

AÑO 12

NÚM. 30

MAYO-AGOSTO, 2017

DERECHOS HUMANOS MÉXICO

REVISTA DEL
CENTRO NACIONAL
DE DERECHOS HUMANOS



Centro Nacional de Derechos Humanos

Cupón de suscripción



Envíe este cupón con sus datos completos, así como el original de la ficha de depósito a la Subdirección de Distribución y Comercialización de Publicaciones, Oklahoma núm. 133, col. Nápoles, Delegación Benito Juárez, C. P. 03810, México, Ciudad de México. Tel.: 56 69 23 88, ext. 6103

Cuota de suscripción por un año (3 números al año): \$180.00
Forma de pago: depósito bancario en Grupo Financiero Banorte,
Número de cuenta:

Concentración empresarial: 43167
Número de nómina: 32771
Tipo de servicio: 108-1
Concepto de depósito: 12
Nombre del empleado: CENADEH
Depósito por venta de publicaciones

Nombre: _____

Cargo: _____

Institución: _____

Dirección: _____

Colonia: _____

Ciudad: _____

Teléfono: _____ Estado: _____

Correo electrónico: _____ Fax: _____

Página electrónica: www.cndh.org.mx
correo electrónico: publicaciones@cndh.org.mx

DERECHOS HUMANOS MÉXICO

**REVISTA DEL
CENTRO NACIONAL
DE DERECHOS HUMANOS**

AÑO 12

NÚM. 30

MAYO-AGOSTO, 2017



Comité Editorial de la CNDH

Manuel Generoso Becerra Ramírez
Jesús Cenicerós Cortés
Nuria González Martín
Marisol Anglés Hernández
Rodolfo Casillas Ramírez
Napoleón Conde Gaxiola
Carina Gómez Fröde
Rosalío López Durán
Daniel Márquez Gómez
María del Socorro Marquina Sánchez
Julieta Morales Sánchez

Derechos Humanos México

Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos, nueva época, año 12, núm. 30, mayo-agosto de 2017, es una publicación cuatrimestral editada por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Periférico Sur núm. 3469, col. San Jerónimo Lídice, Del. Magdalena Contreras, C. P. 10200, Ciudad de México, tel. 56 81 81 25, Lada sin costo 01 800 715 2000.

Editor responsable: Eugenio Hurtado Márquez; diseño: Ericka del Carmen Toledo Piñón; formación tipográfica: H. R. Astorga. Reserva de Derechos al uso exclusivo núm. 04-2015-050709211700-102 e ISSN 1870-5448, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Certificado de Licitud de Título y Contenido núm. 16481 otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas. Impresa por IMPRESORES EN OFFSET Y SERIGRAFÍA, S. C. DE R. L. DE C. V., Pascual Orozco núm. 53, colonia San Miguel Iztacalco, C. P. 08650, Ciudad de México, se terminó de imprimir en septiembre de 2017 con un tiraje de 3,000 ejemplares. Distribución: Centro Nacional de Derechos Humanos, Subdirección de Distribución y Comercialización de Publicaciones, Oklahoma 133, col. Nápoles, Delegación Benito Juárez, C. P. 03810, Ciudad de México. Este material fue elaborado con papel certificado por la Sociedad para la Promoción del Manejo Forestal Sostenible, A. C. (Certificación FSC México).

Se reciben colaboraciones. Para mayor información, dirigirse a: publicaciones@cndh.org.mx

Las opiniones expresadas por los autores son responsabilidad exclusiva de los mismos y no necesariamente reflejan la postura de la CNDH. Queda absolutamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de esta publicación sin previa autorización de la CNDH.

Centro Nacional de Derechos Humanos. Av. Río Magdalena núm. 108,
col. Tizapán, Delegación Álvaro Obregón, C. P. 01090, Ciudad de México.
Teléfonos: 56 16 86 92 al 95 y del 97 al 99, Fax: 56 16 86 96
Correo electrónico: derechoshumanosmexico@cndh.org.mx

Contenido

PRESENTACIÓN 7

ARTÍCULOS

Un acercamiento a las diferencias entre los principios de certeza jurídica y seguridad jurídica
María Teresa Orozco Escobedo 13

Identificando falsos derechos humanos a través del control de razonabilidad
Luis Antonio Sámano Pita 27

La adecuación de la mediación y los métodos alternos de solución de controversias como instrumentos para la salvaguarda de los derechos
Emiliano Carretero Morales 41

Un contexto adverso para el ejercicio del periodismo y la defensa de los derechos humanos en México. (Estudio introductorio a las Recomendaciones Generales 24 y 25 de la CNDH)
Rodrigo Santiago Juárez 69

Hacia una garantía efectiva de los derechos de las víctimas. La reforma a la Ley General (2016-2017): balance y propuestas
Mónica M. Cruz Espinosa 83

COMENTARIO CINEMATOGRAFICO

Monsieur Chocolat, o la discriminación racial reflejada en el mundo del espectáculo a inicios del Siglo XX, en Francia
Arturo Guillermo Larios Díaz 117

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía sobre Constitución y derechos humanos
Eugenio Hurtado Márquez 131

En esta entrega número 30 de la revista *Derechos Humanos México* podemos encontrar cinco colaboraciones que versan sobre temas de actualidad y pertinencia en la discusión permanente sobre la conceptualización y la garantía de los derechos humanos: por un lado una revisión sobre las dimensiones filosóficas y prácticas de los principios de certeza y seguridad jurídica; la propuesta de un *test* de razonabilidad para identificar a los derechos humanos, ante la reivindicación o emergencia de nuevos derechos; la mediación y los mecanismos alternativos de solución de controversias, como medios autónomos a la procuración de justicia en la salvaguarda de derechos; la problemática que se da actualmente en nuestro país para el ejercicio del periodismo y la defensa de los derechos humanos, vista desde la CNDH, así como la propuesta de acciones para su atención, y una revisión y balance del proceso de reforma que llevó a la modificación de la Ley General de Víctimas en enero del presente año.

En suma, como el lector podrá constatar por cuenta propia, éste es un número en el que se da espacio a la expresión plural de ideas y estudios en materia de derechos humanos, los cuales se ponen a su disposición a fin de fomentar el diálogo, la construcción conjunta del conocimiento, y el fortalecimiento de la cultura de respeto y protección de los mismos.

En primer lugar, en el artículo “Un acercamiento a las diferencias entre los principios de certeza jurídica y seguridad jurídica”, María Teresa Orozco Escobedo elabora una explicación sobre el concepto de certeza jurídica, y lo distingue del de seguridad jurídica, a partir de una revisión epistemológica y doctrinal. Respecto del principio de certeza jurídica, la autora subraya su importancia para la garantía de los derechos humanos, al dar claridad respecto de los derechos y obligaciones de las personas, así como sobre las consecuencias de sus actos u omisiones, lo cual es la base sobre la cual el Estado puede ejercer su autoridad e imponer el cumplimiento de la ley; pero, a su vez, encontrar las restricciones a su actuar. Igualmente, señala que la certeza jurídica hace posible la seguridad jurídica de las personas, la cual equipara a la correcta aplicación de las disposiciones y los mecanismos diseñados para salvaguardar los derechos de las personas, entre ellos, la presunción de inocencia y el principio de legalidad.

Por su parte, Luis Antonio Sámano Pita, en el trabajo “Identificando falsos derechos humanos a través del control de razonabilidad”, en un contexto en el que nuevos derechos están siendo reivindicados y en el que la complejidad de la realidad social hace cada vez más frecuente que diversos derechos colisionen y sea necesario hacer ejercicios de ponderación y de delimitación de sus alcances en casos concretos, pone sobre la mesa de discusión la necesidad de identificar cuáles son efectivamente derechos humanos y cuáles no lo son. Lo anterior a través de lo que él denomina “control de razonabilidad”, basado en la aplicación de los siguientes estándares: finalidad, naturaleza, legitimidad, adecuación, necesidad y proporcionalidad. A manera de ejemplo, el autor aplica dicho *test* al derecho a decidir. Sin lugar a dudas, el planteamiento del autor dará

lugar a diversas reacciones, todas las cuales deben escucharse a fin de avanzar en el mejor entendimiento de los derechos humanos, atendiendo al fin último de éstos, la protección de la dignidad humana.

Más adelante, Emiliano Carretero Morales, en “La adecuación de la mediación y los métodos alternos de solución de controversias como instrumentos para la salvaguarda de los derechos” hace una revisión de los sistemas de procuración de justicia en México y España, explica las características de los métodos alternativos de solución de controversias, particularmente de la mediación, y revisa su puesta en práctica en ambos países, especialmente en el ámbito penal. Como resultado de dicho análisis, el autor concluye que los métodos alternativos de solución de controversias son un complemento de los sistemas de procuración de justicia, aplicables para ciertos casos en los que la vía judicial no sea necesaria ni la opción que mejor satisfaga los intereses de las personas involucradas, y que tenga mejores posibilidades de poner solución a un diferendo. En el caso del derecho penal, el autor llama la atención sobre el especial cuidado que deberá ponerse en la utilización de estos mecanismos respecto de las necesidades de las víctimas, por lo que es indispensable la intervención de personal especializado, a fin de vigilar que en ningún momento se dé una vulneración a los derechos de las mismas.

Sin duda el trabajo de Rodrigo Santiago Juárez, “Un contexto adverso para el ejercicio del periodismo y la defensa de los derechos humanos en México (estudio introductorio a las Recomendaciones Generales 24 y 25 de la CNDH)”, es una colaboración muy útil para contextualizar la necesidad de los referidos pronunciamientos por parte de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, así como el sustento y la pertinencia de sus recomendaciones para prevenir y evitar que se repitan las violaciones a los derechos humanos de las personas que ejercen el periodismo y que defienden los derechos de otras. Respecto de la Recomendación General 24, se precisa que, si bien el tema de afectaciones a las personas que se dedican a la actividad periodística ya había sido materia de dos pronunciamientos previos por este Organismo Nacional (en las Recomendaciones Generales 17 y 20, de 2009 y 2013 respectivamente), la prevalencia de agravios en contra del gremio periodístico justifica la emisión de un nuevo pronunciamiento en el que se actualice el diagnóstico de la situación así como la formulación de recomendaciones. Particular énfasis merece en el estudio la impunidad que impera en este tipo de actos, pese a que se ha avanzado en el reconocimiento de la problemática, en el diseño de mecanismos de protección y en el establecimiento de unidades especializadas para su investigación. Por su parte, en relación con la Recomendación General 25, se llama la atención no sólo sobre la inexistencia de unidades y protocolos especializados en la investigación de los delitos cometidos en su contra, sino también la estigmatización de la que han sido objeto estas personas. En ambos casos, queda claro que la preocupación por la prevención, investigación y sanción de las agresiones en contra de periodistas y defensores de derechos humanos está reforzada por la función social y la contribución que estos sectores realizan a la garantía de los derechos de la sociedad en su conjunto.

