquier persona realice, aun y cuando sea servidor público, lo que implicaba no debe ser merecedor de sanción alguna con motivo del ejercicio de ese derecho, si está dentro de los límites que nuestra constitución marca.

En segundo lugar, el órgano colegiado consideró que quien ingresa a laborar a una dependencia pública no renuncia a su derecho a expresarse libremente, ni lo pierde por la condición de funcionario; esto es, que un servidor público, no por serlo, escapa al ámbito de protección de su derecho a la libertad de expresión, pues éste se garantiza a toda persona, independientemente de que tenga o no la condición de funcionario. Y para restringir ese derecho a los servidores públicos, y con mayor razón para iniciarles un procedimiento administrativo con motivo de sus opiniones, las autoridades deben ponderar las manifestaciones aducidas para determinar si las restringen o no, pero no arbitrariamente, sino a partir de las restricciones que la Constitución Federal establece.

En tercer lugar, señaló que régimen disciplinario de la Policía Federal no es equivalente a un régimen autoritario o de censura, sino que está encaminado a garantizar el mejor desempeño de los integrantes de esa institución en sus funciones; y a la optimización del servicio en beneficio de la sociedad. Que cuando se inicie un procedimiento administrativo por incumplimiento a algún deber establecido en la Ley de la Policía Federal o en su reglamento, tal procedimiento debe estar íntimamente relacionado con la prestación del servicio que prestan los integrantes de esa corporación.

El tribunal determinó que, cuando un policía federal, en uso de su libertad de expresión, expresa manifestaciones en contra de una institución pública distinta a la que labora, aun y cuando emplee palabras consideradas por algunos sectores como inapropiadas o soeces, tales manifestaciones son insuficientes para estimar que, con ese actuar, desacredita su imagen o la de la Policía Federal, y que por ello amerita el inicio de un procedimiento administrativo disciplinario. Que la finalidad del legislador, al prever ese tipo de procedimientos, fue la de lograr y preservar una prestación óptima del servicio policial, el cual debería apearse a los principios institucionales de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a las garantías individuales y derechos humanos reconocidos en la Constitución Federal.

Adicionalmente se consideró que la autoridad administrativa perdió de vista que el tipo infractor consagrado en el artículo 19, fracción XXX, de la Ley de la Policía Federal se refiere a que el desacreditamiento de la persona del policía o de la institución esté relacionado directamente con la prestación del servicio (deberes), pues de lo contrario se caería en el absurdo de considerar que los servidores públicos, por serlo, carecen del derecho fundamental a la libre expresión, lo que atenta contra el principio constitucional y jurisprudencial nacional e internacional de que toda persona tiene ese derecho fundamental e inalienable, en todas sus formas y manifestaciones. Si uno de los atributos del derecho en cuestión, es el de ser inalienable, no puede entonces considerarse que, por el ingreso al servicio público, aquél se menoscabe o vede.

Recordó que, tratándose de servidores públicos, el derecho a la libertad de expresión adquiere ciertas connotaciones y características específicas que han sido reconocidas por la jurisprudencia interamericana, particularmente en los ámbitos de: a) los especiales deberes a los que están sujetos por causa de su condición de funcionarios estatales; b) el deber de confidencialidad al que pueden estar sujetos ciertos tipos de información manejada por el Estado; c) el derecho y deber de los funcionarios públicos de efectuar denuncias de violaciones a los derechos humanos; y d) la situación particular de los miembros de las Fuerzas Armadas. Así, la autoridad responsable debió ponderar si, con las expresiones referidas, el hoy quejoso vulneró alguno de los deberes a que está sujeto como policía, sin que lo hiciera.

Aunque el elemento policial haya realizado expresiones que algunos consideren como inadecuadas, molestas, ofensivas, insultantes, soeces o censurables, desvinculadas de la información proporcionada y proferidas gratuitamente, no debe perderse de vista que, tales manifestaciones solo reflejan sus pensamientos, sentimientos y molestia por la instalación de una garita que considera inadecuada por el peligro que corren, a su juicio, los automovilistas;

sin que sus expresiones ataquen otros principios o derechos previstos en la Constitución Federal, como lo es el honor, la reputación o la intimidad; por lo que no debe silenciársele con un procedimiento que puede concluir con la separación del cargo que desempeña, pues ello no es propio de un Estado democrático; máxime si se toma en consideración que se trata de un servidor público que adolece de proyección pública importante.

Luego, el inicio del procedimiento administrativo disciplinario, es una restricción indebida del libre flujo de ideas y, por ende, se trata de una medida desproporcional. Excesiva, porque con motivo de una opinión, el acuerdo de inicio puede traer como consecuencia la separación del policía de su cargo, lo que es contrario a la regla de que las afectaciones de derechos demanda la existencia de medidas proporcionales, esto es, leves para reaccionar a afectaciones leves y medidas más graves para casos más graves. En todo caso, si lo que se trata es de fomentar la confianza en las instituciones, en el caso, la credibilidad en la Policía Federal, como una medida de prevención, se considera excesivo iniciar un procedimiento disciplinario que puede culminar con una separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio que será irreparable e irreversible, aun y cuando se acreditara la ilegalidad de dicho procedimiento, pues el policía ya no podrá ser reinstalado, por mandato constitucional.

Es contrario al derecho fundamental de libre expresión, el inicio de un procedimiento administrativo disciplinario contra un policía que realizó opiniones respecto de instituciones distintas a la que pertenece; manifestaciones que, además, no sobrepasan los límites de la crítica aceptable, pues no se emitieron para dañar la imagen de la Policía Federal, ni para denigrar o desacreditar públicamente a alguien; para atentar contra la dignidad de alguna persona, ni mucho menos para atentar contra la seguridad nacional. Tampoco tales manifestaciones tienen alguna incitación al delito, al odio o a la guerra, ni fomentan el odio o el desprecio hacia determinado grupo de personas, con motivo de su raza, edad, preferencias, género, religión, sexo, costumbres, pues ni siquiera se dirige a persona alguna en concreto. La reacción administrativa frente a la probable extralimitación en la crítica no

debe producir un efecto disuasorio o desalentador del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, pues el régimen disciplinario está diseñado a fin de garantizar que el servicio policial se preste con ética y disciplina, apegado a los principios institucionales de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a las garantías individuales y derechos humanos reconocidos en la Constitución Federal; no obstante, lo anterior no se traduce en que los elementos policiacos deban tener una fidelidad silente y acrítica respecto a las instituciones públicas. Estimar lo contrario, esto es, permitir expresiones a condición de que no resulten incómodas o contrarias a la manera de pensar de ciertos grupos constituye un serio obstáculo hacia el desarrollo democrático de la sociedad.

Así, concluyó el tribunal, aun y cuando la Constitución no reconoce un derecho al insulto o a la injuria gratuita, tampoco veda expresiones inusuales, alternativas, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias; por ello, cuando se inicia el procedimiento disciplinario con la finalidad de sancionar una crítica en la que pudiera considerarse, se profirieron términos relativamente fuertes, que solo reflejan una opinión negativa por parte del autor, pero sin la intención de dañar, resulta violatoria de la libertad de expresión.

310

IV. CONCLUSIONES

1ª. A partir de la base de que todas las formas de discurso expresivo están protegidas por el derecho a la libertad de expresión - salvo que estén en los supuestos expresos de restricción a ese derecho-, independientemente de su contenido y de la mayor o menor aceptación social y estatal con la que cuenten, se considera que el Estado debe ser neutral ante los contenidos y evitar excluir del debate público y sancionar a las personas por sus manifestaciones. Es decir, la libertad de expresión debe garantizarse no sólo en cuanto a la difusión de ideas e informaciones recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también en cuanto a las que ofenden, chocan, inquietan, resultan ingratas o perturban al

Estado o a cualquier sector de la población, pues así lo exige la tolerancia a la crítica y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática (casos Herrera Ulloa: párr. 113 y Olmedo Bustos y otros: párr.69). Se estima que las restricciones a la libertad de expresión no deben perpetuar los prejuicios ni fomentar la intolerancia.

2ª. Así, con base en la premisa anterior, es decir, que la libertad de expresión es un derecho que toda persona tiene, propio de un Estado democrático, se puede sostener que **un servidor público**, por el simple hecho de ser persona, con independencia de su investidura, es libre de opinar y emitir juicios sobre diferentes ámbitos de la realidad política, social y económica; y las restricciones que pudiera tener deberán estar vinculadas con el ejercicio de su función. Sus ideas, cualesquiera que sean, no deben ser motivo de enjuiciamiento si no rebasan los límites que la Constitución Federal establece en el artículo 6º y aquellos deducidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La **libertad de expresión de los servidores públicos** no se pierde por tener ese carácter; su derecho a expresarse libremente no está vedado, ya que su ideología es una cuestión privada que no merece restricciones, más que las relacionadas con: (i) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, (ii) la protección de la seguridad nacional, (iii) el orden público o la moral; y (iv) los especiales deberes, entre ellos el de confidencialidad, a los que están sujetos por causa de su condición de funcionarios estatales. Un servidor público no debe ser sancionado por expresarse libremente, máxime si se refiere a temas que no tienen que ver con la función que le fue encomendada.

La circunstancia de que, en relación con los especiales deberes a los que están sujetos por su condición de servidores públicos, se encuentre el principio 11 de la Declaración de Principios sobre libertad de expresión, que señala que los **funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad**, ello no significa que no sean titulares del derecho a la libertad de expresión en sus diversas manifestaciones.

3^a. El Estado no debe atacar las manifestaciones de los servidores públicos con la amenaza de una sanción; no deben utilizarse los procedimientos administrativos sancionatorios como un medio para silenciar a los servidores públicos, pues ello implica socavar la democracia. En todo caso, para restringir el aludido derecho a los servidores públicos, y con mayor razón, para iniciarles un procedimiento administrativo con motivo de sus opiniones, las autoridades deben ponderar las manifestaciones aducidas, pero no arbitrariamente, sino a partir de las restricciones que la Constitución Federal establece en sus artículos 6° y 7°, y aquellas autorizadas expresamente por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En otras palabras, Estado no debe imponer sanciones a los servidores públicos, por el sólo hecho de expresar sus ideas; es decir, cuando su opinión no tiene consecuencias antijurídicas, si no ataca la moral, la vida privada, los derechos de tercero, y si no provoca algún delito o la perturbación del orden público, como lo dispone el artículo 6° constitucional. Sólo en estos casos el Estado puede adoptar medidas de contención de esa clase de conductas, que pueden ir desde el establecimiento de faltas administrativas hasta la creación de tipos penales.

4^a. Existen deberes más específicos a los que está sujeto el ejercicio de la libertad de expresión por parte de los funcionarios públicos, tales como: omitir pronunciarse en ciertos casos, en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, sobre asuntos de interés público; deber especial de constatación razonable de los hechos que fundamentan sus pronunciamientos; asegurarse de que sus pronunciamientos no constituyan violaciones a los derechos humanos; asegurarse de que sus pronunciamientos no constituyan una injerencia arbitraria, directa o indirecta, en los derechos de quienes contribuyen a la deliberación pública mediante la expresión y difusión de su pensamiento; y garantizar que al ejercer su libertad de expresión, no están interfiriendo sobre el adecuado funcionamiento de las demás autoridades en perjuicio de los derechos de las personas, en particular sobre la autonomía e independencia judicial (caso Ríos y otros Vs. Venezuela: párr. 139 y caso Apitz Barbera y otros: párr. 131).

En el contexto anterior, los funcionarios públicos, al igual que toda persona, deben tener especial cuidado en el uso de internet, a efecto de no vulnerar derechos tales como: la privacidad en sus diversas manifestaciones (intimidad personal y familiar, a la propia imagen, secrecía de las comunicaciones, identidad y protección de datos); a la libertad de expresión e información, en sentido estricto; a la propiedad intelectual; y a los doctrinalmente llamados “derechos del gobierno y administración electrónicos”, que se traduce en el derecho a participar en el gobierno mediante mecanismos de transparencia y colaboración a través de medios digitales. Es evidente que el contenido de todos aquellos mensajes, ideas, palabras, imágenes o símbolos que tiendan a afectar alguno o varios de esos derechos, transmitidos por internet pueden constituir un límite a la libertad de expresión.

V. FUENTES DE INFORMACIÓN.

Bibliográficas.

ÁLVAREZ, Clara Luz, *Derecho de las telecomunicaciones*, México, 2da. Ed., UNAM, 2012.

CARBONELL, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, 3era. ed., México, Porrúa, 2009.

CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo, *El precio de la libertad de expresión*, 1era. ed., México, Fontamara, 2016.

GARCÍA MEXÍA, Pablo, *Derechos y libertades, internet y tics*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

GÓMEZ GAMBOA, David, *Hacia la construcción del ius constitutionale commune en América Latina en materia de libertad de e información*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, Los límites a la libertad de expresión, 1era. ed., México, UNAM, 2004.

LUNA PLA, Issa y VILLANUEVA, Ernesto, 2009, *Régimen Jurídico de la libertad de expresión en el siglo XIX*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

MUÑOZ DÍAZ, Pablo Francisco, Libertad de expresión. Límites y restricciones, 1era. ed., México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2016.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro, Los derechos fundamentales de los jueces, Madrid, Marcial Pons, 2012.

TENORIO CUETO, Guillermo A., La libertad de expresión y sus fronteras contemporáneas, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2007.

URIOSTE BRAGA, Fernando. La libertad de expresión y derechos humanos, Montevideo-Buenos Aires, IB de IF, 2008.

ZARCO, Francisco, Escritos sobre la libertad de imprenta, México, Cien de México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 2013.

Electrónicas.

Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, serie C No. 107, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf.

Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile, serie C No. 73, http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/tentacion_28_11_03.pdf.

Caso Tristán Donoso Vs. Panamá, serie C No. 193,
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_193_esp.pdf.

Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia, serie C No. 248,
http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_248_esp.pdf.

Caso Ríos y otros Vs. Venezuela,
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_194_esp.pdf.

Caso Apitz Barbera y otros: párr. 131),
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf.

Normativas.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2017, México.

Declaración de Principios sobre libertad de expresión

Institucionales.

Relatoría Especial para la libertad de expresión, Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión, Asdi, 2010.

EVOLUCIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL MEXICANO

Alberto DEL CASTILLO DEL VALLE

SUMARIO. I. *Introducción al Derecho Procesal.* II. *La evolución del Derecho Procesal Constitucional en México.* III. *Evolución de los medios de control constitucional a partir de 1917.* IV. *Creación de nuevos medios de control constitucional.* V. *Defensa constitucional en contra de particulares.*

PALABRAS CLAVE. Derecho procesal, evolución, defensa constitucional, control constitucional

316

I. INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL.

México tiene una gran tradición constitucional que data desde antes de alcanzar su independencia y se prolonga durante su vida como Estado soberano, lo que es materia de estudio del libro “*Introducción Básica al Derecho Procesal Constitucional Mexicano*” (del autor de este estudio, publicado por Ediciones Jurídicas Alma, S.A. de C.V., México). En el devenir de su vida independiente, México ha tenido seis Constituciones vigentes (1824, 1836, 1843, 1847, 1857 y 1917), además de varios documentos de corte constitucional redactados antes de la independiente, como los Elementos Constitucionales ideados por don Ignacio López Rayón y los Sentimientos a la Nación que dieron lugar a la Constitución de Apatzingán de 1814.

En esos documentos constitucionales, se han tocado los temas de los elementos del Estado

(población, territorio y gobierno), previéndose, entre otros tópicos más, los referentes a las garantías -tanto del gobernado, como de los ciudadanos y hasta las sociales-, las bases del Derecho Electoral, la división política, la división de Poderes y los requisitos para ocupar cargos públicos, en algunos casos las relaciones Estado-iglesias y hasta los medios de control constitucional, que son el objeto de estudio del Derecho Procesal Constitucional, siendo importante no perder de vista esta idea, atendiendo a que en varios países no se había creado una Constitución y en México ya se regulaba los medios de control constitucional; es más, hasta después de la segunda parte del siglo XX, en países de Europa no se habían protegido los derechos humanos a través de la consagración de garantías, por lo que la defensa constitucional no pudo instituirse.

El control constitucional es la tarea gubernativa consistente en estudiar la validez de actos (ya de autoridad, ya de gobierno e, incluso de particulares o gobernados) a la luz de la Constitución; es decir, a través de esta tarea del gobierno del Estado, se pretende determinar si un acto debe subsistir, una vez que haya sido sometido al análisis de su validez conforme a las disposiciones de la Constitución.

Es importante señalar que el primer acto de autoridad que debe ser sometido a control constitucional, es la norma general (sea una ley, un tratado internacional, un reglamento administrativo, un bando municipal, etcétera), en atención a que de ellos nacen otros actos (actos concretos de aplicación de una norma) y de ser inconstitucional el acto generador de otros, el sistema de Derecho se vería trastocado y quedaría mancillado; pero si la norma que debe encontrar en la Constitución su validez intrínseca, no contradice a aquélla, el orden constitucional tendrá un respaldo fáctico de origen.

Esta idea queda corroborada, en gran medida, con el texto del artículo 78 de la Ley de Amparo, numeral que dispone que en caso de concederse el amparo contra una norma general, los efectos de la sentencia de amparo surtirán consecuencias en torno a las normas

generales y actos concretos de aplicación de la norma invalidada, al anularlos también (pues si el acto de origen es inconstitucional, sus consecuencias lo serán también).

No debe pasarse por alto el hecho de que el control constitucional en México se da frente a normas en sus tres más grandes e importantes medios de tutela de la Ley Máxima: el juicio de amparo, el juicio de controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad; ello obedece a la necesidad de que el sistema de Derecho, que se conforma por las leyes (en sentido amplio), debe guardar un orden y basarse en el respeto a la Constitución; por ello, México ha enseñado al mundo en el tema de control constitucional, sin que haya sido en modo inverso, es decir, que nuestro país haya abrevado de sistemas jurídicos europeos, por ejemplo.

De allí se desprende el error del llamado “neoconstitucionalismo” en México (y en América en general), pues desde el siglo XIX hay defensa constitucional y, aún más, control constitucional en materia de leyes o normas generales, lo que en varios países, en pleno siglo XXI, no se puede apreciar. Ello, para México, es una realidad con historia, lo que se verá en seguida.

318

II. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN MÉXICO.

El control constitucional, que se obtiene merced a la substanciación de algún medio de defensa de la Constitución, ha estado regulado en nuestro país desde la primera Carta Magna, la del 4 de octubre de 1824, independientemente de que se diga que tuvo defectos, que fue imperfecta, que no se aplicó, etcétera. En 1836 se creó el Cuarto Poder o Supremo Poder Conservador, el que tuvo la tarea de proteger la supremacía constitucional al anular actos de autoridad o de gobierno contrarios a la Constitución y, a pesar de sus errores y defectos, dio

pauta para continuar con la tradición de procurar la defensa constitucional, como también se hizo en los demás documentos normativos primarios del país.

Hago aquí un paréntesis, a fin de presentar dos tópicos importantes:

- A. El voto particular del diputado José Fernando Ramírez, que propuso la supresión del Supremo Poder Conservador; y,
- B. El Proyecto de Constitución yucateca (que dio lugar a la Constitución misma), de 23 de diciembre de 1840, en que don Manuel Cresencio García Rejón y Alcalá planteó la creación de un juicio (proceso ante los Tribunales), merced al cual se estudiará la validez constitucional de actos de autoridad que violasen garantías del gobernado.

En ambos casos, la idea fue la misma: implementar un medio de defensa constitucional eficaz y ante los órganos judiciales del país, México en el primer caso, Yucatán en el segundo, haciendo hincapié en que Manuel Cresencio Rejón redactó el proyecto de referencia sin saber de la idea de segregación que traía en mente el gobernador yucateco que le encomendó la tarea de redactar el proyecto de Constitución, razón por la cual al enterarse de esa finalidad, se auto exilió en Cuba y no participó en las discusiones de su proyecto, no apareciendo su nombre en la Constitución de 1841.

Regresando al panorama nacional, en 1846 se convocó a un nuevo Congreso Constituyente, al cual asistieron con la calidad de diputados don Manuel Cresencio Rejón y el joven jalisciense Mariano Otero Mestes, quienes fueron pilares para enriquecer la tradición mexicana en materia de defensa constitucional, presentando el yucateco un documento bajo la denominación de “*Programa de la Mayoría de los Diputados por el Distrito Federal*” de fecha 29 de noviembre de 1846 y Otero sustentando el 5 de abril de 1847 un voto particular, merced al cual se aprobó lo que a la postre fue el Acta Constitutiva y de Reformas de 18 de mayo de 1847.

En su programa, Rejón hizo una síntesis del proyecto de Constitución yucateca, incorporando la adopción del juicio de amparo, como medio de defensa constitucional frente a los desmanes de las autoridades que violaran garantías del gobernado (en el Proyecto de Constitución de Yucatán, el amparo prosperaba por violación a cualquier precepto constitucional por actos de la autoridad legislativa o ejecutiva, en tanto que si la administrativa o la judicial violaban alguna garantías, también era procedente el amparo); por su parte Otero propuso la readopción de la Constitución de 1824, con reformas para darle fuerza, entre ellas, dos medios de defensa constitucional: un mecanismo político de defensa constitucional frente a las leyes del que conocían o el Congreso de la Unión (si era ley local la impugnada) o las legislaturas de los Estados (si la ley que se tildaba de inconstitucional era local), procediendo cuando un ente público o un grupo de servidores públicos demandaba la declaratoria de nulidad de la norma (este medio es antecedente de la acción de inconstitucionalidad que actualmente tiene vigencia) y el juicio de amparo contra actos de autoridad que fuesen violatorios de garantías, prosperando a instancia de parte agraviada y procediendo solamente por violación de garantías derivada de actuaciones de autoridades legislativas y administrativas (no de las judiciales), habiéndose establecido que la sentencia solamente crearía sus efectos en la esfera jurídica del gobernado promovente, sin hacerse una declaración general de inconstitucional en la sentencia, en relación a la ley o acto que hubiere sido el reclamado (principio de relatividad de los efectos de la sentencia de amparo o fórmula Otero). Ello quedó incorporado en el documento final y, por ende, desde la entrada en vigor de esa Acta el 21 de mayo de 1847, en México tenemos control constitucional judicial a favor de los gobernados a través del juicio de amparo, habiéndose otorgado el amparo por vez primera el 13 de agosto de 1849 en San Luis Potosí, con motivo de una sentencia dictada en un juicio instaurado por Manuel Verástegui en contra del decreto de destierro en su detrimento por el gobernador del Estado, siendo juez de Distrito don Pedro Zámamo.

En la Constitución de 5 de febrero de 1857 se mantuvo la procedencia del juicio de amparo, junto con una serie de procesos y recursos de defensa constitucional, entre ellos el

antecedente de los actuales juicios de controversia constitucional y de la responsabilidad oficial o de servidores públicos.

Y es así como llegamos a 1917, año en que se promulga la Constitución vigente que encuentra varios artículos que dieron forma a la anterior, es decir, a la de 1857, lo que deviene del hecho de que don Venustiano Carranza, titular del Ejecutivo en su calidad de Jefe del Ejército Constitucionalista, presentó al Congreso un proyecto de reformas a la Constitución entonces vigente, autoproclamándose el Congreso como Constituyente y arrogándose la facultad de expedir una nueva Constitución.

En el texto de este documento, nos encontramos con el capítulo del Derecho Procesal Constitucional, el que si bien era “escueto” a comparación de lo que hoy se regula, más cierto es que daba una defensa a la vigencia de la Ley Suprema, procurando la anulación de actos de autoridad (juicio de amparo) y de gobierno (lo que hoy se conoce como juicio de controversia constitucional) e, inclusive, procurando la sanción de servidores públicos que violasen el Estado de Derecho o contraviniesen el orden constitucional.

Así, tenemos que los artículos 103 y 107 de la Constitución, desde su origen, prevén la procedencia del juicio de amparo, así como los temas de competencia, substanciación, forma de resolver y efectos de las sentencias de amparo, dejando esclarecido que por error de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación correspondiente al 6 de junio de 2011, se cambió la redacción de la fracción II del artículo 107 constitucional y con ello se excluyó la llamada “fórmula Otero”, sustento del principio de la relatividad de los efectos de las sentencias de amparo, causando con ello un traspié en este rubro, sobre todo porque ese principio se incorporó en el artículo 78 de la Ley de Amparo, pero solamente por lo que hace al amparo contra normas generales, no así cuando la acción de amparo se haga valer contra actos concretos.

En el artículo 105, la Constitución de 1917 previó la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para resolver controversias entre entidades públicas o entre Poderes públicos, siendo extraordinariamente escueto el numeral, amén de no dar pormenores sobre el trámite y efectos de las sentencias; a ese medio de control constitucional se le identificó, por ejemplo, como un medio innominado de defensa de la Constitución, pocas veces hecho valer.

Por su parte, el Título Cuarto de la Constitución estuvo (y está) dedicado a regular el tema de la responsabilidad oficial o de los funcionarios (hoy servidores) públicos, aludiéndose en su origen (1917) a un juicio político (que operaba en materia penal, de manera distinta a lo que en la actualidad sucede), al desafuero de servidores públicos y a la responsabilidad administrativa.

322

También hubo un control constitucional a cargo del Senado, el que podría resolver cuestiones políticas suscitadas en un Estado y hasta desconocer a los Poderes Estatales, todo con el fin de imponer el orden constitucional (artículo 76 fracción VI de la Constitución), facultad que subsiste e, incluso, hasta el año 2007 fue reglamentada legalmente.

De igual manera, se otorgó una facultad a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para conocer de posibles violaciones graves a garantías, la cual fue ejercida pocas veces, pero se contempló en la Carta Magna, en su artículo 97, actuando el máximo Tribunal del país *motu proprio* o a instancia de un ente público (el Ejecutivo o alguna de las Cámaras colegisladoras), mas no a instancia del gobernado lesionado por el acto, ya que si éste se veía agraviado y pretendía la anulación del mismo, tenía a su alcance el juicio de amparo. Es de señalar que en el caso de ese tipo de violaciones (graves a garantías), la investigación que desarrollaba la Suprema Corte se hacía aún ante la presencia de actos consumados de modo irreparable (por ejemplo, la muerte de personas en el Vado de Aguas Blancas, Guerrero), lo

cual no puede ser materia de estudio en el juicio de amparo, existiendo como hipótesis de improcedencia del mismo que el acto se haya consumado de modo irreparable.

Y, por último, se le otorgó al mismo alto Tribunal, la facultad de resolver las controversias derivadas de la violación al voto popular, entrometido de ese modo el tema electoral en las atribuciones de la Suprema Corte de Justicia, rompiendo con la idea de que ella no debía conocer de asuntos políticos.

III. EVOLUCIÓN DE LOS MEDIOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL A PARTIR DE 1917.

A partir de la entrada en vigor de la Constitución, ésta ha sufrido varias reformas, entre ellas, a los numerales que prevén el tema de la defensa constitucional; de ese modo, por ejemplo, el juicio de amparo, el juicio de controversia constitucional y la responsabilidad oficial han ido evolucionando, creándose otras vías como la acción de inconstitucionalidad y la protección a derechos de acceso a la información; asimismo, otras han cambiado de órgano competente para ejercerlas y unas más han desaparecido.

323

Sobre estos temas abordo en seguida.

3.1 Reformas en materia del juicio de amparo.

Los artículos 103 y 107 de la Constitución de 1917 prevén, desde su promulgación, los tópicos relacionados con el juicio de amparo, figuras jurídicas que le dan forma y lo identifican, siendo preferentemente principios rectores de este juicio.

En la evolución del Derecho Procesal Constitucional Mexicano en este medio de defensa de la Ley Suprema, se han ido creando instituciones que en 1917 no existían, como la incorporación de disposiciones que dan lugar al amparo agrario o la creación del amparo directo adhesivo, así como reglas referentes a la procedencia del amparo por interés legítimo.

Igualmente, nos encontramos con la creación de los Tribunales Colegiados de Circuito y su competencia en materia de amparo (por reforma de 1950 que entró en vigor en 1951), competencia que a partir de las reformas de agosto de 1988 es exclusiva de ellos, sin que la Suprema Corte de Justicia la tenga, salvo que decida ejercer la facultad de atracción.

Cabe decir que muchas de las reformas al artículo 107 constitucional, devienen de la necesidad de adecuar el marco constitucional entre sí, al crearse instituciones que dan lugar a regular correctamente el juicio de amparo; sin embargo, un grave yerro en este rubro (reglamentación constitucional del amparo), fue la derivada de la reforma al artículo 28 publicada en el Diario Oficial de la Federación correspondiente al 20 de diciembre de 2013, puesto que en una falsa adecuación constitucional, rompiendo con la *sindéresis* y la unificación legislativa, se prevé la procedencia del juicio de amparo en la fracción VII del vigésimo primer párrafo de ese numeral, cuando en realidad las hipótesis de procedencia del amparo debieran estar inscritas (como lo están) tan solo en el artículo 107 de la Ley Suprema.

De igual manera, quedó excluido del texto constitucional el recurso de súplica, que al igual que el amparo directo, procedía contra sentencias definitivas, habiendo una duplicidad de vías impugnativas en ese rubro (en el entendido de que la promoción de una de ellas, excluía la otra). Ésas son las principales reformas constitucionales en materia de juicio de amparo.