Finalmente, en la sección de artículos, Mónica M. Cruz Espinosa, en su colaboración “Hacia una garantía efectiva de los derechos de las víctimas. La reforma a la Ley General (2016-2017): balance y propuestas”, hace una revisión

sobre los antecedentes de la citada Ley, emitida en 2013, así como del diagnóstico sobre sus resultados a tres años del inicio de su implementación, el cual motivó un proceso de análisis en el seno del Congreso de la Unión que tuvo lugar en 2016, particularmente en el Senado de la República, impulsado principalmente por colectivos de víctimas pero también por organizaciones civiles, especialistas e instituciones públicas nacionales e internacionales, que cristalizó con la publicación de un decreto de reformas en enero del presente año. En su estudio, la autora hace una sistematización de las inquietudes y propuestas formuladas por los colectivos de víctimas en distintos foros, así como de las distintas iniciativas de reforma al ordenamiento que integrantes del Senado habían formulado desde 2013, analiza el proceso de dictaminación de las mismas realizado por las Comisiones Unidas de Gobernación, Justicia, Derechos Humanos y Estudios Legislativos del Senado, y concluye con un balance sobre los acuerdos alcanzados, resaltando los aspectos atinados de la reforma pero también aquellos que no tienen justificación desde una perspectiva de garantía de los derechos de las víctimas, y aquéllos cuyo éxito dependerá de una adecuada implementación.

En la sección de comentarios cinematográficos, Arturo Guillermo Larios Díaz nos presenta una reseña sobre *Monsieur Chocolat* del director Roschdy Zem, película estrenada en 2016 y basada en el libro *Chocolat clown nègre. L'histoire oubliée du premier artiste noir de la scène française*, de Gerard Noiriel. En su colaboración titulada “Monsieur Chocolat, o la discriminación racial reflejada en el mundo del espectáculo a inicios del siglo XX, en Francia”, el autor realiza una detallada descripción de los elementos claves de la obra, acompañada de datos que nos ayudan a ubicarla en el momento histórico en el que se desarrolla la trama, basada en la historia real de Rafael Padilla, payaso de origen afrocubano que logró convertirse en un reconocido comediante en la Francia de finales del siglo XIX y principios del XX. La pertinencia y actualidad de la película, desde una perspectiva de derechos humanos, es innegable cuando se observa con preocupación el resurgimiento en diversas partes del globo de discursos de odio motivado por el origen étnico, nacional o el color de la piel de las personas. De ahí la invitación a ver *Monsieur Chocolat* y reflexionar sobre lo que ha hecho posible que, a un siglo del fallecimiento del Rafael Padilla, no nos encontremos tan lejos del escenario social en el que vivió y actuó.

Por último, en esta edición Eugenio Hurtado Márquez nos obsequia una selección bibliográfica sobre Constitución y derechos humanos, en la que se puede observar la amplia gama de temas que son analizados desde una perspectiva de derechos humanos a partir del marco constitucional y los mecanismos establecidos en la Carta Magna para su protección.

Claustro de investigadores e investigadoras del CENADEH

Artículos

Un acercamiento a las diferencias entre los principios de certeza jurídica y seguridad jurídica

María Teresa Orozco Escobedo*

Aprobado para su publicación
el 25 de abril de 2017.

RESUMEN: El trabajo presentado es un breve estudio que versa sobre dos principios considerados como pilares del derecho mexicano: la certeza y seguridad jurídicas, sustentado en dos dimensiones: la filosófica para entender los conceptos de verdad, certeza y seguridad, y la dimensión del derecho en su contexto fáctico para explicar su correcta aplicación, al amparo del sistema jurídico en su conjunto, con la intención de garantizar el respeto de los derechos humanos en México.

Para su desarrollo, fue dividido en tres apartados: el primero aborda los aspectos epistemológicos de estos conceptos fundamentales; el segundo es un análisis teórico del concepto de certeza jurídica y, el último, busca acercar al lector a comprender la diferencia entre la certeza y la seguridad jurídicas.

El lector tendrá en sus manos, a través de una lectura ágil, la posibilidad de identificar la visión de diversos juristas respecto de estos dos principios que coadyuvan estrechamente para salvaguardar el Estado de Derecho y que, aunque distintos, están íntimamente relacionados y difícilmente pueden separarse; aunado al análisis y discernimientos realizados por la autora respecto de su significado, alcances e importancia, incluyendo dentro de sus conclusiones una radiografía de la situación actual.

ABSTRACT: *The article presented is a brief study on two principles considered as pillars of Mexican law: legal certainty and security, supported by two dimensions: the philosophical to understand the concepts of truth, certainty and security, and the dimension of Law in its a factual context to explain its correct application, under the legal system as a whole, with the intention of guaranteeing respect for human rights in Mexico.*

For its development, it was divided into three sections: the first deals with the epistemological aspects of these fundamental concepts; the second is a theoretical analysis of the concept of legal certainty and the latter seeks to bring the reader to understand the difference between legal certainty and security.

The reader will have in his hands through an agile reading the possibility of identifying the vision of various jurists with respect to these two principles that work closely to safeguard the Rule of Law and that although different, are intimately related and can hardly be separated; together with the analysis and insights made by the author regarding its meaning, scope and importance, including within its conclusions an x-ray of the current situation.

SUMARIO: Introducción. I. Aspectos epistemológicos. II. La certeza jurídica. III. Relación entre certeza jurídica y seguridad jurídica. IV. Conclusiones.

* Maestra en Derecho Constitucional y Amparo, actualmente Doctoranda en Derecho por la Facultad de Derecho de la Barra Nacional de Abogados y Presidenta de la Coalición contra la Trata de Personas en América y el Caribe.

Introducción

El presente artículo tiene como objetivo acercar al lector a los conceptos de certeza y seguridad jurídicas, con la intención de resaltar los aspectos más importantes sobre el tema, sin enarbolar alguna corriente filosófica o doctrinaria en particular; expondremos nuestro enfoque referente a tan importantes principios jurídicos, haciendo referencia a diversos autores que hasta el momento han escrito en ese tenor.

Al respecto, deberá entenderse que son discernimientos de quien escribe el presente trabajo, los comentarios vertidos a lo largo del mismo, que no refieran a algún autor u obra en particular; lo anterior con la finalidad de no señalar de forma recurrente que se trata de criterios propios.

En términos generales analizaremos el concepto de certeza jurídica, explicando las raíces epistemológicas que le dan el sentido, partiendo del concepto de verdad y verdad jurídica, para identificar a la certeza y seguridad jurídicas como principios a los que se puede aspirar como sociedad.

Lo anterior, en el entendido de que, aunque certeza jurídica y seguridad jurídica no significan lo mismo, van íntimamente ligados y resulta necesaria su existencia para que contemos con un Estado de Derecho.

I. Aspectos epistemológicos

Para comprender con mayor facilidad el problema que reviste la certeza dentro del sistema jurídico y constitucional de nuestro país, así como de los diferentes estadios que la conforman, es importante analizar los aspectos epistemológicos que deben tomarse en consideración, para darle luz al desarrollo del presente texto.

En ese orden de ideas, coincidimos con la visión de que la epistemología, descrita como la “teoría del conocimiento” por parte de la Real Academia de la Lengua Española,¹ se encarga de estudiar tanto las posibilidades, como el origen, los límites y el valor que tiene el conocimiento humano.²

Aunque en la actualidad se considera que la epistemología fue superada por la metodología y la axiología, consideramos que en realidad es la que nos permite realizar un estudio jurídico filosófico más profundo respecto de lo que actualmente conocemos como certeza jurídica, que generalmente se considera un sinónimo de seguridad jurídica; conceptos que aunque no significan lo mismo, están íntimamente ligados uno al otro.³

De igual manera, resulta de suma importancia el aspecto epistemológico para realizar un análisis referente al proceso del conocimiento, en particular sobre el problema de la verdad y, como resultado, de la verdad jurídica que nos lleva a la certeza jurídica en un Estado.

En consecuencia, aplicarla en el ámbito jurídico nos permite analizar y reflexionar sobre el conocimiento del derecho, para determinar si dicho conocimiento es posible, si lo podemos encontrar y aplicar en una sociedad determinada, así como las formas en que se aplica.

La epistemología jurídica va más allá del mero estudio jurídico o legalista; también estudia la forma en que el derecho permea en la sociedad, para deter-

¹ Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=Fy2OT7b>

² Rafael Martínez Morales, *Diccionario jurídico, teórico práctico*. México, IURE editores, 2008. p. 363.

³ R. Martínez Morales señala que esta teoría del conocimiento está “muy superada por la metodología” y la reconoce como una “ciencia que estudia del fenómeno de conocimiento que obtiene el ser humano”; no obstante, independientemente de lo señalado por el autor, consideramos que en el ámbito del derecho resulta de suma importancia tanto su estudio, como su aplicación con fines metodológicos, *idem*.

minar el tipo de estructura y andamiaje que se deben construir para que resulte aplicable en una colectividad determinada.

En ese contexto, estudiaremos el sentido de la verdad como proceso, para llegar a los principios de “certeza jurídica” y “seguridad jurídica” y la forma en que se conciben en el sistema jurídico mexicano; analizaremos también la forma en qué se aplican y lo que, desde la perspectiva de quien escribe estas líneas, se requiere hacer para que ambos principios realmente puedan existir en nuestro país.

Para ello, es necesario señalar que verdad proviene del latín *veritas-ātis* y está relacionado con la veracidad, con lo creíble, con lo real;⁴ la verdad no son solo simples afirmaciones que aparentan ser reales, se trata de juicios verdaderos o proposiciones verdaderas; y un juicio, epistemológicamente hablando, resulta verdadero cuando lo que enuncia existe en la realidad, tal y como lo enuncia.

Por consiguiente, se puede considerar que no hay verdad absoluta, todo depende de la carga ideológica que contiene el sujeto cognitivo que realiza el análisis subjetivo de los hechos y una de las principales características de la verdad es la realidad, pero ante un hecho jurídico ¿quién conoce realmente la verdad?, resulta problemático acercarse siquiera a ella.

Es más, si reflexionamos que de manera simple, como en su momento lo señaló Adam Schaff, “verdad” se puede definir como un hecho o suceso generalmente aceptado, que contiene cierta coherencia en cuanto a su ocurrencia, que se cuentan con indicios suficientes para reconocer que ocurrió y con fines prácticos se establece como tal; aun así “no se puede garantizar la verdad del conocimiento”⁵ y en consecuencia consideramos que no fundamenta la certeza de lo que se considera verdad.

Por ello, cuando dentro del derecho, como ciencia social, se afirma que nuestro juicio es verdadero, significa que estamos convencidos de los hechos, basándonos en un procedimiento científico debidamente delimitado y establecido (en el caso particular sería el procedimiento previsto en materia penal, civil, mercantil, agraria, etcétera), del cual obtuvimos como resultado que dicho juicio concuerda con el objeto real; es decir, que contamos con evidencias suficientes para considerar que existe al menos un sujeto activo, el sujeto pasivo y un nexo causal.

A pesar de que para hablar de la verdad estamos refiriéndonos a situaciones y hechos concretos; en términos generales, tanto en el derecho, como en la mayoría de las otras ciencias sociales, en ocasiones se llega a confundir la realidad con la verdad subjetiva.

¿Qué es una verdad subjetiva? La verdad subjetiva es lo que no se puede comprobar plenamente o resulta falso, es aquello que suponemos ocurrió o llegamos a esa conclusión por los indicios que existen en un caso concreto, no por pruebas contundentes que hagan evidente la realidad. En consecuencia, es constante confundir la verdad como tal, con la verdad subjetiva generalmente obtenida de un litigio que afecta a dos sujetos distintos, ligados entre sí, a los cuales el juzgador deberá escuchar y tratar de obtener sus propias conclusiones en base a las pruebas aportadas, su experiencia previa, los usos, la costumbre, pero sobre todo en la ley.

Ante el enorme conflicto que genera la búsqueda de la verdad, la única herramienta con la que contamos, como científicos sociales, es el conocimiento, en el entendido de que como lo señala Adam Schaff, el “conocimiento es un proceso a causa de la infinitud de la realidad estudiada (en el sentido de cantidad

⁴ Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=bbdGpd4>

⁵ Ana María Rivadeo F., (comp.), *Introducción a la epistemología. El proceso de conocimiento. La verdad. Historia y verdad. Adam Schaff.* México, Publicaciones ENEP-Acatlán, 1989, p. 41, (Serie Antologías)

infinita de relaciones de cada objeto con los restantes, y en el sentido del desarrollo infinito de la realidad)".⁶

¿Qué significa lo anterior? Que el conocimiento es un proceso cognitivo constante, mediante el cual analizamos las infinitas posibilidades que existen respecto de un hecho y los entes que intervienen en el mismo; así, es probable que, si no llegamos a una verdad objetiva, al menos nos acerquemos a la misma.

Por ende, desde hace muchos años los científicos sociales se preguntaban si era posible contar con verdades absolutas; sin embargo, al responder a ese cuestionamiento Federico Engels afirmaba que:

[...] si alguna vez llegara la humanidad al punto de no operar más que con verdades eternas, con resultados del pensamiento que tuvieran validez soberana y pretensión incondicionada a la verdad, habría llegado con eso al punto en el cual se habría agotado la infinitud del mundo intelectual, según la realidad igual que según la posibilidad; pero con esto se habría realizado el famosísimo milagro de la infinitud finita.⁷

En otras palabras, hasta el mismo Engels consideraba que la verdad absoluta es una utopía; entendiendo utopía en estricto sentido etimológico, no como una concepción sociopolítica encaminada al discurso filosófico del ideal que se pretende alcanzar. La verdad absoluta no existe, se queda en una concepción meramente metafísica.

Esta visión del concepto de verdad que desde tiempos remotos se analizaba por filósofos como Platón y Aristóteles, es retomada continuamente en la actualidad sin encontrar una definición concreta; ante esa búsqueda, autores como Luigi Ferrajoli aseveran que la idea de verdad hace referencia a un ideal inalcanzable, pero que es posible "aproximarse" a ella.⁸

Entonces, si la verdad es relativa y se establece en función de las necesidades sociopolíticas del momento, es factible afirmar que tampoco hay certeza absoluta; derivado de lo cual, la certeza se queda en el estatus de un principio filosófico al que aspira llegar una sociedad debidamente conformada bajo los principios que rigen el comportamiento de su colectividad.

Por consiguiente, cuando hablamos de certeza, hacemos referencia a que conocemos la verdad de un hecho y basamos esa verdad en las evidencias que tenemos; con ello, estamos en posesión de la verdad, porque contamos con los elementos necesarios para demostrarlo, pero es nuestra verdad; o en el supuesto de un proceso judicial, estaríamos frente a la verdad jurídica que determinó el juzgador, y esa verdad puede modificarse a través de las instancias debidamente establecidas en nuestro marco legal.

Para ejemplificar lo antes expuesto, podemos aplicar la famosa *paradoja de Epiménides*⁹ y por consiguiente aseverar que nadie tiene una verdad absoluta, porque inclusive aquellos que afirman decir la verdad, pueden estar equivocados y quienes manifiestan o llegan a afirmar que no se conoce la verdad de un caso, están mintiendo, porque alguien la sabe, aunque no necesariamente lo haya manifestado.

¿Por qué hacemos referencia a la paradoja del mentiroso?, simple: aunque es considerada una falsa paradoja, representa el claro ejemplo de que no existe verdad absoluta; porque cuando Epiménides manifiesta ante el Senado que

⁶ *Ibid.*, p. 43.

⁷ *Idem.*

⁸ Luigi Ferrajoli, *Epistemología jurídica y garantismo*. 5a. ed. México, Editorial Fontamara, 2005, pp. 92-93. Propone una noción semántica del concepto de "verdad jurídica"; aplica para tal efecto la premisa lógica "X es verdadero si y sólo si p"; es decir, utiliza la lógica matemática para la resolución de juicios, en particular del orden penal.

⁹ Disponible en: http://enciclopedia_universal.esacademic.com/158568/mentiroso%2C_paradoja_del

todos los cretenses mienten, pone en tela de juicio hasta sus propias palabras, porque él también era de Creta; por ende, al afirmar que todos los cretenses son mentirosos, él también lo era y al afirmarlo estaba diciendo la verdad.¹⁰

Es así como podemos afirmar que no existe una verdad absoluta, cada individuo tiene su propia verdad en función de las circunstancias y perspectivas desde las que se analiza un hecho. Entonces, se puede establecer que la verdad es relativa y lo que la convierte en absoluta no son los hechos ocurridos, sino aquellos hechos históricos que se demostraron durante un proceso y que, sumados a las evidencias en un caso, llevan al juzgador a determinar cuál es la verdad jurídica.

Es decir, la única verdad aceptada y reconocida en el derecho es la verdad jurídica que determina el juez con todos los elementos con los que cuenta para emitir un juicio.

Aún en la actualidad, para muchos iuspositivistas como Ferrajoli, la verdad jurídica hace referencia a lo que va más allá de los hechos, se trata de lo establecido en los documentos normativos respecto de esos hechos;¹¹ con lo cual, se robustece lo antes mencionado, en el sentido de que no necesariamente se resuelve un caso con base en la verdad, porque lo que hace el juzgador generalmente es aplicar la literalidad de la ley.

Partiendo de tal premisa y considerando que la certeza se refiere a lo que se puede comprobar en sentido estricto, al referirnos a “certeza jurídica” estamos hablando de lo que es real y se puede comprobar, conforme con lo establecido en las leyes; entonces tampoco puede existir la certeza jurídica como tal, si la encasillamos al concepto que el legislador le da al considerarla un principio bajo el cual se debe regir la actuación del Estado, cuando la limita a la mera existencia de ordenamientos jurídicos y estructuras gubernamentales que salvaguarden los derechos de las partes en un juicio.

Dicho concepto nos demuestra que en realidad lo que existe es la certeza limitada exclusivamente a que existen leyes que se deben cumplir y hacer valer, pero no a la certeza de que el juzgador y las partes deben encontrar todos los elementos que comprueben plenamente cuál es la verdad de los hechos ocurridos. Es decir, nos enfrentamos a la estricta aplicación de la norma, en un sistema preponderantemente positivista, que está soslayando en la praxis, la importancia del respeto a los derechos humanos.

Aunado a lo antes expuesto, es una realidad que gracias a la libre valoración de las pruebas que realiza el juzgador, es común que las sentencias emitidas en nuestro sistema penal, resulten en muchas ocasiones poco objetivas; más allá de que existen intereses político-económicos por parte del juez, al momento de emitir un juicio no puede soslayar la carga ideológica, ética y moral que antecede su propia historia. El andamiaje cultural construido a través de los años, dan luz a sus ideas y se convierten en una sentencia que generalmente está apegada a la legalidad, pero pocas veces a la justicia.

Expresado lo anterior, resulta de suma importancia analizar la forma en que la “certeza jurídica” permea en la sociedad, al menos en el aspecto filosófico; porque para la existencia de la certeza jurídica en un Estado, debería ser requisito indispensable la obligatoriedad de que se apliquen los principios fundamentales que rigen el derecho en un país; cumpliendo cabalmente con cada uno de ellos, a efectos de que el gobernado realmente cuente con un sistema de instituciones, procedimientos, autoridades y resoluciones, así como con mecanismos, atribuciones y responsabilidades bien definidos y delimitados, que tengan

¹⁰ Disponible en: <http://www.descartes.org.ar/etexts-koyre.htm>

¹¹ L. Ferrajoli, *op. cit.*, *supra* nota 8, pp. 24-27. propone una noción semántica del concepto de “verdad jurídica”, aplica para tal efecto la premisa lógica “X es verdadero si y sólo si p”; es decir, utiliza la lógica matemática para la resolución de juicios, en particular del orden penal.

como objetivo aplicar y hacer respetar las leyes y los derechos humanos; el cual, en caso de controversias, se enfoque en buscar la verdad de los hechos y no limitarse a los meros indicios presentados por las partes durante un proceso.

Lo mismo sucede con el principio de legalidad; el principio de legalidad visto desde la perspectiva del legislador mexicano, también se limita exclusivamente a la aplicación de los intereses político-económicos del grupo en el poder, legitimados a través de la ley.

Es decir, el principio de legalidad en la actualidad no logra salvaguardar los derechos fundamentales del gobernado, tan sólo alcanza en algunos casos a legitimar la actuación de la autoridad a través de los procedimientos establecidos en la legislación vigente y bajo los cuales, se debe de aplicar la ley que más le beneficie al Estado; no para respetar la integridad del individuo, sino para legalizar y legitimar su actuación ante éste.

Para contar con legalidad es necesario respetar el debido proceso; pero lo legal no siempre es legítimo y mucho menos justo.

La impartición de justicia, más allá de legalidad, seguridad y certeza jurídica requiere modificar la idiosincrasia de todos los ciudadanos, incluyendo a los que participan en las altas esferas de la política del país, a efectos de que se aplique la ley como se establece y adecuándola previamente a los fenómenos sociológicos en los que se suscitan los hechos objeto de una investigación, un procedimiento o un acto administrativo.

Lograr que lo antes mencionado ocurra, implica que en un país no sólo se pueda sancionar al servidor público que incurre en una violación al procedimiento; es necesario que realmente se le sancione y que estas sanciones también puedan ser aplicables a un legislador.

De igual manera, los órganos jurisdiccionales que conforme con la estructura del gobierno deben ser independientes del Poder Ejecutivo Federal, porque actualmente tienen la desventaja de que sus operadores son propuestos por el Titular del mismo y, en consecuencia, socialmente están perdiendo legitimidad, en virtud de que se considera que de manera discrecional siguen las directrices de quien los propuso.

Así, se genera el caldo de cultivo idóneo para que el conglomerado social considere que el Ejecutivo Federal es quien en realidad marca las directrices que debe seguir la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en función del contexto internacional y el proceso globalizador en el que nos encontremos.

Sin embargo, a continuación, mencionaremos algunos aspectos relevantes relacionados con el significado y origen de la certeza jurídica, en qué consiste realmente, el valor que se le brinda, su importancia para el científico social y los derechos humanos, así como la viabilidad de su existencia en México.

II. La certeza jurídica

Después del esbozo plasmado dentro de los aspectos epistemológicos, sin olvidar al conocimiento de la verdad como elemento primordial para alcanzar la legalidad, la seguridad jurídica y, por tanto, la certeza jurídica para las personas, a continuación analizaremos con mayor detalle el concepto de certeza jurídica; en el entendido de que el esfuerzo va encaminado no sólo a conocer el significado de las palabras, sino a despertar el interés en el lector, para buscar los mecanismos y modalidades mediante los cuales se establece su aplicación en México, así como los artículos constitucionales que los consagran como primordiales para salvaguardar los derechos humanos y las garantías para su protección, reconocidos por el Pacto Federal.

Para ello, no debemos olvidar que certeza jurídica es un concepto complejo cuyo contenido resulta casi imposible de alcanzar,¹² porque ante un hecho jurídico siempre existirá una duda aunque ésta no sea lo suficientemente robusta para construir una teoría del caso; en ese contexto, damos inicio al presente apartado estableciendo el significado de la palabra “certeza”, desde un enfoque lingüístico y su origen etimológico.

“Certeza es un adjetivo que proviene del latín ‘*certus*’ y ‘*eza*’, preciso o seguro y cualidad de cierto; es decir, certeza es el conocimiento claro de que algo es seguro o preciso”,¹³ aun cuando no necesariamente significa que algo es verdadero, porque puedo estar seguro de algo y sin embargo la información con la que obtuve tal conclusión es falsa.