3.2 Actualización del juicio de controversia constitucional.

El artículo 105 de la Ley Suprema fue reformado en 1995, dándose una regulación mejor al juicio de controversia constitucional; al respecto, señalo lo siguiente:

La primera adecuación es la referente a otorgarle esta denominación (controversia constitucional, faltándole, por cierto, la idea de su esencia: juicio); esta denominación no se le había conferido antes de 1995, aunque la misma es errónea, pues todo litigio en que esté de por medio imponer la supremacía constitucional, implica una “controversia constitucional”, es decir, un conflicto sobre aspectos relacionados con la Constitución; tan es así, que en varias tesis de jurisprudencia relacionadas con el juicio de amparo, el Poder Judicial de la Federación claramente alude a la “controversia constitucional” que en él se debate, por lo que su denominación no es la más acertada, pudiendo identificársele (como lo hace la Constitución del Estado de Tlaxcala para el medio de control constitucional local respectivo), como “juicio de competencia constitucional”.

325

La evolución de este medio de control constitucional se da, al especificarse con claridad los supuestos de procedencia del mismo centrándose en la impugnación de actos de gobierno (los cuales surgen de las relaciones de supra subordinación, es decir, entre dos entes públicos que desarrollan tareas de gobierno actuando en un plano de igualdad dentro de esas relaciones), listándose en su texto entre qué entes públicos (entidades -como la Federación, los Estados, la Ciudad de México y los Municipios- y poderes -Legislativo y Ejecutivo federales, así como los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de las entidades federativas-) puede suscitarse ese juicio.

Ya posteriormente, se han ido estableciendo nuevos supuestos de sujetos procesales en esta vía, como es el caso de prever que este juicio prospera cuando actúan como actores o

demandados los organismos públicos o constitucionales autónomos en sus contiendas con el Ejecutivo o con el Legislativo.

Un tema de importancia es el referente a que el juicio de controversia constitucional procede contra normas generales y actos concretos de aplicación de aquellas, siendo de precisar que si el juicio de controversia constitucional versa sobre la validez de normas generales (leyes, tratados internacionales, reglamentos administrativos, etcétera) a la luz del texto de la Ley Suprema del país y la sentencia de la Suprema Corte de Justicia se dicta en el sentido de que la norma viola la Constitución, aprobándose esa sentencia por al menos ocho ministros, los efectos de la misma serán generales, anulándose así la norma para el futuro.

3.3 La responsabilidad oficial y su reforma.

326

La responsabilidad oficial fue materia de una importante reforma en 1982, merced a la cual ésta se dividió en tres rubros: responsabilidad política, responsabilidad penal (la cual ya no se exige en la vía de juicio político) y responsabilidad administrativa. Asimismo, se previó en esa reforma que los sujetos de la misma eran los servidores públicos, cambiando la denominación anterior de funcionarios públicos.

Posteriormente, en 2003, se volvió a reformar el Título Cuarto de la Constitución que regula este tópico, para incluir la temática de la responsabilidad civil o patrimonial del Estado, aún cuando con muchas limitantes y defectos, entre ellos, no aludir a la reparación del daño por error judicial en una sentencia, por ejemplo.

Finalmente, en 2015 volvió a reformarse este Título para aludir a la anticorrupción, previéndose medidas de combate a ella frente a servidores públicos como frente a los

gobernados o particulares, lo cual no fue lo mejor que se pudo haber creado, en atención a que dentro del Código Penal ya se contemplaban (y se contemplan) conductas típicas que son delitos cometidos por gobernados, en el marco de sus relaciones con los entes públicos y que implican conductas de corrupción.

No debo pasar por alto que en el tema de la responsabilidad oficial, se ha ido modificando la Constitución para establecer su procedencia en relación a cada organismo público o constitucional autónomo que se ha va creando, previéndose ella en el precepto que regula la estructura y las funciones del ente creado, lo cual no ha sido correcto, pues no se precisa cuál clase de responsabilidad oficial es la que puede exigírsele a cada servidor público. Así, se tienen disposiciones referentes a la responsabilidad oficial, por ejemplo, en los artículos 3° fracción IX (Instituto Nacional de Evaluación Educativa), 6° apartado A fracción VIII (Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales), 28 vigésimo cuarto párrafo (Comisión Federal de Competencia Económica e Instituto Federal de Telecomunicaciones) y 102 apartado B (Comisión Nacional de los Derechos Humanos), entre otros numerales.

327

Entre las deudas que subsisten en este tema, es la inclusión del Presidente de la República como sujeto de responsabilidad oficial de índole política por violaciones graves a la Constitución, supuestos que sí estuvo previsto en la Constitución de 1857, siendo saludable que se practique esa reforma a la Carta Magna, a fin de adecuarla a la realidad en que vivimos, en que el presidente ha violado la Constitución, sin responsabilidad alguna.

3.4 Investigación de violaciones al voto popular.

En cuanto a la facultad de la Suprema Corte de Justicia de investigar la posible violación al voto popular, ha desaparecido, derogándose el párrafo respectivo del artículo 97

constitucional que la previó, lo que obedeció a la creación del Tribunal Electoral como ente encargado de la defensa constitucional en este rubro, pero principalmente por la conformación de la Fiscalía Especializada para la Atención de Delitos Electorales, lo que vino a darle certeza a este tema y quitarle una atribución que no le correspondía desarrollar a la Suprema Corte de Justicia (por su alta calidad de Tribunal jurisdiccional y no ente investigador); luego entonces, la reforma al numeral en cuestión para retirarle esa atribución al alto Tribunal, fue un acierto, cabiendo recordar que don Felipe Tena Ramírez dice que esa facultad cayó en la Constitución como un meteorito, que nadie sabe cómo llegó a su texto.

3.5 Reforma en materia de investigación de graves violaciones de garantías: competencia para desarrollar esa indagatoria.

Por lo que hace a la facultad de investigar actos que impliquen graves violaciones a garantías que tuvo también conferida la Suprema Corte de Justicia, la misma le fue retirada y conferida a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos por virtud de la reforma de 10 de junio de 2011, reforma que no fue atinada, pues se daba al más alto Tribunal del país una facultad extraordinaria, paralela al amparo (aun cuando con diferencias en cuanto a la legitimación para activar el actuar del alto Tribunal, superando la improcedencia por la presencia de actos consumados de modo irreparable y los efectos de la resolución), lo que traía mayor certeza en el ánimo de los gobernados.

Ahora, esa atribución le ha sido otorgada a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que actuará *moto proprio*, cuando así lo considere pertinente, o será instancia por el Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión (o ambas), por el titular del Ejecutivo o el Poder Legislativo de alguna entidad federativa. Así, se complementa la actuación de ese organismo público autónomo, quien no solamente investigará esos hechos (violación a derechos humanos o, propiamente, garantías) a instancia del gobernado afectado a alguno de sus familiares, sino por decisión propia o instado por un ente público, lo cual

obedece a que en tratándose del respeto a esas prerrogativas, el Estado debe actuar de cualquier forma.

Ésa ha sido la evolución en relación a los medios de control constitucional que existieron en 1917.

IV. CREACIÓN DE NUEVOS MEDIOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL.

Paso ahora a analizar someramente las innovaciones a partir de la introducción de instituciones que vienen a defender el texto constitucional.

4.1 Constitución de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Primero aludo a la creación, en 1990, de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (hoy Comisión Nacional de los Derechos Humanos), organismo público autónomo encargado de analizar la posible violación a derechos humanos (garantías) y, en su caso, encargado de emitir recomendaciones no vinculatorias, para que el ente gubernativo que haya dado nacimiento a un acto contrario a la Constitución en este rubro, lo deje insubsistente; asimismo, resuelve recursos que se hagan valer en contra de las recomendaciones, omisiones o resoluciones de los organismos de protección de derechos humanos (garantías) de las entidades federativas. En ambos casos, la Comisión emite recomendaciones no vinculatorias, es decir, que el ente a quien se le eleve la recomendación, sabrá si la acata o no cumple con ella.

En la reforma de 10 de junio de 2011, se introdujo la participación del Senado de la República

para propiciar que el servidor público que rechace cumplir con una recomendación de este organismo, acepte la recomendación o, en su caso y previa exposición de las razones para no cumplirla, el Senado apruebe su proceder. Aclaro que para darse ese trámite ante la Cámara de Senadores, previamente el servidor público debió participar ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos exponiendo las razones que lo compelen a rechazar la recomendación, debiendo fundar su determinación y hacerla pública.

No omita el lector tomar en consideración el tema referente a la reforma sobre la investigación de violaciones graves a garantías que en 1917 le fue conferida a la Suprema Corte de Justicia, pero en 2011 se le otorgó a la Comisión Nacional.

4.2 Historia legal-constitucional de la Comisión Federal de Competencia Económica.

330

En 1989-1990 se creó de manera legal, que no constitucional, un ente con funciones de defensa constitucional, que fue la Comisión Federal de Competencia, la cual se introdujo a la Constitución en 2013 y que tiene la tarea de defensa de las garantías en materia de libre concurrencia económica (permitiendo el desarrollo pleno de ésta, así como combatiendo monopolios -para erradicarlos-, prácticas monopólicas, estancos, concentraciones y demás vicios en materia económica, salvo el referente a la exención de impuestos-), denominándosele por el artículo 28 de la Ley Suprema de manera correcta como Comisión Federal de Competencia Económica.

4.3 El Instituto Federal de Telecomunicaciones.

Junto a la Comisión Federal de Competencia Económica, se tiene la participación del Instituto Federal de Telecomunicaciones, que también desarrolla tareas de control

constitucional en materia económica, pero vinculadas con las telecomunicaciones. Ergo, procura erradicar los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones en este rubro. Conforme al artículo 28 de la Ley Suprema, este Instituto “tiene por objeto el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones”, teniendo encomendadas tareas concretas en torno al ejercicio de este rubro.

4.4 Nacimiento de la acción de inconstitucionalidad.

Con la reforma de 1995 al artículo 105 de la Carta Suprema, se creó la acción de inconstitucionalidad, como medio de control constitucional en materia de leyes federales, leyes locales y tratados internacionales, sin que otro acto de autoridad, sea de observancia general (como los bandos municipales) o concreto pueda ser objeto de impugnación por este mecanismo, del cual conoce en única instancia la Suprema Corte de Justicia de la Nación y si el voto de al menos ocho ministros es en el sentido de declarar la nulidad de esa norma, los efectos de la sentencia de acción de inconstitucionalidad serán generales, esto es, beneficiarán a todos los sujetos obligados por la norma.

No es inoportuno hacer mención de que este medio de control constitucional tiene un antecedente en el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, en la cual se creó un medio de defensa de la Constitución frente a leyes federales o locales, paralelo al juicio de amparo, pero promovido por entes públicos, como sucede con la acción de inconstitucionalidad vigente a partir de 1995. Aquél, era promovido ante los órganos legislativos (federal, si la ley impugnada era local, de las entidades federativas, si la ley que se tildaba de inconstitucional era federal, compitiéndole a la Suprema Corte de Justicia de la Nación hacer el cómputo de los votos de las legislaturas estatales para determinar si la norma era o no contraventora del texto de la Carta Magna), en tanto que la acción de inconstitucionalidad es promovida, substanciada y resuelta ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que no participa como Tribunal propiamente dicho, ya que ni siquiera hay una verdadera contienda de intereses.

4.5 La justicia electoral: la jurisdiccional electoral.

En agosto de 1997, se creó el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, organismo que substituyó al Tribunal Federal Electoral (que no estaba integrado al Poder Judicial de la Federación), cuyo antecedente fue el Tribunal de lo Contencioso Electoral. Al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se le ha dado la encomienda de resolver y dirimir las controversias que se susciten con motivo de actos relacionados con los derechos político-electorales del ciudadano, así como los relacionados con los derechos de los partidos políticos y los candidatos, pudiendo anular elecciones, ordenar el respeto a los derechos de los ciudadanos, de los partidos políticos y de los candidatos, tanto durante los procesos electorales, como antes o después del desarrollo de la jornada electoral; este Tribunal conoce de recursos de apelación, juicio de inconformidad, recursos de reconsideración, juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano y juicio de revisión constitucional electoral.

332

4.6 La defensa en materia de transparencia gubernativa y acceso a la información pública.

Por último, aludo al Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, que se ha constituido como ente público encargado de proteger al gobernado en estos rubros frente a las autoridades y entes públicos, haciendo viables las garantías relativas al derecho a la información y a los derechos de acceso, rectificación, cancelar y oposición (de difusión) en materia de datos personales, organismo que desarrolla tareas que muy bien pudo haberse encomendado a los Tribunales Federales que conocen de amparo, pues en última instancia se pretende la protección de derechos garantizados por la Constitución a favor del gobernado, siendo la finalidad del juicio constitucional la anulación de actos que contravengan alguna garantía.

A grandes rasgos, esos son los medios de control constitucional que dan forma al Derecho Procesal Constitucional Mexicano frente a actos de autoridad y de gobierno.

V. DEFENSA CONSTITUCIONAL EN CONTRA DE PARTICULARES.

Junto a los medios que se han estudiado someramente, nos encontramos con la defensa constitucional frente a los gobernados o particulares, la cual se desarrolla en los siguientes casos particulares:

- a) Por la serie de facultades que desarrollan la Comisión Federal de Competencia Económica y el Instituto Federal de Telecomunicaciones en materia de libre competencia económica, imponiendo el texto de la Carta Magna en este rubro frente a los gobernados (que son quienes, en su caso, practican el monopolio, desarrollan prácticas monopólicas, conforman concentraciones o estancos);
- b) También se da control constitucional frente a los gobernados a través del actuar de los órganos legislativos, federal y locales, así como de las autoridades que apliquen las normas que expidan esos órganos legislativos, en torno al combate al latifundio (posesión de grandes extensiones de tierra en pocas manos, posesión proscrita por las fracciones IV y XV del artículo 27 de la Ley Suprema Nacional); esas atribuciones les están conferidas a los órganos legislativos por con el artículo 27 fracción XVII constitucional.
- c) También se da defensa constitucional frente a los particulares, a través del actuar de las Cámaras colegisladoras en materia de respeto a las funciones legislativas ante los partidos políticos que den instrucciones a los diputados electos propuestos por ellos cuando deciden que no acudan al período de sesiones; en dado caso, las Cámaras podrán determinar las sanciones para los partidos políticos que conminen a los ciudadanos que hayan resultado electos diputados o senadores, a no acudir a sesiones, conforme al artículo 63 de nuestra Ley Suprema.
- d) Al Tribunal Electoral le compete conocer y resolver los juicios de protección de los

derechos político-electorales que sean planteados por los ciudadanos militantes de partidos políticos, que estimen que éstos han violado sus normas internas en materia de elección de candidatos a puestos de elección popular, por lo que se está en presencia de un medio de control constitucional oponible frente a los partidos políticos que, para estos efectos, son gobernados, no gobernantes, aun cuando para que prospere la acción ante el Tribunal Electoral, es menester que previamente haya agotado las vías internas de cada partido (si es que éstas están reguladas por sus propias normas).