A lo largo de la historia, científicos sociales han tratado de demostrar que difícilmente puede existir la certeza, al menos en estricto sentido; claro ejemplo de ello fueron en su momento las afirmaciones de Voltaire, cuando señalaba que “la duda no es un estado agradable, pero la certeza es un estado ridículo”,¹⁴ pero la imposibilidad material de que exista la certeza, no implica que se invalide el peso que los estudiosos del derecho y los legisladores le atribuyen a su propio concepto de certeza, enfocada al aspecto jurídico.

Sin embargo, nuestra concepción respecto de la viabilidad de la certeza jurídica no debe estar enfocada a la imposibilidad de la verdad absoluta; más bien, a que la certeza tiene determinados límites, en función del objetivo que persiga.

Así, cuando hablamos coloquialmente de certeza, generalmente hacemos referencia a que tenemos la seguridad de que algo se debe o no debe hacer, de que un hecho es o no cierto; es decir, la certeza está más enfocada a lo que consideramos correcto o incorrecto en función, como mencionamos con anterioridad, de la carga ética, ideológica y moral que lleva consigo el individuo con antelación a la ocurrencia del hecho.

De ahí que la certeza jurídica la brinde el conjunto de ordenamientos que la Constitución y leyes reglamentarias establecen desde un enfoque iuspositivista; porque aun cuando dichos ordenamientos no nos parezcan justos o vayan en contra de nuestra propia concepción de lo correcto o incorrecto, brindan certeza simplemente porque existen y son precisos en cuanto a los derechos y obligaciones del individuo.

El autor Gianmarco Gometz consideraba que debido a la complejidad del mero análisis del concepto y los diversos significados que tiene actualmente la “certeza jurídica”, con la finalidad de que no resulte relativista el significado que se adopte, para efectos jurídicos es necesario alejarse “lo menos posible de los usos lingüísticos difundidos”; con la finalidad de que realmente sea de utilidad dicho concepto en la tarea que implica para el Estado, así como para las consecuencias jurídicas de las acciones y los hechos en que participen los gobernados.¹⁵

Bajo ese premisa, Gometz nos permite comprender que utilizar el concepto lo más apegado al significado lingüístico original, da la pauta para que exista la seguridad de las intenciones del legislador al momento de emitir una ley, así como de que los ciudadanos comprendan los alcances legales que provocarán sus acciones, con base en esa ley; contando así, no con una certeza absoluta de algo, pero si como algo altamente probable.¹⁶

¹² Gianmarco Gometz, *La certeza jurídica como previsibilidad*. Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 10-32. Quien resalta diversos aspectos por los cuales la certeza se trata más de una aproximación a los hechos, que de algo irrefutable y verdadero.

¹³ Disponible en: <http://definicion.de/certeza/>

¹⁴ Voltaire, *Sarcasmos y agudezas*. Trad. de Fernando Savater. Barcelona, Editorial Edhasa, 1995, p. 68.

¹⁵ G. Gometz, *op. cit.*, *supra* nota 12, p. 33.

¹⁶ *Ibid.*, p. 35.

Aunque desde nuestra perspectiva, en realidad no se puede hablar de certeza jurídica plena, sino de una enorme previsibilidad de los efectos jurídicos de nuestros actos, así como de las acciones que proceden en contra de aquellos que infrinjan la ley, previamente establecida.

Así, dice Gometz, la certeza jurídica es un concepto que conecta los hechos con la consecuencia jurídica de los mismos, más allá del aspecto ético y moral bajo el que se rija la actuación del individuo.

De allí la importancia real de la certeza jurídica debe ser el punto de partida para el funcionamiento del brazo coercitivo del Estado, a efectos de garantizar el cumplimiento de las normas bajo las cuales se debe regir el comportamiento del individuo, así como de los representantes del gobierno, en una colectividad determinada.

En el caso concreto de México y después de estudiar a juristas como Natarén y Caballero, en el sentido de que uno de los problemas más fuertes a los que se tiene que enfrentar la sociedad y los órganos jurisdiccionales es que en nuestro sistema, para la resolución de un caso, sobre todo en materia penal, utilizamos la valoración;¹⁷ debido a que se basa en elementos subjetivos y una defensa no siempre adecuada, con la finalidad de que el juzgador busque que la sentencia dé fin al conflicto; sin que ello garantice el respeto a los derechos humanos y garantías reconocidas en la Constitución, tanto para el imputado, como para la víctima.

Es justo en el momento de la valoración de las pruebas cuando, a través de la verdad histórica, se determina cuál es la verdad jurídica para un caso en concreto, cumpliendo así con el principio de certeza jurídica que debe imperar en un Estado de Derecho.

Sin embargo, aunque el derecho es imperfecto y existen severas lagunas legislativas, se dice que en México existe la certeza jurídica para el gobernado, toda vez que la propia ley establece los derechos, obligaciones y medidas coercitivas para que las personas convivan en sociedad; así como la libre valoración de las pruebas y los principios fundamentales del derecho, como elementos subjetivos de los que habrá de allegarse el juzgador al momento de dictar sentencia.

La certeza jurídica en nuestro país, desde el punto de vista teleológico, genera las condiciones necesarias para salvaguardar los derechos del gobernado y es el parteaguas para determinar si existen los elementos necesarios para brindarle seguridad jurídica.

Desafortunadamente, en realidad se ciñe exclusivamente a la aplicación de la ley, de acuerdo con el libre albedrío del Poder Judicial, en función de los supuestos debidamente establecidos en la legislación vigente y las consecuencias previsibles en caso de que los mismos ocurran, dejando en segundo plano la obligatoriedad de respetar, salvaguardar y defender los derechos humanos que conforman los bloques de constitucionalidad y convencionalidad vigentes.¹⁸

Aunado a lo anterior, uno de los aspectos que imposibilitan severamente la certeza jurídica de las personas es, sin lugar a duda, la discrecionalidad con la que actúa el Poder Judicial; porque como responsable de salvaguardar la seguridad de la población, el hecho de no actuar con transparencia durante sus procedimientos, deja en estado de indefensión a la población.

¹⁷ Carlos F. Natarén Nandayapa y José Antonio Caballero Juárez, *Los principios constitucionales del nuevo proceso penal acusatorio y oral mexicano*. México, UNAM, 2013, p. 32

¹⁸ El concepto de control de convencionalidad, del cual emana el de bloque de convencionalidad, surge en la Corte Interamericana de Derechos Humanos para denominar a la herramienta que concreta la obligación de garantía de los derechos humanos en el derecho doméstico, a través de la verificación de que tanto las normas como las prácticas realizadas por parte de un Estado parte, cumplan con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), los Tratados en la materia y su jurisprudencia. Información disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>

Así, se reafirma la idea de Fernando Serrano Migallón, en el sentido de que el derecho “tiene un padre cruel y una madre amorosa”, donde el padre es el tiempo histórico y su madre es la razón.¹⁹

Entonces ¿cómo se puede considerar la certeza en el sistema jurídico mexicano? Desde la perspectiva de quien escribe el presente trabajo, la certeza jurídica más allá de una posible garantía constitucional, representa un valor ético-jurídico que a lo largo de la historia constitucionalista del país se ha plasmado de diversas formas como un eje toral de nuestro bloque de constitucionalidad, logrando que en la actualidad se le considere uno de los principios constitucionales transcendentales; con el cual se abandera el ideal de justicia y seguridad jurídica; finalmente, como señala Rodolfo Luis Vigo, “la justicia es un concepto analógico que se puede referenciar a distintas realidades y con distintos tipos de exigencias”.²⁰

En cambio, aquellos países que cuentan con un sistema jurídico fuerte, con leyes rígidas, con estricta aplicación de la ley y con autoridades comprometidas con su labor, aumentan el grado de certeza jurídica de sus gobernados; sin que por ello, tengan una confiabilidad mayor, en cuanto a tener certeza real; por el contrario, puede significar que alejándose de esa verdad o certeza, se limitan a cumplir con lo que su marco normativo les establece, haciendo a un lado la seguridad y otros derechos fundamentales de esa comunidad.

El sociólogo Max Weber destacaba que este tipo de derecho, en el que se establecen principios de certeza y seguridad jurídica, surge debido a la evolución en la formación cultural de los estudiosos del derecho, en función del crecimiento de los Estados y del aparato gubernamental que les sirve para cumplir con sus responsabilidades; ese crecimiento implicó la necesidad de sistematizar y racionalizar el derecho, para hacerlo previsible. Con ello, se ampliarían las oportunidades para tener acceso a mercados extranjeros en un contexto de certidumbre jurídica, en beneficio económico de las partes que intervinieran en la transacción comercial.²¹

Es decir, en ciertos casos la certeza jurídica deriva de intereses económicos que se ven reflejados en lo económico y que impactan al colectivo social de forma trascendente.

Como resultado, podemos afirmar que la certeza jurídica protege la esfera jurídica del gobernado contra los actos arbitrarios de la autoridad, al establecer los lineamientos bajo los cuales todo servidor público debe conducirse, enfocándose precisamente en salvaguardar los derechos que a nivel internacional resultan imprescindibles como parte del proceso globalizador que en materia económica se está realizando.

Ante la complejidad de acotar el concepto de certeza jurídica y considerando que, junto con la legalidad, conforman el principio de seguridad jurídica, es común que certeza jurídica y seguridad jurídica se utilicen como sinónimos; entonces, es preciso establecer la diferencia entre ambos principios y su importancia, no sólo en materia penal, sino también en el quehacer cotidiano tanto de servidores públicos, como de los estudiosos del derecho.

¹⁹ Fernando Serrano Migallón, *La interpretación conforme a la Constitución*. México, Facultad de Derecho de la UNAM, 2008, pp. 3-5, (Colección de Lecturas Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, núm. 63), donde señala que en los últimos años el derecho se ha transformado aceleradamente; “el tiempo histórico” es considerado por el jurista como cruel y arrebatado, deformando los valores e imponiendo prácticas que transforman a las naciones (no precisa a cuáles se refiere). Por otra parte, la madre del derecho es la razón y la describe como “luminosa y perseverante”; destaca la posibilidad de que en algún momento se deje a un lado la razón, para “convertirnos en memorialistas y dogmáticos”.

²⁰ Rodolfo Luis Vigo, *De la ley al derecho*. 3a. ed. México, Porrúa, 2012, p. 15.

²¹ Max Weber, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. 2a. ed. Trad. de José Medina Echevarría. México, Fondo de Cultura Económica, 1964, pp. 1060-1065.

III. Relación de certeza jurídica con seguridad jurídica

La búsqueda constante tanto de la verdad, como de la certeza jurídica, se encuentra intrínseca en la naturaleza política y social del ser humano; esa necesidad originaria que se tiene de la libertad de asociación, obliga al individuo a la búsqueda de esa certeza, en aras de mantener su libertad en coexistencia con un orden jurídico social del medio en que vive.

Los fenómenos jurídicos implican, como lo señala Serrano Migallón, consecuencias importantes en cuanto a la forma en que se concibe el derecho como objeto de estudio; en la actualidad estamos obligados a reconocerlo como un fenómeno cambiante, en el que convergen diversos factores y atores, no sólo como un mero producto del quehacer legislativo.²² De ahí lo complejo de aterrizar en un concepto único a los principios constitucionales que estamos estudiando.

Como ya lo mencionamos con anterioridad, uno de los problemas a los que se enfrenta la sociedad es que la valoración, sobre todo en materia penal, se debe apegar a la verdad histórica, con la finalidad de que el juzgador busque que la sentencia ponga fin al conflicto, pero se respeten los derechos humanos del imputado y de la víctima.²³

Justo en el momento de la valoración de las pruebas es cuando a través de la seguridad jurídica que le brinda un debido proceso al imputado, estamos en condiciones de llegar a la verdad histórica y con esa verdad, se determina cuál es la verdad jurídica para un caso en concreto, cumpliendo así con el principio de certeza jurídica que debe imperar en un Estado de Derecho.

Por ende, la certeza jurídica puede definirse, para objeto del presente estudio, como el conocimiento real que tenemos de los elementos estructurales bajo los cuales se establecen las relaciones jurídicas entre las partes que intervienen en un acto jurídico; ya sea entre gobernantes y gobernados, o bien entre particulares, y que esas relaciones se tienen que ajustar al sistema jurídico vigente en un país.

Es decir, que sabemos de la existencia de una legislación, instituciones y estructuras reales que rigen los actos jurídicos en un país y que con base en ellos deben llevarse a cabo los mismos, para que se protejan todos los derechos de las personas; también, hacemos referencia a esas leyes previas, porque regulan la conducta de la colectividad y establecen las responsabilidades, en caso de su incumplimiento; encuadrando a la certeza jurídica exclusivamente en el aspecto normativo.

En contraparte, cuando hacemos referencia a “seguridad jurídica”, resulta indispensable analizar desde un sentido etimológico en primer lugar a qué nos referimos con seguridad.

La palabra “seguridad” proviene del latín *securitas-atis*, que significa “cualidad de seguro” o “certeza”, así como “cualidad del ordenamiento jurídico, que implica la certeza de sus normas y la previsibilidad de su aplicación”.²⁴

Desde un enfoque filosófico, si hablamos de seguridad jurídica no referimos a aquel principio que persigue un sistema jurídico. Para juristas Martínez Morales se trata de la certeza que debe dar el derecho a la población; es el orden social que se establece y conserva para preservar los valores humanos, así como sus bienes y sus derechos.²⁵

²² F. Serrano Migallón, *op. cit.*, *supra* nota 19, p. 4.

²³ C. F. Natarén Nandayapa y J. A. Caballero Juárez, *op. cit.*, *supra* nota, 17, p. 32.

²⁴ Poder Judicial de la Federación, *Las garantías de seguridad jurídica*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, p. 11.

²⁵ R. Martínez Morales, *op. cit.*, *supra* nota 2, p. 753.

Por ello, podemos decir que el principio de seguridad jurídica se refiere a la certeza que deben tener los gobernados de que los elementos que integran su esfera jurídica, serán respetados por el Estado.

Así, para el Poder Judicial de la Federación de nuestro país, desde el aspecto filosófico, se trata de un valor que persigue el derecho como conjunto normativo vigente; en realidad hablamos de la certeza que se debe dar al gobernado de que no podrá ser molestado en su esfera jurídica y que todos sus derechos serán respetados; por tanto, en caso de ser necesaria dicha afectación, ésta debe sujetarse a los procedimientos previamente establecidos en la ley.²⁶

La seguridad jurídica tradicionalmente se ha considerado como uno de los fines que tiene el derecho y supone la certeza que deben poseer aquellos sujetos del mismo para que su situación jurídica no sea modificada, si no es mediante un procedimiento debidamente establecido en la legislación vigente en ese momento.²⁷

Sociológicamente hablando, autores como López Ayllón señalan que la seguridad jurídica es una condición necesaria para la racionalidad del derecho y está directamente ligada a las conductas que en sociedad resultan previsibles; por ende, constituye una parte de los fundamentos que dan vida a las actividades socioeconómicas de una determinada comunidad.²⁸

En otras palabras, podemos aseverar que la seguridad jurídica es el orden social establecido por el Estado y conservado en vista de la realización integral de los valores de las personas; o bien, como aquella garantía que el Estado le otorga al individuo de que tanto su persona, como sus bienes y sus derechos serán protegidos y en caso contrario es necesaria la reparación del daño ocasionado. En consecuencia, el principio de seguridad jurídica obliga al Estado a contar con operadores del sistema jurídico, idóneos para su cumplimiento.

Entonces ¿cuál es la diferencia entre certeza jurídica y seguridad jurídica?

Grosso modo, la certeza jurídica alude al sistema jurídico existente en un Estado determinado, en el que están incluidas, entre otras, las leyes, la jurisprudencia y los principios generales del derecho; mientras que la seguridad jurídica se refiere específicamente a la garantía que tienen los gobernados de que dicho sistema será utilizado como debe ser.

En realidad más allá de que son principios que salvaguarda la Constitución, es importante comprender la diferencia entre ambos; mientras la certeza jurídica hace referencia a que es necesaria la existencia de mecanismos y legislación vigentes para las relaciones jurídicas, la seguridad jurídica busca salvaguardar precisamente el debido cumplimiento de esos mecanismos, funciones y legislación, con la finalidad de proteger los derechos de las personas que intervienen en el acto jurídico que corresponda.

La seguridad jurídica parte de la certeza jurídica y sin la existencia previa de dicha certeza, sería imposible hablar de seguridad jurídica en nuestro país, respecto de la aplicación de los derechos humanos consagrados en el Pacto Federal y el bloque de convencionalidad, así como en el de constitucionalidad vigentes; principios y normas que de manera conjunta establecen la forma de actuación permitida para los servidores públicos, a efectos de mantener el orden social y respetar los derechos de las personas.

Es decir, se requiere la certeza jurídica para que el principio de seguridad jurídica pueda surgir; en el entendido de que la certeza jurídica implica la preexistencia de disposiciones legales que delimiten las atribuciones del Estado y

²⁶ Poder Judicial de la Federación, *op. cit.*, *supra* nota 24, p. 12.

²⁷ Sergio López Ayllón, *Globalización, Estado de Derecho y seguridad jurídica, una exploración sobre los efectos de la globalización en los poderes judiciales de Iberoamérica*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, p. 145.

²⁸ *Ibid.*, p. 753.

determinen las atribuciones que corresponden a cada uno de los órganos jurisdiccionales que las propias leyes precisen.

Tanto la certeza como la seguridad jurídicas, son consideradas derechos subjetivos que deben aplicarse en beneficio de las personas y se puede exigir su cumplimiento, toda vez que ambas están consagradas en la Constitución, a través de los derechos humanos y garantías constitucionales que la misma reconoce.²⁹

La finalidad de ambos principios es asegurar que el gobernado no quede en estado de indefensión frente a los representantes del Estado, el aparato gubernamental, ni ante los intereses de terceros; así como salvaguardar los principios de igualdad y libertad.

Porque como señala Gustavo Zagrebelsky, a las reglas se les obedece, pero cuando hablamos de principios “se presta adhesión” y, en consecuencia, se requiere “comprender el mundo de valores, las grandes opciones de cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión”. Es decir, las reglas sientan las bases para nuestras acciones y conductas, mientras que los principios nos brindan la oportunidad de fijar nuestra posición y generan actitudes.³⁰

En ello radica la importancia de su existencia y en virtud de que representan la posibilidad de que cualquier persona ejercite una acción, para hacer valer sus derechos y exigir el cumplimiento de los mismos ante el Estado.

La seguridad jurídica no sólo está contemplada en materia penal, también como ya mencionamos con anterioridad, nuestra Carta Magna engloba diversos derechos humanos y garantías; por ello, es común que se confundan las garantías constitucionales con la seguridad jurídica, toda vez que dichas garantías en realidad forman parte de la certeza jurídica del gobernado, que redundará en la existencia de seguridad jurídica en el momento procesal en que se intente hacerlas valer.

Por lo antes mencionado, para que realmente exista un Estado de Derecho, se requiere la seguridad jurídica que brinda la correcta aplicación de los principios de certeza jurídica y legalidad que establece nuestra Constitución; para lo cual, como destaca López Ayllón, las normas jurídicas de un lugar deben ser efectivas y contar con una estructura especializada en la materia, en la que recaiga la responsabilidad de su estricta aplicación, debidamente legitimada y legalizada,³¹ supuesto que la teoría existe.

Adicionalmente, es importante destacar que en México la seguridad jurídica tiene dos aristas de suma importancia: una en la que se le considera un principio del derecho, mismo que se queda como el ideal al que aspira llegar la Nación; y, por otra parte, la seguridad jurídica como garantía fundamental del gobernado, que no se trata de un artículo o ley en particular la que la establece; sino todo un conjunto de normas vigentes al momento en que ocurre un hecho y se fija una *litis*.

En consecuencia, es necesario profundizar también respecto del principio de seguridad jurídica y explicar en qué consiste, porque son temas poco estudiados y vale la pena analizarlo por separado.

Porque al analizar los principios jurídicos objeto del presente estudio, nos permiten comprender por qué Zagrebelsky afirma que “[...] la dimensión del de-

²⁹ Cfr. El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de la reforma aprobada el 10 de junio de 2011 establece, entre otros aspectos, que “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección[...]”.

³⁰ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 10a. ed. Trad. de Marina Gascón. Madrid, Trotta, 2011, pp. 109-111, (Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho)

³¹ S. López Ayllón, *op. cit.*, *supra* nota 27, p. 146.

recho por principios es la más idónea para la supervivencia de una sociedad pluralista, cuya característica es el continuo reequilibrio a través de transacciones de valores”.³²

En realidad el principio de seguridad jurídica comprende un conjunto de derechos subjetivos públicos que se establecieron en nuestra Constitución, que favorecen en la medida de lo posible al gobernado y con las reformas del 10 de junio del 2011 fortalecen el principio *pro persona* y obliga al Estado mexicano a cumplir con el bloque de convencionalidad;³³ su importancia radica en que al tratarse ambos de principios constitucionales, son oponibles a los órganos jurisdiccionales y autoridades del Estado, a efectos de exigir la sujeción de los servidores públicos, tanto en su actuación como en los procedimientos que aplican, a los requisitos previos contemplados en las leyes.

La intención del constituyente originario y del constituyente derivado al incorporar el principio de seguridad jurídica a través de las garantías plasmadas en el Pacto Federal, fue en teoría, la de no afectar la esfera jurídica del gobernado, para respetar el debido proceso y brindarle certeza jurídica a través de los derechos fundamentales y garantías que la ley prevé; entre los que destacan la igualdad, la libertad y la legalidad en los procesos.

Finalmente, podemos afirmar que cuando no existe certeza jurídica durante un procedimiento, corremos el riesgo de deslegitimar la función del órgano jurisdiccional que resuelve la *litis*, generando con ello la inseguridad jurídica para el gobernado y, en consecuencia, una violación a sus derechos humanos y garantías reconocidos; lo anterior, debido a que es difícil que la verdad legal concuerde con la verdad histórica de los hechos. Este supuesto ocurre reiteradamente en nuestro sistema judicial.

IV. Conclusiones

La certeza jurídica contiene en sí todos los elementos que conforman el sistema jurídico mexicano (instituciones, leyes, servidores públicos, proceso legislativo, etcétera) y la seguridad jurídica implica que todos esos elementos se utilicen al servicio de la sociedad, de forma adecuada y con estricto apego a lo que la ley establece; por ello, se requiere darle un enfoque distinto, encaminado a salvaguardar tanto los derechos fundamentales reconocidos, como los derechos humanos universalmente aceptados.