En términos generales, es ésa la evolución del Derecho Procesal Constitucional Mexicano que va de dirimir controversias sobre el respeto a la Constitución por parte de autoridades estatales (servidores públicos que actúan frente a los gobernados), como frente a órganos de gobierno (en sentido amplio) e, inclusive, en el caso de que un gobernado sea quien violentó el texto constitucional.

¿PARA QUÉ SIRVE, Y PARA QUÉ NO, EL JUICIO DE AMPARO EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO?

Juan Ramón BARRETO LÓPEZ²⁷⁹

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Particularidades del amparo en materia penal 2.1. Partes en el amparo penal 2.2. Plazo para promover el juicio de amparo 2.3. Algunas causas de improcedencia, especialmente aplicables al amparo penal 2.4. Aspectos relevantes de la suspensión del acto reclamado en materia penal 2.5. Sentencia 3. Hipótesis por las que se consideran violadas las leyes del procedimiento en materia penal 4. El papel de la víctima en el juicio de amparo 5. Utilidad del juicio de amparo en el nuevo Sistema Penal Acusatorio.

PALABRAS CLAVE: amparo, derechos, utilidad, sistema penal acusatorio.

335

I. INTRODUCCIÓN

Para comenzar la presente disertación comenzaré por plantear una pregunta: ¿Cuál es la reforma más importante dentro de los cien años de vida de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos?

²⁷⁹ Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo (1993-1998); con estudios de posgrado en la misma institución, como son Especialidad en Derecho Procesal (1999-2001) y Maestría en Derecho (2005-2006). También obtuvo el grado de Doctor en Derecho por la Secretaría de Educación en el Estado de Michoacán (2014).

En el Instituto de la Judicatura Federal, cursó y acreditó la Especialidad en Secretaría de Estudio y Cuenta (2002); Especialidad en Administración de Justicia en Juzgados de Distrito (2011-2012); y Especialidad en el Sistema Penal Acusatorio (2015).

Ha impartido y recibido diversas conferencias, seminarios y diplomados tanto en Casas de la Cultura Jurídica, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como en el Instituto de la Judicatura Federal.

Fue abogado postulante hasta 1999, y en el año 2000 ingresó al Poder Judicial de la Federación, desempeñándose como oficial judicial, actuario y secretario en diversos órganos jurisdiccionales.

A partir del 16 de marzo de 2015 es Juez de Distrito, especializado en el Sistema Penal Acusatorio, y se encuentra adscrito al Centro de Justicia Penal Federal en el Estado de Zacatecas.

Sin lugar a dudas, es la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, que implicó la modificación de diez artículos constitucionales, sustancialmente porque constituye un cambio de paradigma en el proceso penal, rompiendo con la tradición jurídica del México independiente y que ha estado vigente más de doscientos años.

En efecto, la reforma constitucional de 2008 abandona el proceso penal tramitado por escrito, para ahora implementar el Sistema Penal Acusatorio y Oral.

Dicha reforma constitucional se complementó con las subsecuentes del 6 y 10 de junio de 2011, en materias de Amparo y Derechos Humanos, el resultado de estas enmiendas derivó en el fortalecimiento de la parte dogmática de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al incorporar con el máximo nivel normativo, los derechos fundamentales previstos en los Tratados Internacionales celebrados por el Estado Mexicano y, especialmente, al poner a dichos derechos en el centro de las políticas públicas del país, privilegiando el respeto a la dignidad humana.

A partir de estas últimas reformas, los órganos jurisdiccionales se encuentran obligados a ejercer el control de convencionalidad difuso, ya sea a petición de parte ya de manera oficiosa, atento a los principios de progresividad, universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, mediante la expresión clara del principio *pro persona* como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, a fin de aplicar aquellas que brinden mayor protección a las personas.

Lo anterior, significa que el juicio de amparo ha evolucionado para constituirse como un medio más eficiente para limitar el abuso de la actuación de las autoridades públicas, además de que ha ampliado su espectro de protección; de ahí que sea tentador acudir al juicio de amparo para remediar cualquier afectación a un derecho humano.

II. PARTICULARIDADES DEL AMPARO EN MATERIA PENAL.

En seguida debemos tenerse presentes las principales características del amparo en materia penal, para luego profundizar en su utilidad, de suerte que es conveniente precisar los aspectos siguientes:

2.1. Partes en el amparo penal

Conforme al artículo 5°. de la Ley de Amparo, no sólo el imputado, acusado o sentenciado, puede tener el carácter de quejoso en un juicio de derechos fundamentales, sino también la víctima u ofendido del delito podrán tener ese mismo carácter, pues tanto unos como otros son parte en el procedimiento penal y, por ello, pueden aducir una afectación en alguno de sus derechos o intereses.

337

En tanto que la autoridad responsable –al ser quien dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria, o aquella que omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas– puede ser un órgano jurisdiccional (juez de control, tribunal de enjuiciamiento, juez de ejecución o magistrado de segunda instancia) o una autoridad administrativa, no solo el ministerio público sino cualquier otra que colabore en la ejecución de las decisiones judiciales; incluso pueden tener tal carácter las autoridades legislativas que diseñaron el Código Nacional de Procedimientos Penales, cuando se reclama la inconstitucionalidad de alguno de sus preceptos.

Conforme a la fracción III, incisos c), d) y e) de la Ley de Amparo son terceros interesados, en materia penal, las personas siguientes:

- La víctima del delito u ofendido, o quien tenga derecho a la reparación del daño o a reclamar la responsabilidad civil, cuando el acto reclamado emane de un juicio del orden penal y afecte de manera directa esa reparación o responsabilidad;
- El indiciado o procesado cuando el acto reclamado sea el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal por el Ministerio Público; y
- El ministerio público que haya intervenido en el procedimiento penal del cual derive el acto reclamado, federal o local, siempre y cuando no tenga el carácter de autoridad responsable.

Por último, también será parte en todos los juicios de amparo el Ministerio Público Federal, quien además de procurar la pronta y expedita administración de justicia, podrá interponer los recursos que contempla la ley de la materia.

2.2. Plazo para promover el juicio de amparo.

El plazo para presentar la demanda de amparo es de quince días, salvo en materia penal en la que el quejoso cuenta hasta con ocho años cuando se reclame la sentencia definitiva condenatoria; y cuando el acto reclamado implique peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación, deportación o expulsión, proscripción o destierro, desaparición forzada de personas o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la incorporación forzosa al Ejército, Armada o Fuerza Aérea nacionales, la demanda de amparo podrá presentarse en cualquier tiempo.

Cabe destacar que en la Ley de Amparo anterior, que estuvo vigente hasta el 2 de abril de 2013, los actos privativos de libertad decretados dentro del proceso penal²⁸⁰, también podían reclamarse en cualquier tiempo; sin embargo, en la nueva Ley de Amparo, que entró en vigor al día siguiente, el legislador los excluyó; de ahí que el plazo para impugnarlos en amparo indirecto una orden de aprehensión o reaprehensión, el auto de vinculación a proceso o la prisión preventiva decretada como medida cautelar, se redujo a quince días contados a partir del que el quejoso quedó notificado o se enteró del referido acto reclamado.

No obstante lo anterior, el legislador consideró que esos actos eran reclamables sin necesidad de agotar el principio de definitividad, al prever tal excepción en el artículo 61, fracción XVIII, inciso b) de la nueva Ley de Amparo.

2.3. Algunas causas de improcedencia, especialmente aplicables al amparo penal

339

Conforme al artículo 61, fracción XVII, de la Ley de Amparo, el juicio de derechos fundamentales es improcedente, contra actos emanados de un procedimiento judicial, cuando por virtud del cambio de situación jurídica en el mismo deban considerarse consumadas irreparablemente las violaciones reclamadas en el procedimiento respectivo, por no poderse decidir sin afectar la nueva situación jurídica; empero, cuando se reclamen violaciones a los artículos 19 o 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, solamente la sentencia de primera instancia hará que se consideren irreparablemente consumadas las violaciones para los efectos de la improcedencia del amparo, supuesto en el cual la autoridad judicial responsable, una vez concluida la etapa intermedia, suspenderá el procedimiento en

²⁸⁰ En el entendido de que el artículo 211 del Código Nacional de Procedimientos Penales dispone que el procedimiento penal comprende desde la investigación inicial (que comienza con la presentación de la denuncia, querrela u otro requisito equivalente y concluye cuando el imputado queda a disposición del Juez de control para que se le formule imputación), hasta la sentencia emitida por el Tribunal de enjuiciamiento, mientras que el proceso dará inicio con la audiencia inicial y terminará con la sentencia firme. Mientras que el artículo 170, fracción I, último párrafo, de la Ley de Amparo dispone que el proceso comienza con la audiencia inicial ante el Juez de control.

lo que corresponda al quejoso y, en su caso, lo reanudará hasta que sea notificada de la resolución que recaiga en el juicio de amparo.

Luego, conforme a la fracción XVIII del mismo artículo 61 de la Ley de Amparo, existe una regla general en el sentido de que no procede el juicio constitucional contra las resoluciones judiciales que sean impugnables a través de algún recurso o medio de defensa ordinario, pero –como ya se anticipó– también se prevé la excepción respecto a las órdenes de aprehensión o reaprehensión, autos de vinculación a proceso, resolución que restringen la libertad o que establezcan ciertos requisitos para su disfrute, entre otros actos; siempre que no se trate de sentencia definitiva en el proceso penal.

Así, las violaciones procesales que surgen dentro del procedimiento se pueden analizar en amparo indirecto, hasta antes de que se dicte la sentencia de primera instancia, pues después se considerarían consumadas irreparablemente, o con posterioridad, por la vía de amparo directo si tales violaciones trascendieron al resultado del fallo.

340

Adicionalmente es importante destacar que ahora, el amparo indirecto es procedente contra todas las determinaciones u omisiones del Ministerio Público, ya sea en la investigación de los delitos, o en las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal, o cuando se decrete la suspensión de procedimiento si no está satisfecha la reparación del daño; a diferencia de la Ley anterior que sólo aludía a la confirmación del no ejercicio y desistimiento de la acción penal.

2.4. Aspectos relevantes de la suspensión del acto reclamado en materia penal

En cuanto a las clases de suspensión y al procedimiento del incidente respectivo, la Ley de Amparo vigente establece algunas novedades, pero las reglas generales subsisten tal como se señalaban en la ley anterior, pero la suspensión en materia penal tiene una regulación especial, en un apartado independiente que comprende del artículo 159 al 169 de la nueva ley.

En este apartado, se prevén diversas hipótesis que pueden dividirse en: actos dentro de juicio que sean de imposible reparación; cuando el acto reclamado se atribuya a autoridad administrativa; y cuando el acto se atribuya a una autoridad judicial.

Los actos de imposible reparación, previstos en el artículo 15 de la nueva Ley de Amparo, son aquellos que implican peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación, deportación o expulsión, proscripción o destierro, extradición, desaparición forzada de personas o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la incorporación forzosa al Ejército, Armada o Fuerza Aérea nacionales. En estos supuestos el Juez de Distrito o el órgano que ejerza la jurisdicción auxiliar otorgará de oficio la suspensión conforme a las siguientes reglas:

- I. Formará por duplicado un expediente que contenga la demanda de amparo y sus anexos, el acuerdo que decrete la suspensión de oficio y el señalamiento preciso de la resolución que se mande suspender; las constancias de notificación y las determinaciones que dicte para hacer cumplir su resolución;
- II. Ordenará a la autoridad responsable que mantenga las cosas en el estado en que se encuentren o que, en su caso, proceda inmediatamente a poner en libertad o a disposición del Ministerio Público al quejoso y que rinda al juez de distrito el informe previo; y

- III. Remitirá de inmediato el original de las actuaciones al juez de distrito competente y conservará el duplicado para vigilar el cumplimiento de sus resoluciones, hasta en tanto se provea lo conducente.

Tratándose de la suspensión de actos que se atribuyan a una autoridad administrativa, el juez de amparo ha de proceder en los términos siguientes:

- I. Cuando el acto reclamado sea la orden de deportación, expulsión o extradición, la suspensión tiene por efecto que no se ejecute y el interesado quede en el lugar donde se encuentre a disposición del órgano jurisdiccional de amparo, sólo en lo que se refiere a su libertad personal; y si se trata de una orden de traslado de un centro penitenciario a otro, la suspensión tendrá por efecto que éste no se lleve a cabo.
- II. Cuando el acto reclamado consista en la detención del quejoso efectuada por autoridades administrativas distintas del Ministerio Público, en relación con la comisión de un delito, se ordenará que sin demora cese la detención, poniéndolo en libertad o a disposición del Ministerio Público.
- III. Cuando el acto reclamado afecte la libertad personal del quejoso y se encuentre a disposición del Ministerio Público por cumplimiento de orden de detención del mismo, la suspensión se concederá para el efecto de que dentro del término de cuarenta y ocho horas o en un plazo de noventa y seis, tratándose de delincuencia organizada, contadas a partir del momento de la detención, sea puesto en libertad o consignado ante el juez penal correspondiente. Cabe señalar que cuando el quejoso se encuentre a disposición del Ministerio Público por haber sido detenido en flagrancia, el plazo se contará a partir de que sea puesto a su disposición.
- IV. Por último, esta hipótesis señala que en cualquier caso distinto de los anteriores en los que el Ministerio Público restrinja la libertad del quejoso, la suspensión se concederá para el efecto de que sea puesto en inmediata libertad o consignado a su juez.