Es importante la retroalimentación y el constante estudio de los principios rectores de nuestro sistema jurídico, en particular aquellos que garantizan el respeto a los derechos humanos; para lo cual, es prioritario tener presentes los siguientes puntos:

1. Existen diferentes tipos de realidades y dependerá del juzgador la valoración que brinde a cada una de las verdades que le presenten, en función de lo establecido en las leyes, las pruebas aportadas, los hechos comprobados y el análisis concienzudo que de todo ello realice.
2. Aunque ni epistemológica, ni etimológicamente hablando, certeza y seguridad jurídica significan lo mismo, podemos afirmar que en la práctica no pueden, ni

³² G. Zagrebelsky, *op. cit.*, *supra* nota 30, p. 125, el autor afirma que esta visión es generalmente adoptada por la mayor parte de jurisdicciones consideradas como constitucionales; en la cual están considerados los derechos humanos e incluye declaraciones de valores.

³³ Cfr. El artículo 1o. constitucional, en su párrafo tercero establece: “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

deben separarse, porque están íntimamente ligadas y sin una, no podría existir la otra.

3. Dentro de los principios rectores del derecho constitucional, indudablemente destacan por su trascendencia y relevancia, aquellos enfocados a salvaguardar la esfera jurídica del gobernado, en particular el principio de seguridad jurídica y como parte de éste, la presunción de inocencia y el principio de legalidad; todos en conjunto son los que proveen de certeza jurídica al sistema penal mexicano.
4. Es primordial para los órganos jurisdiccionales de los tres niveles de gobierno capacitar y sensibilizar a los servidores públicos que los conforman, para resaltar la importancia de los derechos fundamentales e incentivar la aplicación del control difuso de la Constitución como punta de lanza para garantizar la certeza jurídica y, en consecuencia, respetar la esfera jurídica del gobernado.
5. Por lo anterior, resulta imprescindible comprender la importancia de dar cumplimiento y respetar los tratados internacionales de los que México es parte, así como de aquellas resoluciones que en materia de derechos humanos emiten los organismos internacionales.
6. Los nuevos paradigmas en materia de derecho penal y sobre todo de derechos humanos, enfrentan el enorme reto de salvaguardar el Estado de Derecho a través del respeto de la certeza y la seguridad jurídicas, como ejes rectores del quehacer judicial.
7. No se puede hablar de certeza y seguridad jurídicas con un enfoque iuspositivista cuando el devenir histórico nos demuestra que el respeto a los derechos humanos nos obliga a ponderar los elementos aportados ante el órgano jurisdiccional competente, porque no existe verdad absoluta.
8. Verdad, certeza y seguridad jurídicas, así como derechos humanos obliga a preguntarnos si como sociedad realmente estamos preparados para hacerlos valer o simplemente nos mantenemos como observadores ante los enormes retos que enfrentamos actualmente.

En consecuencia, consideramos que es responsabilidad de los legisladores elaborar leyes acordes con la realidad social; de quienes las aplican e interpretan, se necesita un serio compromiso con la reconstrucción del tejido social y que salvaguarden los principios que dan sentido a la convivencia humana.

Nadie puede garantizar la certeza y seguridad jurídicas en un Estado hundido en la corrupción, la pobreza, marginación, ignorancia y apatía por parte de la población que la conforma; un pueblo con hambre busca pan y agua, no conocimiento.

Hablar de los principios de certeza y seguridad jurídicas en estos días implica entonces estar conscientes de lo anterior, requiere comprender que nuestra Ley Fundamental ya no debe ser aquella de la que todas las demás emanan; al contrario, en nuestra Constitución deben estar plasmadas aquellas obligaciones que en materia de derechos humanos adquirimos a lo largo de los últimos años a nivel internacional, en beneficio de los ciudadanos y para garantizar la certeza y seguridad jurídicas de todos los gobernados.

Todo converge en un mismo espacio: leyes, política, derecho, intereses económicos; pero sobre todos ellos está la masa que sostiene al aparato gubernamental a través de sus aportaciones, esfuerzo, compromiso, entrega y capital humano.

Esa masa es precisamente la que día con día reclama de sus autoridades la seguridad que está obligado el Estado a brindar como parte de sus responsabilidades y como ineludible deber de proteger los derechos humanos.

Identificando falsos derechos humanos a través del control de razonabilidad

Luis Antonio Sámano Pita*

Aprobado para su publicación
el 25 de abril de 2017.

RESUMEN: A raíz de la reforma constitucional de junio de 2011, en México ha permeado un fuerte impulso por incluir en todas las reformas legales el tema de Derechos Humanos, sin embargo, es necesario distinguir qué son derechos humanos y qué no lo son, para ello existen instrumentos como el control de razonabilidad, que analiza los siguientes parámetros: finalidad, naturaleza, legitimidad, adecuación, necesidad y proporcionalidad.

Se muestran algunos ejemplos que ilustran un uso incongruente entre el sustento doctrinal y el objeto que se persigue normar, situación que puede derivar en conflicto con verdaderos derechos humanos. Al final del trabajo se explican los elementos que integran el instrumento y se realiza un ejercicio para mostrar la forma de aplicarlo.

ABSTRACT Following the constitutional reform of June 2011, Mexico has permeated a strong impulse to include in all legal reforms the issue of Human Rights, however, it is necessary to distinguish what are human rights and what are not, for this exist Instruments such as the control of reasonability, which analyzes the following parameters: purpose, nature, legitimacy, adequacy, necessity and proportionality.

Some examples are shown that illustrate an inconsistent use between doctrinal sustenance and the object that is intended to regulate, a situation that can lead to conflict with real human rights. At the end of the work the elements that make up the instrument are explained and an exercise is performed to show how to apply it.

SUMARIO. Introducción. I. Derechos humanos y derechos fundamentales. II. Identificando falsos derechos humanos. III. El Control de razonabilidad. IV. Aplicación del control en un caso concreto. V. Conclusiones.

Introducción

Atendiendo a las bases del conocimiento jurídico que sustenta la teoría de los derechos humanos es necesario entender que éstos deben contar con un sustento de tipo racional que pueda ser revisable y calificable, mediante instrumentos que legitimen su pertinencia.

* Doctorando en Derecho y maestro en Ciencias Jurídicas por la Universidad Panamericana, maestro en Derecho por la Universidad Michoacana de San Nicolás Hidalgo.

Es necesario también advertir que bajo este presupuesto no todos los derechos constitucionales son derechos humanos o derechos fundamentales, ya que sólo lo serán aquellos que tengan un sustento racional.

La creación de normas jurídicas irracionales ocasiona nuevos problemas jurídicos y colisión con otros derechos que son legítimos.

Para auxiliar el trabajo de operadores jurídicos en el proceso de creación de normas jurídicas y la impartición de justicia, existen herramientas como el control de razonabilidad que, por medio de un test de siete preguntas, ayuda a identificar y descartar falsos derechos.

I. Derechos humanos y derechos fundamentales

En su concepción *iusnaturalista* Jack Donnelly señala que los derechos humanos son literalmente los derechos que una persona posee por el simple hecho de que es un ser humano.¹ Esta concepción aparentemente simple en estructura plantea a su vez dos dudas importantes, la primera referente al origen de los derechos humanos, la segunda relacionada con el catálogo de estos derechos, sin pasar por alto los mecanismos para acceder a éstos. La primera de las dudas planteadas obedece a una cuestión de abstracción racional por la que el ser humano conoce sus derechos, mientras que la segunda se refiere a un catálogo amplio de prerrogativas que necesariamente deben encontrarse descritas en un instrumento legal.

Para Luigi Ferrajoli, los derechos fundamentales, son identificados con los derechos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en tanto ciudadanos o personas con capacidad de obrar.² Este concepto, aparentemente similar al concepto de Donnelly entraña diferencias sustanciales, tales como la adscripción universal de los derechos, comprendiendo que el significado de dignidad humana dista mucho en la forma que se conciben en oriente y occidente. De igual manera el concepto hace referencia a la titularidad en cuanto ciudadanos, situación que excluye a los que no reúnan esta cualidad, así como capacidad de obrar, elemento que complica más aún el panorama de la titularidad, dejando en indefensión a los que no reúnan esta característica.

De manera esencial, la idea de derechos fundamentales pretende resaltar expresivamente la índole jurídica esencial de los derechos que reconoce en determinado instrumento, y está relacionada con un carácter ideológico neutro, reconocido de forma generalizada en tanto normas a las que se dota de mayor importancia respecto de otras, contemplando el contexto del grupo social al que se pretende aplicar.

En términos concretos, Norberto Bobbio señala que los derechos humanos existen porque existe la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; es decir, un acuerdo de carácter factico por parte de la comunidad internacional que hace que esos derechos existan, sean verdaderos.³ Aunque el origen pue-

¹ Jack Donnelly, *Derechos humanos universales: teoría y práctica*. 2a. ed. Trad. de Ana Isabel Stelli-no. México, Gernika, 1998, p. 23.

² Luigi Ferrajoli, *Derechos fundamentales y democracia*, México, 2014, p. 5.

³ Norberto Bobbio, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo, e Il problema della guerra e le vie della pace*. Bolonia, Il Mulino, 1979, p. 129.

da ser obtenido por la razón, es necesario que exista un instrumento que soporte y refiera tales derechos.

Un punto de vista epistemológico sostiene que el reconocimiento de los derechos naturales implica al mismo tiempo considerar una serie de concesiones inherentes a la persona, lo cual se logra mediante el uso de la razón, proceso indispensable para conocer esta realidad valiosa y derivar de ahí una serie de razones para la acción: obligaciones y deberes.⁴ A partir de la razón es posible abstraer esta realidad perceptible a través de los sentidos, en nuestro caso, materializada por medio de instrumentos y mecanismos jurídicos.

Estos derechos, en cuanto disposiciones conocidas por la razón deberán encontrarse de acuerdo con la dogmática, en la Constitución nacional de un Estado⁵ o en instrumentos internacionales, según el ámbito de competencia correspondiente.

En contraposición a los procesos derivados de la razón para el reconocimiento de los derechos humanos, existen posturas que se refieren a los derechos humanos como un producto cultural emanado de Occidente para justificar las expansiones coloniales por todo el mundo y, para hacer frente a las injusticias y opresiones que el expansionismo producía,⁶ sin embargo es una postura tal como la que refiere el origen de éstos como un proceso histórico, ubicados a partir del año 539 A. C., cuando Ciro el Grande, primer rey de la Persia antigua conquistó Babilonia, libera a los esclavos y les reconoce derechos.⁷

Como tal, la referencia de los derechos fundamentales es más reciente y la encontramos en instrumentos como la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776, la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 y de manera más sólida y contundente en el constitucionalismo alemán, en los llamados “*Grundrechte*” como derechos humanos con fuerza de ley constitucional.⁸ Con los elementos antes señalados es posible apreciar una referencia breve de la evolución conceptual e histórica de los derechos fundamentales que impactan en la normativa que regula los derechos y obligaciones de las personas.

El profesor Fernando Toller⁹ destaca algunos elementos a considerar en la estructura de los derechos fundamentales, como son: el ámbito jurídico del ejercicio del derecho, el ejercicio legítimo, el ámbito formal y la esfera de funcionamiento razonable del derecho.

⁴ Hugo Saúl Ramírez García y Pedro de Jesús Pallares Yabur, *Derechos humanos*. México, Oxford, 2011, p. 26.