Ahora, cuando en una demanda de amparo se pida la suspensión de un acto reclamado a una autoridad judicial, los efectos de la concesión se determinarán en los términos siguientes:

- I. Si el acto reclamado es la orden judicial de traslado de un centro penitenciario a otro, la suspensión impedirá que se lleve a cabo, hasta que se resuelva el fondo del amparo.
- II. Cuando el acto reclamado consista en una orden de privación de la libertad o en la prohibición de abandonar una demarcación geográfica, como consecuencia de una medida cautelar, la suspensión tendrá el efecto que no se ejecute o, bien, que cese inmediatamente, según sea el caso; empero el juez de amparo tomará las medidas que aseguren que el quejoso no evada la acción de la justicia, entre ellas, la obligación de presentarse ante la autoridad y ante quien concedió la suspensión cuantas veces le sea exigida. Incluso se podrá ordenar que la privación de la libertad se ejecute en el domicilio del quejoso.
- III. Cuando el amparo se pida contra actos que afecten la libertad personal dentro de un procedimiento del orden penal, (orden de aprehensión o reaprehensión o de medida cautelar que implique privación de la libertad, dictadas por autoridad competente), se estará a lo siguiente:
 - a) Si se trata de delitos de prisión preventiva oficiosa a que se refiere el artículo 19 constitucional, la suspensión sólo producirá el efecto de que el quejoso quede a disposición del órgano jurisdiccional de amparo en el lugar que éste señale únicamente en lo que se refiera a su libertad, quedando a disposición de la autoridad a la que corresponda conocer el procedimiento penal para los efectos de su continuación;
 - b) Si se trata de delitos que no impliquen prisión preventiva oficiosa, la suspensión producirá el efecto de que el quejoso no sea detenido, bajo las medidas de aseguramiento que el órgano de amparo estime necesarias, a fin de que no evada la acción de la justicia y se presente al proceso penal para los efectos de su continuación y pueda ser devuelto a la autoridad responsable en caso de que no obtenga la protección de la justicia federal.

Si el quejoso ya se encuentra materialmente detenido por orden de la autoridad judicial competente (juez de control), entonces la suspensión concedida solamente producirá el efecto de que el quejoso quede a disposición del juez que conozca del amparo en lo que se refiere a su libertad personal, pero a disposición de la autoridad judicial ordinaria, para la continuación del procedimiento penal.

Para la procedencia de la suspensión contra actos derivados de un procedimiento penal que afecten la libertad personal, el órgano jurisdiccional de amparo deberá exigir al quejoso que exhiba garantía, sin perjuicio de otras medidas de aseguramiento que estime convenientes; y si el quejoso incumple con éstas o con las obligaciones derivadas del procedimiento penal, como asistir a una audiencia o citación, la suspensión será revocada con la sola comunicación de la autoridad responsable.

344

Finalmente es importante destacar que, en términos del penúltimo párrafo del artículo 128 de la Ley de Amparo, no procede suspensión de las órdenes o medidas de protección dictadas por alguna autoridad administrativa o jurisdiccional, que tengan la finalidad de salvaguardar la seguridad o integridad de una persona (víctima u ofendido) y la ejecución de una técnica de investigación o medida cautelar concedida por autoridad judicial.

En otro orden de ideas, la suspensión de la resolución reclamada en amparo directo se ordenará de oficio y de plano por la autoridad responsable, con la sola presentación de la demanda, y si la sentencia impugnada impone una pena de privación de libertad, el efecto de la suspensión únicamente será que el quejoso quede a disposición del órgano jurisdiccional de amparo, por mediación de la autoridad responsable.

2.5. Sentencia

Los efectos de la concesión del amparo en asuntos del orden penal en que se reclame un orden de aprehensión o auto de vinculación a proceso en delitos que la ley no considere como graves, la sentencia se ejecutará de inmediato, sin perjuicio de que pueda ser revocada mediante el recurso de revisión; salvo que se reclame el auto de vinculación a proceso y el amparo se conceda por vicios formales. Y si el efecto de la sentencia sea la libertad del quejoso, ésta se decretará bajo las medidas de aseguramiento que el órgano jurisdiccional estime necesarias, a fin de que el quejoso no evada la acción de la justicia.

II. HIPÓTESIS POR LAS QUE SE CONSIDERAN VIOLADAS LAS LEYES DEL PROCEDIMIENTO EN MATERIA PENAL

El artículo 173 de la Ley de Amparo contiene dos apartados, el primero se refiere a las violaciones procesales que pudieran ocurrir en el Sistema Penal Mixto o proceso penal tradicional, por lo que no serán materia de estudio en esta ocasión; en cambio, el apartado B²⁸¹, se refiere expresamente al *Sistema de Justicia Penal Acusatorio y Oral*, que será el examinado a continuación.

345

²⁸¹ Artículo 173. En los juicios del orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento con trascendencia a las defensas del quejoso, cuando: (...)

Apartado B. Sistema de Justicia Penal Acusatorio y Oral

- I. Se desarrolle cualquier audiencia sin la presencia del órgano jurisdiccional actuante o se practique diligencias en forma distinta a la prevenida por la ley;
- II. El desahogo de pruebas se realice por una persona distinta a la autoridad judicial que deba intervenir;
- III. Intervenga en el juicio el órgano jurisdiccional que haya conocido del caso previamente;
- IV. La presentación de argumentos y pruebas en el juicio no se realice de manera pública, contradictoria y oral, salvo las excepciones previstas por la legislación procedimental aplicable;
- V. La oportunidad para sostener la acusación o la defensa no se realice en igualdad de condiciones;
- VI. No se respete al imputado el derecho a declarar o guardar silencio, la declaración del imputado se obtenga mediante incomunicación, intimidación, tortura o sin presencia de su defensor, o cuando el ejercicio del derecho a guardar silencio se utilice en su perjuicio;
- VII. El Órgano jurisdiccional reciba a una de las partes para tratar el asunto sujeto a proceso sin la presencia de la otra, salvo las excepciones previstas por la legislación procedimental aplicable;
- VIII. El imputado no sea informado, desde el momento de su detención en su comparecencia ante el Ministerio Público o ante el órgano jurisdiccional, de los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten;

El legislador consideró que en estos juicios del orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento con trascendencia a las defensas del quejoso, de manera sustancial, cuando se incumplan los principios fundamentales que rigen el Sistema Penal Acusatorio y los derechos fundamentales tanto del imputado como de la víctima u ofendido, los cuales están previstos en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

A manera de ejemplo, se destacan como violaciones procesales que debieran ser examinadas en el juicio de amparo directo si alguna audiencia no se desarrolla en presencia del juez, o si éste delegara en alguien más el desahogo y la valoración de las pruebas, vulnerando el

-
- IX. No se le haga saber o se le niegue al imputado extranjero, el derecho a recibir asistencia consular de las embajadas o consulados del país respecto del que sea nacional, salvo que haya declinado fehacientemente a este derecho;
 - X. No se reciban al imputado los medios de prueba o pruebas pertinentes que ofrezca o no se reciban con arreglo a derecho, no se le conceda el tiempo para el ofrecimiento de pruebas o no se le auxilie para obtener la comparecencia de las personas de quienes ofrezca su testimonio en los términos señalados por la ley;
 - XI. El imputado no sea juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal, salvo cuando se trate de los casos de excepción precisados por las disposiciones aplicables;
 - XII. No se faciliten al imputado todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el procedimiento o se restrinja al imputado y a la defensa el acceso a los registros de investigación cuando el primero esté detenido o se pretenda recibirle declaración o entrevistarle;
 - XIII. No se respete al imputado el derecho de contar con una defensa adecuada por abogado que elija libremente desde el momento de su detención, o en caso de que no quiera o no pueda hacerlo, el juez no le nombre un defensor público, o cuando se impida, restrinja o intervenga la comunicación con su defensor; cuando el imputado sea indígena no se le proporcione la asistencia de un defensor que tenga conocimiento de su lengua y cultura, así como cuando el defensor no comparezca a todos los actos del proceso;
 - XIV. En caso de que el imputado no hable o entienda suficientemente el idioma español o sea sordo o mudo y no se le proporcione la asistencia de un intérprete que le permita acceder plenamente a la jurisdicción del Estado, o que tratándose de personas indígenas no se le proporcione un intérprete que tenga conocimiento de su lengua y cultura;
 - XV. Debiendo ser juzgado por una autoridad judicial, no se integre en los términos previstos en la ley o se le juzgue por otro tribunal;
 - XVI. No se permite interponer los recursos en los términos que la ley prevea respecto de las providencias que afecten partes sustanciales del procedimiento que produzca indefensión;
 - XVII. No se hayan respetado los derechos de la víctima y ofendido en términos de la legislación aplicable;
 - XVIII. Cuando seguido el proceso por un delito, el quejoso haya sido sentenciado por un ilícito diverso a los mismos hechos materiales que fueron objeto de la investigación, sin que hubiese sido oído en defensa sobre la nueva clasificación, en términos de la legislación procedimental aplicable.- No se considerará que el delito es diverso cuando el que se exprese en la sentencia sólo difiera en grado del que haya sido materia del proceso, o bien sea el resultado de la reclasificación jurídica del delito en términos del Código Nacional de Procedimientos Penales;
 - XIX. Se trate de casos análogos a las fracciones anteriores a juicio del Órgano jurisdiccional de amparo.

principio de inmediación; o si el tribunal de enjuiciamiento que llevó a cabo la audiencia de juicio ya había intervenido previamente, en el mismo proceso, como juez de control; o cuando los argumentos y pruebas no se presenten en el juicio de manera pública, contradictoria y oral, salvo las excepciones previstas por la legislación procedimental aplicable.

Asimismo, el tribunal colegiado de circuito habrá de vigilar que en el juicio se haya respetado la igualdad de derechos entre las partes, para sostener la acusación o la defensa; que se haya respetado al imputado el derecho a declarar o guardar silencio y, en su caso, la declaración se obtenga conforme a las exigencias legales; que se hayan recibido los medios de prueba pertinentes que se hubieran ofrecido legalmente con apego a derecho, además de que se le conceda al imputado el tiempo necesario para el ofrecimiento de pruebas y se le auxilie en obtener la comparecencia de los testigos que no pudiera presentar por sí mismo, en los términos señalados por la ley.

347

Igualmente el órgano jurisdiccional de amparo vigilará que se haya respetado al imputado el derecho de contar con una defensa adecuada por abogado particular o defensor público, además de que se le haya proporcionado asistencia consular o de un traductor; que se le permitiera en su momento interponer los recursos que prevé la ley; así como también podrá el tribunal de amparo determinar si existió una violación procesal por algún caso análogo a los supuestos que enumeran las diversas fracciones del artículo 173, apartado B, de la Ley de Amparo.

Es muy importante destacar que en el sistema penal tradicional, el efecto de la concesión del amparo por una violación procesal, no se limita a dejar sin efectos la sentencia definitiva reclamada sino que implica reponer el proceso para que la autoridad responsable subsane la omisión, para que se recabe alguna prueba o para que de algún modo se reanude el procedimiento a partir de un determinado acto procesal y, seguido el juicio por sus cauces

legales, se emita una nueva determinación jurisdiccional; proceder que es congruente con la lógica del sistema escrito, donde todas las actuaciones procesales constan en el expediente.

Sin embargo, ese proceder choca con el nuevo Sistema Penal Acusatorio, toda vez que si se ordena la reposición del procedimiento, ya no podría conocer del juicio el mismo tribunal de enjuiciamiento que emitió la sentencia impugnada, sino que tendría que ser uno diverso que no haya tenido conocimiento previo del mismo. De ahí que, para ordenar una reposición del procedimiento, los tribunales de amparo deben ser muy cuidadosos en vigilar que las violaciones procesales cometidas en el juicio en etapas previas, efectivamente hayan trascendido al resultado del fallo, en perjuicio del quejoso; además de que el tribunal colegiado de circuito deberá decidir respecto de todas las violaciones procesales que se hicieron valer y aquellas que advirtiera en suplencia de la queja.

Tomar conciencia de estas peculiaridades es de suma importancia, porque la principal diferencia que existe entre el sistema penal tradicional y el nuevo sistema penal acusatorio consiste en la escritura versus la oralidad; ya que en el anterior sistema todas las actuaciones procesales constaban por escrito y ello facilitaba que el mismo juez o uno diverso pudiera reponer el proceso y volviera a considerar todo el contenido del expediente; pero en el nuevo sistema, los planteamientos de las partes, el desahogo de las pruebas, su valoración, los alegatos y las decisiones jurisdiccionales se producen en audiencia; y si la misma se deja sin efectos, se impide que el mismo juez pueda considerar lo que no dio origen a la violación procesal a fin de emitir una nueva sentencia; con mayor razón se impide que otro juez valore las pruebas que no se desahogaron ante su presencia, dado que ello daría lugar a infringir el principio de inmediación; de ahí que se debe tener cuidado en los efectos de la concesión cuando se advierta estrictamente necesario reponer el procedimiento penal, ponderando las consecuencias negativas que implica desahogar una nueva audiencia de juicio.

III. EL PAPEL DE LA VÍCTIMA EN EL JUICIO DE AMPARO

Los cambios que introdujo la reforma penal del 18 de junio de 2008, pueden resumirse en el reconocimiento de la víctima u ofendido como “parte” en el procedimiento penal, con el consecuente respeto de todos los derechos que le confiere la ley; además de reconocerle la posibilidad de ejercer la acción penal privada en los supuestos determinados por el legislador.

Entre los derechos más importantes que tiene el ofendido o la víctima del delito tiene son: el de coadyuvar con el Ministerio Público, que se le reciban todos los datos o elementos de prueba tanto en la investigación como en el proceso, que se desahoguen las diligencias correspondientes que proponga, que pueda intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley. Etcétera.

349

Asimismo, el artículo 170 de la Ley de Amparo le reconoce la víctima u ofendido del delito el derecho a promover el juicio de amparo directo, contra las sentencias definitivas emitidas en el proceso penal, mientras que en el artículo 173, fracción XVII, dispone que cuando no se hayan respetado los derechos de la víctima y ofendido en términos de la legislación aplicable, se podrán aducir como violaciones procesales. De igual forma, se prevé en su favor, la suplencia de la queja, pues al referirse a la materia penal, se indica que opera en favor del ofendido o víctima en los casos en que tenga el carácter de quejoso o adherente.

IV. UTILIDAD DEL JUICIO DE AMPARO EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Con base en el panorama planteado con antelación, se concluye que el juicio de amparo no sólo es un procedimiento judicial sino que, en esencia, es una garantía efectiva para hacer

valer los derechos humanos y proteger las libertades que otorgan al individuo la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano es parte; de ahí que cualquier persona puede instar el juicio de amparo cuando justifique un interés jurídico o difuso a fin de evidenciar que una autoridad ha vulnerado en su perjuicio alguno de los derechos fundamentales.

En materia penal, los gobernados que tienen interés o legitimación para promover el juicio de amparo se reducen a quienes tienen el carácter de parte en el proceso penal, ya sea el quejoso, acusado o sentenciado, por un lado; y, por otro, la víctima u ofendido.

Al formularnos la pregunta ¿Para qué sirve a dichas personas el juicio de amparo? la respuesta se hace evidente: Para hacer que las autoridades administrativas o jurisdiccionales que intervienen en el proceso penal, en el ámbito de sus respectivas competencias, respeten, protejan y garanticen los derechos sustantivos y adjetivos que prevé la Constitución, el Código Nacional de Procedimientos Penales y las demás leyes relacionadas con procuración e impartición de justicia penal.