⁵ Para el caso mexicano, a partir de la reforma constitucional de junio de 2011 se denomina el capítulo I “De los Derechos Humanos y sus Garantías” que comprende 29 artículos, de los cuales el artículo 1o. hace un reconocimiento expreso de los derechos humanos establecidos en la propia Constitución y en los tratados internacionales, en concordancia con el artículo 133, el cual señala que todos los tratados celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión.

⁶ Joaquín Herrera Flores, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Madrid, Los libros de la Catarata, 2005, p. 36.

⁷ Organización de los Estados Americanos, *Historia de los derechos humanos*, consultado el 7 de noviembre de 2016, disponible en: <http://www.oas.org/es/sedi/ddse/documentos/CapacidadJuridica/Modulo1/DerechosHumanos/DH2.pdf>

⁸ Para mayor referencia ver: Antonio Osuna Fernández-Largo, *Teoría de los derechos humanos. Conocer para practicar*, Salamanca, España, San Esteban, 2001, pp. 254.

⁹ Fernando Toller, Universidad Panamericana, cátedra universitaria, apuntes de Carla Roel de Hoffman, Doctorado en Derecho, México, junio de 2015.



*Diagrama basado en la cátedra del doctor Fernando Toller, Universidad Panamericana, México, junio de 2016.

Debido a la diversidad de factores que influyen en un contexto específico es necesario realizar una adecuación al caso concreto que se atiende, considerando los elementos antes señalados.

2. Identificando falsos derechos humanos

Una vez realizada la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales, resaltando el componente de razonabilidad de éstos, en tanto componente indispensable en su formulación, es prudente destacar que existen falsos derechos humanos que no cumplen con el presupuesto de razonabilidad¹⁰ necesario para poder destacarse como verdaderos.

En este sentido, los verdaderos derechos no sólo son el resultado de un proceso legislativo que los valide, sino que atienden a un estándar de validación más riguroso que supera la exigencia social o el interés de grupos de poder que promueven su creación.

Es necesario advertir que la formulación de falsos derechos humanos, jurídicamente irracionales, acarrea consecuencias jurídicas derivadas de la colisión con otros derechos de naturaleza racional.

Como tal, los derechos económicos, sociales y culturales cuentan con reconocimiento internacional, a través del Pacto Internacional aprobado, mediante la resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966, por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, así como por la Conferencia

¹⁰ Al respecto es necesario no confundir la razonabilidad con la expresión racionalidad, ya que esta última tiende a ser empleada en contextos en los que se dota a la razón de un contenido ideológico es decir, se la vincula a una concepción, visión o ideología determinada del mundo, de un área del conocimiento o un aspecto de ella. Así tenemos: racionalidad económica utilitaria, racionalidad histórica marxista, racionalidad jurídica con arreglo a valores, racionalidad jurídica instrumental. Para más información se puede consultar: Humberto Luis Cuno Cruz, "Razón, racionalidad y razonabilidad: ¿qué los identifica y diferencia?". *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, vol. 51, núm. 81, enero-junio de 2010, pp. 205-218.

Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, en la que se reconoció su universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación.

A pesar del reconocimiento internacional que de manera representativa realizan los países del mundo que participan del sistema internacional de protección de derechos humanos, persisten algunas dudas acerca de su compatibilidad entre naciones, ya que no serán interpretados y aplicados en países europeos y asiáticos. De igual manera es difícil determinar su progreso y desarrollo al momento de promoverlos, a fin de evaluar y monitorear los avances obtenidos.

Existen posturas como la que promueve Isabel Trujillo al identificar los derechos económicos, sociales y culturales como falsos derechos o “derechos de papel” con los derechos sociales y los distingue de los verdaderos derechos, identificados con las normas que regulan las libertades, las cuales son autoejecutables. Para el caso de los derechos sociales, tal como los derechos morales, que no son justiciables en la mayoría de los casos, será incierta su ejecución y dependerá de factores externos, relacionados con la actividad del órgano estatal para su cumplimiento, mientras que las normas que regulan libertades que aparentemente no requieren “nada” para su ejecución.¹¹

Al caso concreto, la Constitución establece el derecho a la vivienda en los siguientes términos: “Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. *La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo*”.¹²

Si bien la Constitución no establece de manera textual el otorgamiento de vivienda a todo aquel que lo solicita, reenvía a la legislación derivada o reglamentaria para “alcanzar tal objetivo”, sin embargo, en la práctica resulta complejo, ya que su acceso depende del cumplimiento de otros requisitos.

Para el caso de garantizar las libertades de tránsito e informativas, no habrá mayor actividad que reconocerlas y garantizarlas a través de su respeto y protección. Esta situación libera al Estado de actuaciones interminables, respecto de la actividad que podría derivar de un derecho irracional.

Es necesario apuntar que no se puede tener un derecho y no tenerlo al mismo tiempo y bajo las mismas circunstancias.¹³ Atendiendo al principio de no contradicción, el entramado jurídico debe ser armónico y funcional, respetando los límites y excepciones planteados por cada libertad o derecho.

Existen más ejemplos de falsos derechos que llevan nombres poco precisos o inadecuados como es el caso del *derecho a decidir*, el cual de acuerdo con Martín Ortega Carcelén esconde una maniobra retórica inteligente que pretende trasladar el debate desde el concepto resbaladizo de nación hacia el terreno más seguro de la democracia.¹⁴

¹¹ Isabel Trujillo, “Derechos y falsos derechos: derechos razonables y no razonables”, *Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas de Derechos Humanos*. Pamplona, núm. 52, pp. 226-227.

¹² Artículo 40. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de agosto de 2016.

¹³ F. Toller, Universidad Panamericana, cátedra universitaria, apuntes de Carla Roel de Hoffman, Doctorado en Derecho, México, junio de 2015.

¹⁴ Martín Ortega Carcelén, “El derecho a decidir no existe”, *El País*, 16 de octubre de 2014, disponible en: http://elpais.com/elpais/2014/10/10/opinion/1412946101_991126.html

Este *derecho a decidir*, coloca en un plano superior el derecho de la madre a “decidir” si le practican “aborto”, aunque legalmente no se establezca dicho concepto en la ley para calificar el acto.

Concretamente, en la declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se menciona que: “[...] no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida a partir del momento de la concepción”, ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.¹⁵

En este sentido y atendiendo a la regulación que se hace por parte de las entidades a la protección a la vida, la Ciudad de México por ejemplo, regula en la Ley de Salud del Distrito Federal la *interrupción legal del embarazo* de forma “gratuita y en condiciones de calidad, en los supuestos permitidos en el Código Penal para el Distrito Federal, cuando la mujer interesada así lo solicite”.¹⁶ Al respecto el artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal establece que el aborto es la interrupción del embarazo después de la duodécima semana de gestación,¹⁷ estableciendo el plazo a partir del cual será punible la norma, antes del cumplimiento del plazo la norma permite acudir a las instituciones públicas de salud del gobierno para proceder al aborto, o en su caso podrán optar por algún otro servicio de salud privado.



Al respecto, tal como lo tutela la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁸ en su artículo 4, “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida” y este derecho es comprendido desde de la concepción. En este mismo sentido se pronuncia la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica,¹⁹ tomando como referencia instrumentos internacionales y dictámenes médicos.

¹⁵ Declaración para el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, firmada el 16 de diciembre de 1998.

¹⁶ Artículo 58 de la Ley de Salud del Distrito Federal, publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 17 de septiembre de 2009.

¹⁷ Código Penal para el Distrito Federal, última reforma publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 16 de junio de 2016.

¹⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de noviembre de 2012, serie C, No. 257.

Además de las modificaciones legales que establecen “excepciones” y por tanto vulneraciones a verdaderos derechos humanos, existen también iniciativas que promueven la creación de “nuevos derechos”, es el caso de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal que a lo largo de 14 años²⁰ mantiene un evento denominado “Feria de los Derechos Humanos”, cuyo slogan “tu ciudad... vívela! es tu derecho” es ambiguo y confunde al público que convoca. El enunciado alude a un nuevo derecho, el derecho a “vivir la ciudad”, sin origen, ni fundamento, ni objetivos concretos.



Si bien en el caso anterior, se hace referencia a la promoción de un evento por parte de un órgano público de defensa de derechos humanos, es evidente el problema estructural del slogan, relacionado con su planteamiento. Existe referencia a un derecho a la ciudad, teorizado por Henri Lefebvre²¹ en la segunda mitad del siglo XX, es principalmente una crítica a la urbanización como una cuestión social y política puesta en manos de una ciudad que se deteriora, al mismo tiempo que se re-crea.²² A simple vista el título del cartel es parecido, sin embargo en estructuras, fondo y objetivo no existe relación.

De igual manera, existen proposiciones desde la sociedad civil que confunden obligaciones con derechos, sujetos obligados con sujetos titulares, es el caso del *derecho a defender los derechos humanos*. Este supuesto derecho, es estrictamente una obligación del Estado, establecida inclusive en la Constitución en los siguientes términos: “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, *proteger* y garantizar los derechos humanos.” En este caso, el sujeto obligado para proteger²³ el derecho es el Estado y el titular del derecho es la persona.

²⁰ Celebrada, año con año, a excepción del año 2015, como acto de solidaridad y empatía con las víctimas de graves violaciones a derechos humanos.

²¹ Para mayor referencia se puede ubicar la obra de Henri Lefebvre en sus versiones originales en francés: *Le droit à la ville*, número 1. 2a. ed. París, Economica, 1968 y *Le droit à la ville, Espace et politique*, número 2. París, Economica, 1972.

²² Laurence Costes, “Del ‘derecho a la ciudad’ de Henri Lefebvre a la universalidad de la urbanización moderna, *Urban*, septiembre de 2011-febrero de 2012, p. 2.

²³ De acuerdo con el concepto “defender” que ofrece la Real Academia Española se proporciona el siguiente resultado: 1. Amparar, librar, *proteger*. Diccionario de la Lengua Española. Madrid, Edición del Tricentenario, 2016.



En el supuesto anterior, se habla de un derecho que no existe en ningún ordenamiento legal, sin embargo, logra persuadir el ánimo de las personas en promover el cumplimiento de un derecho que originariamente es una obligación reconocida al sujeto estatal.

La importancia de hacer un uso adecuado de la terminología contribuye a mantener la esencia del derecho, que en palabras de Rodolfo Luis Vigo:

El derecho, si pretende mantener su legitimidad y no ser absorbido o neutralizado por economistas, políticos o científicos, debe ser una fuente permanente de invocación y de reclamo por la justicia y lo justo, no para proponer soluciones inviables sino para defender incansable, inexcusable y eficazmente aquello que resulta indisponible dado que aceptar lo contrario significa sacrificar el sentido legitimador del derecho.²⁴

III. El control de razonabilidad

Lo razonable puede ser lo proporcionado e idóneo para analizar un fin propuesto, es decir, la adecuación medida de los medios al fin. Lo razonable es derivado de la razón, en cuanto proceso mental indispensable para conocer la realidad.

Para utilizar de manera eficiente un patrón de razonabilidad hay que conjugar en dosis proporcionadas los valores jurídicos de libertad, orden, paz, seguridad, solidaridad y bienestar general. Así lo “razonable se opone a lo arbitrario”. Cuando se viola la razonabilidad se trastorna una cuestión sustancial o de fondo: el ajuste de toda norma y de todo acto en el sentido de justicia que la constitución alberga.²⁵

El control de razonabilidad que se muestra a continuación es una herramienta que sirve a legisladores, juzgadores y demás operadores jurídicos para determinar qué derecho en concreto está siendo ejercido de manera razonable y

²⁴ Rodolfo Luis Vigo, *De la ley al derecho*. México, Porrúa, 2003, p. 23.