Asimismo se considera que en algunos supuestos lo que sirve es la concesión de la suspensión del acto reclamado, pero sólo para ganar algunas horas y presentarse ante el juez de control con mayor seguridad y confianza, puesto que la medida suspensiva en modo alguno servirá para paralizar el procedimiento penal, salvo retardar el desahogo de la audiencia de juicio.

Ahora, la pregunta: ¿Para qué no sirve el juicio de amparo en el sistema penal acusatorio? Exige una respuesta que implica una reflexión más profunda.

Por un lado, es una tradición en el sistema mexicano concebir al juicio de amparo como un remedio procesal para solucionar cualquier conflicto legal, especialmente en materia penal, toda vez que si una persona común acude ante un abogado y le dice: *“no sé por qué, pero me anda buscando la policía”*, de inmediato el abogado responde: *“no se preocupe, de inmediato le promovemos un amparo y pedimos la suspensión del acto reclamado”*, asimismo la primera reacción jurídica para combatir un auto de formal prisión, en el sistema penal tradicional, es acudir al juicio de amparo, porque frecuentemente los abogados confían más en la justicia federal y ven al juicio de derechos fundamentales como la vía idónea para obtener una reparación del derecho fundamental afectado, que es la libertad.

Por otro lado, las cargas de trabajo excesivas en los juzgados y tribunales de amparo fomentan que el caso concreto se resuelva con base en un asunto precedente; es decir, la demanda de amparo se examina en su integridad, se decide cómo puede resolverse y, en seguida, se busca en la computadora el archivo de un asunto similar que se resolvió con anterioridad; y esto aplica no solo para las sentencias, sino también para admitir o desechar la demanda de amparo, para proveer sobre la suspensión.

Sin embargo, se estima pertinente que tanto los operadores del sistema de justicia penal, como los colaboradores de los juzgados y tribunales de amparo, seamos sensibles al cambio de paradigma que implica el nuevo sistema penal acusatorio, para no abusar de la noble institución que es el juicio de amparo, cuando la mayoría de los derechos fundamentales pueden observarse y hacerse respetar en el propio proceso penal, ante el juez de control o, en su caso ante el tribunal de enjuiciamiento, dado que ambas autoridades se erigen como garantes de los derechos fundamentales.

Ello obedece a que en el sistema penal tradicional, toda persona sujeta al proceso penal de inmediato se veía afectada en su libertad personal, aun cuando la ley estableciera la posibilidad de otorgarla bajo ciertas condiciones y procedimientos; en cambio, en el nuevo

sistema penal, la regla general es que el imputado enfrente el proceso en libertad y, por excepción, privado cautelarmente de ese derecho.

Además, el nuevo sistema está diseñado para que el propio imputado o su defensa, en cualquier audiencia pueda plantear al juez la violación a sus derechos humanos, en el entendido de que aquél resolverá si tal afectación jurídica se encuentra apegada a derecho o no, ya que -por regla general- no existen derechos humanos absolutos, dado que puede restringirse con apego a las disposiciones legales y, en caso de inconformidad existen medios ordinarios de defensa.

Una vez agotados esos recursos o medios ordinarios de defensa, puede subsistir la infracción al derecho fundamental que adujo el gobernado, ya sea imputado o la víctima u ofendido, y ello despierte el interés de acudir al juicio de amparo, el cual impactará en el tiempo en que pueda resolverse la causa penal, dado que generalmente ésta se suspenderá una vez que haya culminado la audiencia intermedia, suspendiéndose la remisión al tribunal de enjuiciamiento del auto de apertura al juicio oral, empero las partes no encontrarán un efecto trascendental en la promoción del juicio constitucional porque, tomando en cuenta las disposiciones previstas tanto en el Código Nacional de Procedimientos Penales como en la Ley de Amparo, se colige que el juicio de derechos fundamentales no sirve para:

- anular una orden de aprehensión
- impedir un auto de vinculación
- obstaculizar el procedimiento penal
- evitar la audiencia de juicio oral.

A diferencia del sistema tradicional, en el que la orden de aprehensión tenía por objeto detener al indiciado para meterlo a la cárcel hasta en tanto se justificara su encarcelamiento

por el auto de formal prisión, en el nuevo sistema, la aprehensión sólo tiene por objeto presentar al indiciado ante el juez de control, debiendo permanecer libre en la audiencia inicial, ya que el imputado puede estar sujeto a una causa penal sin necesidad de ser apisionado, respetándose en todo momento la presunción de su inocencia.

El auto de vinculación tampoco no implica *per se* la privación de la libertad del imputado, pues esta determinación sólo tiene por objeto vincular al quejoso a una causa penal, por estimarse judicialmente que existe una causa probable para llegar a la audiencia de juicio.

Será en todo caso la medida cautelar decretada por el juez de control, la que afecte algún derecho fundamental del quejoso, por ejemplo: su **libertad** en caso de ordenarse la presentación periódica, la prohibición de salir sin autorización del país o de una localidad determinada, el sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución, la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse o ciertos lugares, o de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, la separación inmediata del domicilio, la colocación de localizadores electrónicos, el resguardo domiciliario o la prisión preventiva; u otros derechos patrimoniales como ocurre cuando se ordene la exhibición de una garantía, el embargo de bienes o la inmovilización de cuentas bancarias, así como también cuando se ordenara la suspensión temporal en el ejercicio del cargo contra un servidor público, o cuando se determine la suspensión temporal en el ejercicio de una actividad profesional o laboral.

Finalmente, cabe precisar que durante el desarrollo del proceso penal surgen diversos acuerdos o resoluciones jurisdiccionales que son adversas al imputado o su defensa, o que afectan de algún modo a la víctima u ofendido, pero esas determinaciones no necesariamente deben cuestionarse a través del amparo, a menos que vulneren un derecho subjetivo de especial trascendencia; ya que el proceso penal puede concluir sin que exista sentencia emanada de una audiencia de juicio.

Así lo es, porque la principal forma de concluir un proceso penal no es mediante la sentencia dictada por el tribunal de enjuiciamiento sino, más bien, a través de las soluciones alternas que prevé el Código Nacional de Procedimientos Penales, como puede ser el acuerdo reparatorio, la suspensión condicional del proceso, o mediante un procedimiento abreviado (que en realidad constituye un medio de aceleración de la solución del conflicto); y siendo así resulta innecesario y carente de utilidad la promoción del juicio de amparo indirecto respecto a las violaciones procedimentales que pueda aducir alguna de las partes.

De donde se sigue que aun cuando existan determinaciones jurisdiccionales que afecten a las partes como, por ejemplo, que no se autorice un plazo adicional para recabar datos de prueba o que no se le auxilie a la defensa en la citación de un testigo para ser entrevistado, que se haya realizado incorrectamente el cómputo para un acto procesal o cualquier otra actuación que se estime ilegal; lo cierto es que la parte afectada debe ponderar cuál es la pretensión de la impugnación constitucional, máxime si cabe la posibilidad de que el juicio concluya mediante un procedimiento abreviado, donde el acusado admite su responsabilidad por el delito que se le atribuye a cambio de una reducción considerable en la pena que se le pudiera imponer, o cuando se puede autorizar una suspensión condicional del proceso o el acuerdo reparatorio.

En conclusión, se estima que debe cambiar el paradigma que rige la idoneidad del juicio de amparo contra cualquier tipo de actos de autoridad, derivados del Sistema Penal Acusatorio; toda vez que las diferencias sustanciales entre este nuevo sistema y el anterior, dejan claro que en muchas ocasiones es innecesario acudir al juicio de derechos fundamentales, además de que en otros casos es más eficiente plantear la violación de un derecho humano ante el propio juez de control, quien en una audiencia oral inmediata puede escuchar a las partes y resolver el fondo de la petición sin mayor trámite.

En ese orden de ideas, se colige que el Sistema Penal Acusatorio es más garantista que el anterior, porque el proceso penal constituye un mecanismo efectivo de protección de los derechos humanos, y el mismo (salvo en el caso de los delitos de prisión preventiva oficiosa) es idóneo para salvaguardar las libertades y garantizar la presunción de inocencia; y como los jueces de control están facultados para resolver en audiencia cualquier petición de las partes, se considera que se ha reducido la utilidad práctica del juicio de amparo en el nuevo sistema penal.

LA RESILIENCIA CONSTRUIDA POR UNA INDIGENA ME´PHAA ANTE LA VIOLENCIA Y DISCRIMINACIÓN. EJEMPLO DE DIGNIDAD HUMANA

Magdalena DÍAZ BELTRÁN²⁸²

José E. AGUILAR MOYA²⁸³

SUMARIO. *I. Introducción. II. El informe sobre desarrollo humano del programa de las naciones unidas para el desarrollo (PNUD). 2. Que entendemos por resiliencia y dignidad humana. 2.1. resiliencia 2.1.1. Diversas perspectivas en el enfoque de la resiliencia. 2.2. dignidad humana. 3. Caso de Inés Fernández Ortega. Conclusiones.*

PALABRAS CLAVE. Resiliencia, Indígena, Dignidad, Humana

356

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se basa en una situación sensible y dolorosa para una indígena Me´phaa, originaria de Guerrero, México, quien fue objeto de violación sexual por elementos del ejército mexicano en 2002 e inspirada por el informe sobre Desarrollo Humano publicado en 2014, por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), al que denominó: “Sostener el Progreso Humano: reducir la vulnerabilidad y construir resiliencia”.

²⁸² Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Baja California. Académica de tiempo completo de la Facultad de Derecho de UABC y responsable del Área de Derecho Constitucional de la misma Facultad.

²⁸³ Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Baja California. Magistrado de Circuito adscrito al Sexto Tribunal Colegiado del XV Circuito con sede en Mexicali, Baja California. Maestro de la Escuela Judicial del Instituto de la Judicatura Federal y Académico visitante de la Facultad de Derecho- Mexicali de la UABC y otras universidades.

Inés Fernández Ortega es una indígena de la comunidad Me'phaa, (tlapaneca), originaria de Guerrero, México, quien fue objeto de violación sexual por elementos del ejército mexicano en 2002, y a pesar de las circunstancias adversas en que se encontraba y evidentemente vulnerable por ser mujer, indígena monolingüe y pobre, inició su lucha en búsqueda de la justicia internacional ya que en su propio país esta le fue negada.

Esta mujer indígena de complexión pequeña y de una fragilidad evidente construyó una capacidad para afrontar lo sucedido con una dignidad admirable, ella sin saber, nos dio una gran lección de fortaleza, ella construyó resiliencia.

Como parte de este trabajo, señalaremos los resultados del informe sobre Desarrollo Humano publicado en 2014, por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), los conceptos genéricos de resiliencia y dignidad humana para posteriormente hablar del caso de Inés Fernández Ortega.

357

En esta ocasión, que celebramos el centenario de nuestra constitución de 1917, no hablaremos del juicio de amparo, sino que, en pro de la defensa de los derechos humanos se resaltarán la actitud de una indígena mexicana que dejó de lado la vulnerabilidad en la que vivía y construyó resiliencia para superar, junto con su familia el acto más infame que puede sufrir una mujer y la falta de apoyo de las autoridades mexicanas.

II. PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD)

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo es el organismo mundial de las Naciones Unidas en materia de desarrollo (PNUD), promueve el cambio y conecta a los

países con los conocimientos, la experiencia y los recursos necesarios para ayudar a los pueblos a forjar una vida mejor.

En el informe sobre Desarrollo Humano de 2014²⁸⁴, denominado “Sostener el Progreso Humano; reducir vulnerabilidad y construir resiliencia”, publicado por el Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo (PNUD), se establece que para construir resiliencia se requiere además de reducir la vulnerabilidad en la que se encuentran las personas y la sociedad, se debe apoyar el empoderamiento de las personas y reducir las restricciones a las que se enfrentan al momento de actuar.

Este informe señala que, el progreso debe centrarse en el fomento de la resiliencia del desarrollo humano. Aunque existe un amplio debate acerca del significado de resiliencia, nuestro énfasis se centra en la resiliencia humana, que busca garantizar la solidez de las opciones, actuales y futuras, de las personas y su capacidad para lidiar y adaptarse a acontecimientos adversos

358

En el capítulo 4, lo dedica a establecer aspectos para construir resiliencia a través de varias estrategias, como proporcionar al ser humano mayores libertades; que se brinden opciones protegidas, entre los que están la prestación universal de servicios sociales básicos; abordar las vulnerabilidades durante el ciclo de vida, la promoción del pleno empleo, el fortalecimiento de la protección social, abordar la inclusión social, y el mejoramiento de las capacidades para prepararse y recuperarse ante las crisis.

En el mismo sentido se pronunció el último de los informes en 2016, denominado “Desarrollo humano para todos”, en el que nuevamente hace alusión en el capítulo 4 del mismo,

²⁸⁴ Programa de Naciones Unidas, Sostener el Progreso Humano; reducir vulnerabilidad y construir resiliencia, PNUD, New York, 2014.

recomendaciones ejes importantes para atender a los excluidos mediante políticas universales; a aplicar medidas para los grupos con necesidades especiales; Construir un desarrollo humano resiliente y a empoderar a los excluidos y sostiene que en estos grupos deben de apoyarse a las mujeres jóvenes, que pueden estar expuestas a la violencia de género y tener un acceso limitado a la información y la atención sanitaria, están entre los grupos más expuestos.

Como puede observarse, es importante dar seguimiento a las recomendaciones de este programa para el desarrollo humano, sobre todo, porque los sucesos que marcaron la vida de Inés Fernández Ortega, no deben repetirse y atendiendo al principio de solidaridad los académicos y abogados estamos obligados a difundir esta información.

III. ALCANCES DE LAS PALABRAS RESILIENCIA Y DIGNIDAD HUMANA

359

3.1. Resiliencia

La resiliencia se conoce por los trabajos de investigación realizada por los ingleses E.E. Werner y Michel Rutter, ,sin embargo, en Francia también existen antecedentes de trabajos sobre este tema a partir de 1996.

Del inglés *resilience* significa resistir y evoca, además, la robustez corporal y la resistencia del carácter.

Del Latín viene del verbo latino *resilio, resiliens,-entis, acto de saltar hacia atrás, rebotar (rebondir) repercutir.*

Resiliencia constituye la habilidad para surgir de la adversidad, adaptarse, recuperarse y acceder a una vida significativa y productiva.

El término resiliencia nació en la física aludiendo a la soltura de reacción elástica, esto es, se designaba a la capacidad de un cuerpo para resistir un choque.

En la Psicología significa que un individuo se sobrepone (rebondit) (se desarrolla tras una pausa) y se (re)construye.²⁸⁵

Este término fue adaptado a las ciencias sociales para caracterizar a aquellas personas que, a pesar de nacer y vivir en situaciones de alto riesgo, se desarrollan psicológicamente sanos y exitosos.

360

Michel Manciaux²⁸⁶, dice que Resiliar (resilier) es recuperarse, ir hacia adelante tras una enfermedad, un trauma o un estrés. Es vencer las pruebas y las crisis de la vida, es decir, resistirlas primero y superarlas después, para seguir viviendo lo mejor posible. Es rescindir (réssilier) un contrato con la adversidad.

²⁸⁵ Theis, Amandine, *La resiliencia en la literatura científica*, in Manciaux, Michel, (compilador) *La Resiliencia: resistir y Rehacerse*, editorial Gedisa, 2001, Barcelona, España, pp. 49-50.

²⁸⁶ Manciaux, Michel y Otro, *La résilience aujourd'hui*, (La resiliencia hoy) Fleurus Psycho-Pedagogie, París, Francia, 2000, pp. 330-340.

De igual forma Suarez Ojeda ²⁸⁷ la considera como una condición humana que da a las personas la capacidad de sobreponerse a la adversidad y, además, construir sobre ellas. Se la entiende como un proceso dinámico que tiene por resultado la adaptación positiva, aún en contextos de gran adversidad.

La resiliencia es considerada por el científico Rutter²⁸⁸ como conjunto de procesos sociales e intrapsíquicos que posibilitan tener una vida sana en un medio insano. Estos procesos se realizan a través del tiempo, dando afortunadas combinaciones entre los atributos del niño y su ambiente familiar, social y cultural y considera que esta no puede ser pensada como un atributo con el que los niños nacen o que los niños adquieren durante su desarrollo, sino que se trata de un proceso que caracteriza un complejo sistema social, en un momento determinado del tiempo. Además, señala que este fenómeno lo manifiestan sujetos jóvenes que evolucionan favorablemente, aunque hayan experimentado una forma de estrés que en la población en general se estima implica un grave riesgo de consecuencias desfavorables.

361

3.1.1. Diversas perspectivas en el enfoque de la resiliencia²⁸⁹.

La resiliencia ha sido documentada como una historia de adaptaciones exitosas en el individuo que se ha visto expuesto a factores biológicos de riesgo, catástrofes o eventos de vida bajo tensión y estresantes.

²⁸⁷ Suárez Ojeda, Elbio N. *Perfiles de resiliencia*, ediciones de UNLA, Buenos Aires, 2004, p. 15.

²⁸⁸ Rutter, M. *Resilience: Some Conceptual Considerations*, Journal of Adolescent Health, 14, número 8, 1993, pp. 626-631.

²⁸⁹ Cabrejos Polo, Jorge, *La promoción de la resiliencia y el diseño de políticas sociales*, Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de San Marcos, año X número 28 octubre –diciembre de 2005, Lima, Perú pp. 47-70.

La resiliencia ha sido investigada como un modelo de enfrentamiento efectivo de las poblaciones ante los eventos y circunstancias de la vida severamente estresantes como fenómenos naturales y epidemias.

Es un desarrollo de la capacidad humana, alcanzable por todos los grupos sociales, para hacer fuerte a las adversidades de la vida, superarlas e, incluso, ser transformado por ellas, la resiliencia es parte de proceso evolutivo de ser humano, que puede ser comprendido en el desarrollo social.

La resiliencia distingue dos componentes: la resistencia frente a la destrucción, esto es, la capacidad de proteger la propia integridad bajo presión, por otro lado, es la capacidad para construir una conducta vital positiva, pese a las circunstancias difíciles. Según este criterio, el concepto incluye, además, la capacidad de la persona o sistema social de enfrentar adecuadamente las dificultades de una forma socialmente aceptable.

362

La resiliencia constituye un concepto positivo que es indispensable potenciar para ganar eficiencia social.

Tomando en cuenta lo anterior, la resiliencia es la capacidad o aptitud de un individuo para superarse de la adversidad; no todos los individuos tienen esta aptitud, ni puede identificarse con rasgos genéticos determinados e incluso puede ser que el individuo desconozca tener esta habilidad y hasta que llega a una situación de estrés o adversa es que descubre la resiliencia como una de sus características personales. Esta capacidad se amplía a todos los grupos humanos, a los más vulnerables como los indígenas, niños, personas de capacidades diferentes etc.

Los expertos consideran resiliente aquella persona que en un momento de su vida transforma el dolor en una virtud, como sufrimiento a una situación de injusticia, pérdida de un ser humano cercano, enfrentarse a una enfermedad personal o de un familiar, la pérdida de alguna parte de su cuerpo, etc., ejemplo en nuestro país, la indígena Inés Fernández, quien fue violada por miembros del ejército mexicano y no obstante que las autoridades investigadoras y órganos judiciales no le dieron seguimiento a su denuncia, pudo a través de órganos no gubernamentales acudir a los tribunales internacionales y denunciar la violación a sus derechos humanos; así México fue condenado a resarcir el daño causado a esta mujer indígena.

A manera de conclusión, en cuanto al termino resiliencia, podemos decir que se define como la capacidad universal que permite a una persona, un grupo o una comunidad para impedir, disminuir o superar los efectos nocivos de la adversidad. Esta definición amplía el concepto y el campo de la resiliencia hacia todos los grupos humanos, esto es, la familia o los grupos vulnerables, como los indígenas, capacidades diferentes, etc.

363

2.2. Dignidad humana

Según la real academia de la lengua, el término *dignidad*, proviene del latín *dignitas-atis* cuya raíz es *dignus*, que significa “excelencia”, “grandeza”²⁹⁰

Se considera a la dignidad como aquel valor inalterable que posee toda persona por el hecho de contar con capacidad para razonar y decidir, que los otros entes no poseen.

Uno de los expertos en la materia González Pérez, señala que la dignidad humana es una cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de todo y cualquier ser humano, constituyendo un elemento que cualifica al individuo en cuanto tal siendo una cualidad

²⁹⁰ Real Academia de la Lengua consultada en la página web <http://www.rae.es> el 3 de junio de 2017.

integrante e irrenunciable de la condición humana, sin que pueda ser retirada a alguna persona por el ordenamiento jurídico, siendo inherente a su naturaleza humana²⁹¹.

Para el jurista chileno Nogueira Alcalá, la dignidad de la persona es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los demás seres vivos, la que constituye a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin, además de dotarlo de capacidad de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad. La dignidad es así un valor inherente a la persona humana que se manifiesta a través de la autodeterminación consciente y responsable de su vida y que exige el respeto de ella por los demás.²⁹²

La idea de dignidad se ubica dentro de un contexto axiológico, es decir, conlleva un criterio valorativo. Esto implica que la cualidad valorativa que atribuimos a cada ser humano es única, lo que significa que bajo esta perspectiva no podemos sustituir a una persona por otra. Además, la dignidad da sustento a una libertad personal física e ideológica, la igualdad, así como la seguridad jurídica. En ese sentido, la dignidad humana se presenta, en lenguaje metafórico, como el piso y el techo de una edificación, es decir, por un lado, son como un punto de confluencia para el ejercicio y disfrute de tales derechos, que da la pauta para interpretación y entenderlos.²⁹³

364

²⁹¹ González Pérez, Jesús, *La dignidad de la persona*, Editorial Civitas, Madrid, España, 1986, p.25.

²⁹² Nogueira Alcalá, Humberto, *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos una aproximación desde Chile y america latina*. Revista de derecho 05 de la Universidad católica de Uruguay, 2010, p. 82.

²⁹³ Leyva Mendivil, Rafael, *La concepción de la dignidad humana, como presupuesto básico de los derechos humanos*, en Buenrostro Ceballos, Alfredo, (comp.), *Ensayos académicos sobre derecho humanos a partir de la reforma constitucional*. Mexicali, Baja California, UABC, 2016, pp. 106-107.

La dignidad, antes que un principio jurídico-normativo, es un atributo de la personalidad humana, de carácter esencial e inmutable. Le corresponde a todo ser humano en atención a su naturaleza, como ente racional y autónomo.

La dignidad es perenne, siempre presente en la persona humana, en cuya naturaleza concurren dos componentes; la esencia física o corpórea y a esencia anímica o espiritual, que conforman una unidad, en una permanente búsqueda de su perfeccionamiento moral y material.

La dignidad humana nos exige tratar y apreciar a nuestros congéneres, primordialmente, por su conducta moral y no en consideración a lo que, de manera contingente, son en cuanto a las características relacionadas con su origen, su situación social y económica, su género, la nacionalidad, edad, etcétera.

365

Las instancias creadoras de los instrumentos jurídico-normativos, tanto de índole internacional como las de derecho interno, conscientes del valor supremo de la dignidad humana, la han incorporado, explícita e implícitamente en los correspondientes textos jurídicos que rigen las relaciones intergubernamentales e interhumanas, como un anhelo que, potencialmente, hace posible la plena realización de todos los seres humano.

A nivel nacional el termino dignidad se encuentra incorporado en los artículos 1º, 2º apartado A fracción II, 3º párrafo segundo, fracción II inciso c), 4º y 25 párrafo primero y 123, aun cuando en los dos últimos preceptos no se refieren expresamente a la dignidad humana sino la vivienda y trabajo digno.

El tema de la dignidad humana siempre ha sido tema de debate nacional e internacional, por ello, la Primera Sala de nuestro máximo tribunal se ha pronunciado recientemente en la tesis de rubro: DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA²⁹⁴, que dice:

La dignidad humana no se identifica ni se confunde con un precepto meramente moral, sino que se proyecta en nuestro ordenamiento como un bien jurídico circunstancial al ser humano, merecedor de la más amplia protección jurídica, reconocido actualmente en los artículos 1o., último párrafo; 2o., apartado A, fracción II; 3o., fracción II, inciso c); y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, el Pleno de esta Suprema Corte ha sostenido que la dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad. Así las cosas, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta -en su núcleo más esencial- como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada.

366

²⁹⁴ Tesis: 1a.CCCLIV/2014 (10a.) dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Libro 11, octubre de 2014, Tomo1, de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, p. 602

Así podemos concluir que la dignidad humana es el derecho que tiene cada ser humano de ser respetado y valorado como ser individual y social, con sus características y condiciones particulares, por el solo hecho de ser persona.

V. CASO INÉS FERNÁNDEZ ORTEGA

El 22 de marzo de 2002, Inés Fernández Ortega, se encontraba en su casa con sus hijos, cuando tres elementos del ejército mexicano irrumpieron buscando a su esposo a quien acusaban de un supuesto robo de carne. Inés que no hablaba ni entendía el español fue maltratada, torturada y abusada sexualmente como sanción por no contestar los requerimientos de los soldados.

Para poder presentar su denuncia ante el Ministerio Público, Inés camino por la sierra por largo rato, denuncia que resultó infructuosa pues el fiscal se declaró incompetente y trasladó el caso a la jurisdicción militar, la que recomendó archivar el caso.

Ante esta situación, Inés buscó el apoyo de asociaciones civiles como la Organización Indígena de Pueblos Tlapanecos A.C. y el Centro de Derechos Humanos de la Montaña “Tlachinollan” A.C., las cuales presentaron en junio de 2004, una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, petición a la que posteriormente se sumó otra organización denominada Centro por la Justicia y Derecho Internacional, quienes le brindaron asesoría y en junio de 2009, el caso fue sometido a la Corte Interamericana la responsabilidad de México por las violaciones cometidas contra Inés Fernández y su familia, en relación con derechos protegidos en tres tratados internacionales: la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer -Convención de “Belem do Pará”- y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; además dicha Corte

Interamericana estableció que los hechos cometidos constituyeron, entre otras, una violación a su honra y dignidad, y condeno al Estado mexicano.

Entre los puntos resolutivos más importantes de la sentencia la Corte determina que:

I. En cuanto a los derechos violentados

a) El Estado mexicano es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a la dignidad y a la vida privada, consagrados, respectivamente, en los artículos 5.1 y 5.2, 11.1 y 11.2 de la Convención Americana sobre derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 de la misma y 1, 2 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

b) El Estado mexicano es responsable por la violación del derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en el domicilio, consagrado en el artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial establecidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

c) Nuestro país incumplió la obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia, establecido en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con el artículo 1.1. del mismo instrumento.

Así la Corte Interamericana determinó que la sentencia por sí misma, constituía ya una reparación en sí misma, y dictó una serie de medidas de reparación entre las que destacaron:

II. Reparación

- a) Conducir el fuero ordinario de justicia eficazmente y en un plazo razonable;
- b) Examinar la conducta de los funcionarios públicos que actuaron con negligencia y determinar sus responsabilidades;
- c) Ajustar la legislación interna del fuero militar a los parámetros establecidos en la convención americana, en consecuencia, adoptar medidas adecuadas para proveer a las personas civiles de un recurso de impugnación contra la injerencia del fuero militar;
- d) El reconocimiento público de los agravios cometidos contra ambas mujeres;
- e) El otorgamiento de indemnizaciones y becas educativas para ellas y sus hijos

369

Esta decisión, puso de manifiesto la necesidad de adecuar la jurisdicción militar en México a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado al grado que ya nuestro más Alto tribunal Federal estableció en un nuevo criterio que los Militares que cometan delitos deben ser sancionados por los tribunales civiles.

A pesar de que Inés tuvo que esperar más de 10 años para que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictara resolución en contra del Estado Mexicano condenándolo a reparar el daño causado a ella y su familia, afrontó la adversidad y logró no solo superar las tragedias, las amenazas, sino que en su afán ser escuchada y dejar de ser invisible para las autoridades, se ganó el respeto de su comunidad, que originalmente la había rechazado, buscando a favor de esa comunidad beneficios, como albergues para niñas, mejores vías de

comunicación, etc., y sin contar más que con su fuerza de voluntad y su capacidad para reconstruirse, construyo a su alrededor lo que el Programa de las Naciones Unidas denomina: Resiliencia.

VI. CONCLUSIONES

Primera. Las autoridades deben seguir las recomendaciones del Programa para el desarrollo humano de las Naciones Unidas y establecer políticas públicas o acciones afirmativas para ayudar a dejar de lado la vulnerabilidad y construir resiliencia.

Segunda. La palabra resiliencia es sinónimo de fortaleza, invulnerabilidad, resistencia y se puede analizar desde varias perspectivas, como lo establece el Programa para el desarrollo humano de las Naciones Unidas.

Tercera. Definitivamente, la actitud positiva adoptada de Inés Fernandez Ortega, implicó dejar de lado la vulnerabilidad para superarse de la adversidad; esta capacidad la llevó a construir resiliencia y dar un ejemplo de dignidad humana.

VII. FUENTES DE INFORMACIÓN.

LEYVA MENDIVIL, Rafael, *La concepción de la dignidad humana, como presupuesto básico de los derechos humanos publicado* en Buenrostro Ceballos, Alfredo, (comp.), Ensayos académicos sobre derecho humanos a partir de la reforma constitucional. Mexicali, Baja California, UABC. 2016, pp. 106-107.

MANCIAUX Michele y otro, *La résilience aujourd’hui*, en Gabel, M., Jésus, E. y Manciaux M. (comp); *Bientraitances, mieux traïler familles et professionnels*, Paris, Fleurus Psycho-Pedagogie, 2000, pp. 3330-340.

RUTTER, Michel, *Some Conceptual Considerations*, Journal of Adolescent Health, 14, n° 8, 1993, pp. 626-631.

Sentencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Inés Fernandez Ortega vs. el Estado mexicano.

Sentencia dictada por el Tribunal en Pleno en el expediente de varios 1396/2011, Inés Fernández Ortega y otra.

SÚAREZ OJEDA Elbio Nestor. *Perfiles de resiliencia*, in Suarez Ojeda, Munist M, Kotliarenco Ma, eds. Resiliencia: tendencias y perspectivas, ediciones de UNLA, Buenos Aires, 2004.

THEIS, Amandine, *La Resiliencia en la Literatura Científica*, in Manciaux Michel, (comp.) La Resiliencia: resistir y Rehacerse, editorial Gedisa 2001, Barcelona, España, pp.49-50.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Informe sobre el desarrollo Humano: *Sostener el Progreso, reducir vulnerabilidades y construir resiliencia*, New York, 2014. Estados Unidos, p.91.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Informe sobre el desarrollo Humano, “Desarrollo humano para todos”. New York, 2016. Estados Unidos, p. 15.

EL JUICIO DE AMPARO COMO RECURSO JUDICIAL EFECTIVO PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.

Jesús Renato GARCÍA RIVERA ²⁹⁵

Alicia BECERRA GÓMEZ ²⁹⁶

SUMARIO: I. *INTRODUCCIÓN*. II. *DERECHOS HUMANOS*. III. *RECURSO JUDICIAL EFECTIVO*. IV. *CONCLUSIONES*. V. *BIBLIOGRAFÍA*.

PALABRAS CLAVE: *DERECHOS HUMANOS, TUTELA, RECURSOS, AMPARO, SISTEMA*.

372

I. INTRODUCCIÓN

La tutela de los derechos humanos es una condición obligatoria para todas las autoridades del país. Tal imperativo se encuentra previsto en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, derivado de la reforma de junio de 2011.

²⁹⁵ Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo y Maestro en Derecho con Opción terminal en Derecho Procesal Constitucional, por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Actualmente, es secretario Instructor y Proyectista del Tribunal Electoral del estado de Michoacán.

²⁹⁶ Licenciada en Derecho por la Universidad La Salle, Campus Morelia y Maestra en Derecho y Maestra en Derecho con Opción terminal en Derecho Procesal Constitucional, por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Actualmente, es Jefa de Departamento de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales de la Dirección de Transparencia y Acceso a la Información, adscrita a la Secretaría de Gobierno del Estado de Michoacán.

En ese sentido, cuando las autoridades del poder público desacatan lo antes referido, el sistema jurídico mexicano en las diversas legislaciones aplicables, pone a disposición del ciudadano, recursos judiciales efectivos, con la finalidad de que puedan inconformarse contra la mayoría de los actos de autoridad que consideren lesivos de sus derechos consagrados en la Ley Fundamental y en los Instrumentos Internacionales en la materia, signados por el Estado Mexicano.

Por ello, en el presente artículo, se hace un análisis del Juicio de Amparo, considerado como verdadero recurso judicial efectivo como se explicará a continuación.

II. DERECHOS HUMANOS

373

Lo que conocemos actualmente como Derechos Humanos, es una consecuencia de la historia, es decir, el surgimiento y evolución se ha dado a través del tiempo, con la finalidad de proteger las prerrogativas de los individuos más vulnerables.

¿Qué son los derechos Humanos?

Aquellos derechos que están implícitos en la naturaleza del hombre (entendido como ser humano), de tal suerte que su protección no depende de su reconocimiento jurídico, sino de la naturaleza de la misma persona²⁹⁷.

²⁹⁷ Islas López, Abigayl, *Personas jurídicas y derechos humanos*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, p. 6.

También, se conciben conjuntamente como derechos y libertades, inherentes a todas las personas sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, identidad u orientación sexual, así como cualquier otra condición²⁹⁸.

Por ejemplo, los derechos a la vida y a la dignidad humana, tienen la característica de ser pilares fundamentales e indispensables para el hombre, por lo que no pueden bajo ningún motivo ser violentados por algún acto u omisión de autoridad.

De lo anterior, es claro que todos los derechos humanos, independientemente que se encuentren o no positivizados en la Carta Magna o en los instrumentos internacionales, son sujetos de tutela, mediante el ejercicio de la función judicial, a través de la interposición del recurso judicial efectivo aludido en líneas precedentes.

374

III. RECURSO JUDICIAL EFECTIVO

Cuando existan conductas por parte de la autoridad pública, a través de las cuales vulneran los derechos de los ciudadanos²⁹⁹, es necesario que éstos cuenten en todo momento, principalmente con una tutela judicial efectiva; figura que consiste:

- En la existencia de tribunales jurisdiccionales totalmente independientes, obligados a resolver las pretensiones de los quejosos o actores de manera pronta y expedita, cuando hacen efectivo el ejercicio de los recursos judiciales efectivos puestos a su disposición.

²⁹⁸ 20 Claves para conocer y comprender los derechos humanos, 2ª, México, Oficina para en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2015, p.7.

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, determinó que, constituye el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijan las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales para:

1. 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.
2. Se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso;
3. Se ejecute esa decisión³⁰⁰.

375

Sin embargo, constituido el órgano jurisdiccional que resolverá la controversia, es indispensable la existencia de un recurso judicial efectivo, el cual para que se considere de esa manera, debe ser ágil, accesible, y sencillo.

- Entendiéndose por lo primero, que una vez interpuesto, las peticiones hechas por el recurrente sean resueltas en un tiempo oportuno, (en este aspecto, es preciso referir, que la eficacia del recurso efectivo, depende en gran medida de las medidas cautelares que se tomen al momento de su interposición, para el efecto de no dejarlo sin materia).

³⁰⁰ Época: Novena Época.-Registro: 172759.-Instancia: Primera Sala.-Tipo de Tesis: Jurisprudencia.- Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.-Tomo XXV, Abril de 2007.-Materia(s): Constitucional.-Tesis: 1a./J. 42/2007.-Página: 124.-GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES.

- Por lo segundo, que la persona a la que se vulnere un derecho, tenga una posibilidad real de interponerlo.
- Y finalmente, sencillamente, se refiere a que para su formulación no sean necesarias formalidades complejas, es decir, no debe requerir silogismos especializados que tornen ilusorio este derecho.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos dispuso que la efectividad del recurso judicial, no depende en que éste sea resuelto a favor de la persona que alega vulnerados sus derechos, sino en que el juzgador, estudie los argumentos hechos valer y, sobre ellos, pronunciarse en el sentido que corresponda³⁰¹.

376

Por su parte, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido, que un recurso judicial efectivo es aquel:

1. Capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido, es decir, debe ser un medio de defensa que puede conducir a un análisis por parte de un tribunal competente para determinar si existió o no una violación a los derechos humanos y,
2. En su caso, proporcionar una reparación³⁰².

³⁰¹ Párrafo 88, de la sentencia del caso Jorge Castañeda Gutman vs el Estado Mexicano.

³⁰² Época: Décima Época.-Registro: 2008436.-Instancia: Segunda Sala.-Tipo de Tesis: Aislada.-Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.-Libro 15, Febrero de 2015, Tomo II.-Materia(s): Constitucional.-Tesis: 2a. IX/2015 (10a.).- Página: 1771.- **RECURSO JUDICIAL EFECTIVO. EL JUICIO DE AMPARO CUMPLE CON LAS CARACTERÍSTICAS DE EFICACIA E IDONEIDAD A LA LUZ DEL ARTÍCULO 25 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.**

i. Juicio de Amparo

En México, por excelencia, es el medio de control de constitucionalidad, convencionalidad y de legalidad, en términos de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal, a favor de la persona, cuando existe violación de derechos (que no sean de carácter político electorales³⁰³).

Su finalidad es tutelar los derechos humanos y sus garantías, reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los Tratados Internacionales, y reparar las posibles violaciones a estos.

¿Por qué se dice que el Juicio de Amparo es un recurso judicial efectivo?

377

1. En primer término, porque cuando existe un acto de autoridad que se considera lesivo de los derechos del ciudadano, tiene la posibilidad de acudir ante los tribunales, al hacer efectivo el ejercicio de la acción de amparo, mediante la interposición de su demanda ante el órgano jurisdiccional competente, quien en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 17 de la Carta Magna, debe pronunciarse al respecto, es decir, existe la posibilidad real de interponerlo.

³⁰³ Ya que el recurso o medio de impugnación para tutelar estos actos, es el Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano –JDC-.

2. Dicho medio de protección Constitucional es considerado como un recurso judicial ágil y sencillo³⁰⁴, que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos o no en la Ley Fundamental, las leyes de los Estados y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en jurisprudencia³⁰⁵ determinó, que constituye un recurso judicial efectivo, porque:

1. Permite al órgano jurisdiccional de amparo emprender un análisis para establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos de los solicitantes y,

2. En su caso, proporcionar una reparación.

En otras palabras, lo que se pretende es la restitución al quejoso en el goce del derecho humano violado por el acto efectuado, es decir, jurídicamente se entiende como la devolución de las cosas al estado en que se encontraban antes de cometerse la infracción –vulneración–, por parte de las autoridades responsables.

³⁰⁴ Esta afirmación se hace de conformidad con lo establecido en la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987, párrafo 32.

³⁰⁵ Época: Décima Época.- Registro: 2010984.-Instancia: Segunda Sala.-Tipo de Tesis: Jurisprudencia.- Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.- Libro 27, Febrero de 2016, Tomo I .-Materia(s): Constitucional.- Tesis: 2a./J. 12/2016 (10a).- Página: 763.- **RECURSO JUDICIAL EFECTIVO. EL JUICIO DE AMPARO CUMPLE CON LAS CARACTERÍSTICAS DE EFICACIA E IDONEIDAD A LA LUZ DEL ARTÍCULO 25 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.**

4. El ámbito de protección no es particular o específico, sino que es respecto a una mayoría de derechos (con excepción de los Derechos Político-Electoral tutelados a través del JDC), ya que su naturaleza tuteladora es omnicomprensiva; por ejemplo, el derecho la vida, la libertad, la integridad física, el honor, debido proceso, derecho a salud, vivienda, educación, entre otros.

5. En la práctica, podría decirse que su efectividad dependería en gran medida de las sentencias concesorias del amparo, sin embargo, como ya se mencionó, tal situación, no puede depender del sentido en como resuelva el órgano jurisdiccional, ya que la efectividad aludida, se traduce en que el quejoso pueda acudir ante los tribunales cuando considere que existe una violación de sus derechos humanos y sus garantías, y en su caso, sea estudiada su pretensión y de ser jurídica y materialmente posible exista una reparación.

IV. CONCLUSIONES

Como se observa, el régimen procesal del recurso judicial efectivo enunciado con antelación, se ha vuelto flexible, es decir, su ejercicio se muestra menos riguroso para los solicitantes de la justicia, prueba de ello, lo tenemos con el juicio de amparo, medio de tutela que, en la práctica resulta ser el más recurrido para atacar los actos u omisiones de la autoridad, con la finalidad de restituir a los ciudadanos en el goce de sus derechos humanos.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALANÍS FIGUEROA, María del Carmen, *El histórico debate sobre la improcedencia del Juicio de Amparo para la Tutela de los Derechos Políticos*, México, Instituto de Investigaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México.

ALEXY, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación coloquio jurídico Europeo, 2007.

ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Práctica forense del Juicio de Amparo*, México, Porrúa, 1992.

AQUEIRO ROJAS, Edgard, *Diccionario Jurídico Harla*, 2ª.ed., México, Harla, 1995, Vol. I.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, 3ª.ed., México 1972.

CAMPUZANO GALLEGOS, Adriana Leticia, *Manual para entender el Juicio de Amparo*, México, Thomson Reuters, 2015.

CASTRO, Juventino Víctor, *Garantías y Amparo*, México, Porrúa, 2000.

CASSAGNE, Juan Carlos, et al., *El nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.

DE LÁZZARI, Eduardo, *Medidas Cautelares*, 2ª, La Plata, Librería Editora Platense S.R.L., 1995.

DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto, *Defensa Jurídica de la Constitución en México (Derecho Procesal Constitucional Mexicano)*, México, Cumorah A.C., 2004.

DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto, *Curso de Actualización de Amparo 2013*, 3ª. ed., México, Ediciones Jurídicas Alma S.A. de C.V., 2013.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, 5ª. ed., Bogotá-Colombia, Temis S.A., 2006, t. II.

Diccionario Jurídico Mexicano, edición histórica, México, Porrúa-UNAM, 2011.

Derecho Procesal Constitucional Tendencias y Perspectivas, México, Procuraduría General de la República, 2006.

Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, DRISKILL S.A, 1992.

ESPINOZA BARRAGAN, Manuel Bernardo, *Juicio de Amparo*, México, Oxford, 2000.

FERRAJOLI, LUIGI, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2006.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1993.

GÓNGORA PIMENTEL, Genaro, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, 7ª.ed., México, Porrúa, 1999.

ISLAS LÓPEZ, Abigayl, *Personas jurídicas y derechos humanos*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer, (coord.), *Curso de derecho procesal constitucional*, Porrúa, México, 2014.

Manual del Justiciable en Materia de Amparo, México, Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009.

MARTÍNEZ BOTOS, Raúl, *Medidas cautelares*, 4ª ed., Buenos Aires, Editorial Universidad, 1999.

MORA MORA, Luis Paulino, *Medios de Control Constitucional*, México, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005.

NORIEGA, Alfonso, *Lecciones de Amparo*, 5ª ed., México, Porrúa, 1997.

ROSAS BAQUEIRO, Marco Polo, *El nuevo Juicio de amparo indirecto llevado de la mano*, México, Rehtikal, 2015.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Porrúa, 2002.

TENORIO CABRERA Enrique, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Universitaria, 1992.

Leyes

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Amparo.

Con motivo del 3er Seminario Nacional de Derechos Humanos y Amparo, en conmemoración de los 100 años de la Constitución Mexicana de 1917, celebrado en la ciudad de Morelia, Michoacán en junio de 2017, se han escrito una serie de trabajos que se compilan en este texto, sobre temas relacionados con la teoría y la práctica. Temas tan sentidos y necesarios para que la sociedad los conozca, y en su oportunidad, los pueda ejercer.