²⁵ Roberto Tovar Faja et al., *Consultas de la Asamblea Legislativa a la Sala Constitucional. El control pleno de constitucionalidad 1989-1993*, t. II, “Análisis constitucional”. San José, Costa Rica, EUNED, 1994, p. 732.

cuál derecho es invocado, pero no está avalado por un título legítimo y exigible en las circunstancias específicas a resolver.²⁶

Para apoyar tal ejercicio se pretende efectuar el control de razonabilidad en siete pasos para determinar si la decisión es adecuada. Para ello, habremos de tomar en cuenta el principio de no contradicción, el cual establece que “no es posible que una misma cosa, acción u omisión sea y no sea jurídicamente debida a un sujeto al mismo tiempo y a la luz de las mismas consideraciones”.²⁷

Al conocer de un caso particular, la función del juez no consistirá en dejar fuera algunos derechos por destacar otros, sino en tratar de operar un sistema armónico de derechos fundamentales que le permitan elegir entre lo mejor y más adecuado al asunto que conoce. De acuerdo con lo anterior, menciona Fernando Toller que: La función del juez no es la de sacrificar derechos sino, en realidad, la de determinar qué derecho, de quién y en qué “proporción” se presenta en el caso.²⁸

Para descartar paso a paso la posibilidad de no distinguir la idoneidad de la norma, se han dispuesto los siete pasos del test antes mencionado, del cual es necesario señalar que si una respuesta no está dentro del proceso de razonabilidad, la norma puede ser considerada irrazonable e inconstitucional.²⁹

1. Existencia o finalidad. En este inciso es necesario cuestionarse si la norma tiene o se propone un fin, ya que de si no hay un fin, la norma es irrazonable.
2. Naturaleza de la finalidad. Una vez que se conozca el fin que persigue la norma, es indispensable dimensionarlo, identificarlo y diferenciarlo de otros fines, para saber cuál es el fin exactamente o si son varios, mediatos o inmediatos.
3. Legitimidad del fin. En este orden de ideas, ya que se ha delimitado la naturaleza del fin, habremos de ubicar la base legal que sustenta la norma, sea esta del ámbito doméstico o internacional.
4. Adecuación de los medios. Ya identificada la base legal, se debe evaluar si los medios empleados son idóneos o eficaces para lograr el fin, ya que existe la posibilidad de utilizar medios contrarios al presupuesto de eficacia racional requerido para acreditar este punto.
5. Necesidad de los medios. La importancia de este inciso radica en identificar si son eficientes los medios empleados y en su caso determinar si no hay alternativas más convenientes a la finalidad buscada y al derecho regulado.
6. Proporcionalidad de los medios. No menos importante que los demás, este inciso intenta depurar aún más el ejercicio de razonabilidad al cuestionar si existe una adecuada relación entre los costos de las medidas y los beneficios que reporta.

²⁶ F. Toller, “Justicia en la toma de decisiones y discrecionalidad estatal. La armonización de derechos y bienes públicos mediante un análisis de razonabilidad a partir de un caso de vacunación obligatoria”, *Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y Derechos Humanos*. Pamplona, núms. 66-67, 2012, p. 110.

²⁷ *Ibidem*, p. 115.

²⁸ F. Toller, “La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el *balancing test*”, en Eduarddo Ferrer MacGregor, coord., *Interpretación constitucional*. México, Porrúa / UNAM, 2005, t. II, pp. 1248-1249.

²⁹ Toller, F. Universidad Panamericana, cátedra universitaria, apuntes de Carla Roel de Hoffman, Doctorado en Derecho, México, junio de 2015.

Si existe una violación al contenido esencial, hay un NO en las respuestas 1 a 6.

A mayor importancia del fin, mayor posibilidad de impacto en la medida, atendiendo al contenido esencial de la norma a evaluar, bajo un principio absolutamente moral.

7. No afectación del contenido esencial del derecho regulado. Tal como se ha mencionado con antelación, la mayor aportación del control de razonabilidad es proporcionar elementos para operar un sistema armónico de derechos fundamentales, por lo que este último inciso del test se enfoca en identificar si los medios respetan la esfera de funcionamiento razonable del derecho regulado, o si éstos han sido alterados, restringidos, limitados o afectan su objeto o finalidad.³⁰

Este método de control de razonabilidad se puede aplicar a pretensiones particulares y no sólo a las leyes generales, en caso de pretender aplicar un ejercicio de leyes es necesario crear dos normas hipotéticas generales a partir del contenido específico de las pretensiones procesales.

IV. Aplicación del control de razonabilidad a un caso concreto

Para aplicar el control de razonabilidad con apoyo en los puntos del test antes mencionado, analizaremos el llamado *derecho a decidir*,³¹ que tiene la mujer sobre su cuerpo y que es la base de la *interrupción legal del embarazo* establecida en la Ley de Salud del Distrito Federal acorde con el Código Penal para el Distrito Federal,³² en oposición a instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 4 señala que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida” y este derecho es comprendido desde la concepción.

Considerando además que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 1o. reconoce los derechos humanos establecidos en tratados internacionales, razón por la cual el Estado mexicano presentó la Declaración para el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la siguiente declaración interpretativa: “[...]no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida a partir del momento de la concepción”, ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.

Es necesario apuntar que la declaración interpretativa antes citada, exige el Estado mexicano de comparecer ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por abortos cometidos hasta antes de las doce semanas mencionadas

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Existen posturas que sugieren el análisis del *derecho a decidir* a la luz de principios filosóficos como la *autonomía de la voluntad*, citado principalmente en contratos en los que se respeta la decisión de las partes, sin embargo, en el supuesto que nos ocupa, no existe un contrato y no existe siquiera proporción de facultades entre las partes para decidir si se respeta o se vulnera el derecho a la vida.

³² Este instrumento legal despenaliza el aborto hasta antes de la duodécima semana de gestación.

en la Ley de Salud del Distrito Federal y de cualquier otra normativa del ámbito local a nivel nacional que la regule.

1. Las finalidades del derecho a decidir y su relación con la *interrupción legal del embarazo: perspectiva en doble vertiente*.

La posibilidad de legislar en cualquier materia para modificar la aplicación de la norma, permite utilizar el derecho como instrumento a favor de un grupo dominante, entre otros aspectos se aprecia una visión adultocentrista que deja en indefensión al no nacido.

- a) Por un lado, la interrupción legal del embarazo tiene como objeto despenalizar la muerte de un ser humano a manos de personal médico, bajo el amparo que otorga la normativa nacional en materia penal y de salud, sin considerar instrumentos internacionales de derechos humanos, argumentando la reserva interpretativa hecha a la Convención Americana.
- b) En un segundo momento, la autonomía de la voluntad, en cuanto sustento filosófico del llamado derecho a decidir tiene límites claros, con ello nos referimos al derecho de la madre, pero también al derecho del no nacido a que se defienda su vida. Entendamos este presupuesto no solo como el derecho del más fuerte sobre el más débil, sino como el derecho de la madre y el derecho del ser humano no nacido, alojado en el cuerpo de su madre.

2. Análisis de la naturaleza de la finalidad:

La finalidad inmediata que pretende la medida es brindar a la madre la posibilidad de abortar sin consecuencias legales y este servicio lo proporciona el Estado de manera gratuita.

Sin embargo, esta finalidad carece de sustento, ya que se considera solo el derecho de la madre y se ignora el derecho del no nacido. El Derecho debe permanecer para ambos con independencia a lo establecido por la norma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fundamento en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se ha referido a la importancia de defender la vida, señalando que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos.³³

3. Objetivo legitimidad del fin: Como tal no se distingue una legitimidad natural, porque la decisión como tal justifica la interrupción de la vida, sin embargo, la norma local sustenta la legalidad de su cumplimiento, en contravención a instrumentos internacionales que tutelan el derecho a la vida desde la concepción. A pesar del reconocimiento a la vida en instrumentos internacionales, el Estado mexicano realiza una declaración interpretativa dentro de la declaración de competencia contenciosa de la Corte Interamericana para no ser juzgado en el ámbito internacional. Se enfatiza la falta de armonización de la norma³⁴ ju-

³³ *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144, y *Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 186.

³⁴ Al respecto Anna Pintore señala: "la identificación entre normas y derechos supone, en definitiva, una suerte de ontologización de los derechos. Nos conduce a una vía sustancialista muy similar a la ya

rídica local con el derecho internacional de los derechos humanos, al que en un primer momento y de manera general reconoce, pero que en un segundo momento y de manera específica exime de aplicación.

4. Adecuación de los medios: Se hace notar que existen otros medios antes de agotar la interrupción legal del embarazo. De igual manera y considerando el derecho a la salud de la madre, los métodos abortivos son peligrosos, más cuando éstos se practican por médicos no aptos en clínicas que no cuentan con estándares mínimos de calidad.
5. Necesidad de los medios: Antes de recurrir a medios abortivos, existen alternativas como la orientación sexual con énfasis en la planificación familiar, el uso de métodos anticonceptivos para evitar embarazos y enfermedades de transmisión sexual.
6. Proporcionalidad de los medios: Una vez agotados los incisos anteriores, es necesario valorar la proporcionalidad de la medida empleada, considerando otras medidas y ponderando respecto de éstas su nivel de proporción.

Para el caso que analizamos resulta desproporcionada la medida, dado que es más costoso y peligroso practicar un aborto que prive de la vida a un ser humano que utilizar métodos anticonceptivos.

El uso de métodos anticonceptivos asume que una persona consiente, libre y en uso de sus facultades y derechos, prevé tomar una serie de precauciones para sí o para otra, con la finalidad de evitar embarazos o enfermedades de transmisión sexual.

7. No afectación del contenido esencial del derecho regulado: El derecho a decidir abortar, respecto del derecho a la vida.

El derecho a decidir abortar, altera esferas de protección relacionadas con el derecho a la vida del ser humano alojado en el cuerpo de la persona que supuestamente tiene la facultad de solicitar que se le practique el aborto.

Para explicar de mejor manera los aspectos que se alteran, trataremos de identificar que: a) el derecho a la vida implica para su goce y ejercicio obligaciones negativas para el Estado para evitar que un ser humano prive de la vida a otro ser humano, y más aún impone obligaciones de tipo positivas para promover y proteger este derecho; b) la titularidad del derecho a la vida no corresponde a un ser humano, sino a todos los seres humanos y este derecho ampara a la madre, pero también ampara al ser que aloja en su cuerpo, por lo que no tendría que existir diferencia entre uno y otro derechos.

Existen casos, como el que nos ocupa, en otras partes del mundo por los que se han emitido sentencias contrarias a la normativa local que ampara el aborto, tal como el Caso Paton vs. Reino Unido de 1980,³⁵ por el que la Comisión Europea de Derechos Humanos conoce de una violación del artículo 2 del CEDH en detrimento del no nacido por el aborto practicado por la voluntad de la madre de conformidad con normas nacionales, sostuvo que “[l]a vida del

recorrida por el derecho natural”, “Derechos insaciables”, en Luigi Ferrajoli *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 4a. ed. Madrid, Editorial Trotta, 2001, p. 254.

³⁵ *Caso Paton vs. Reino Unido*, Solicitud No. 8416/79, Comisión Europea de Derechos Humanos, Dec. & Rep. 244 (1980), párr. 9. (*Thus both the general usage of the term ‘everyone’ (‘toute personne’) of the Convention (para. 7 above) and the context in which this term is employed in article 2 (para. 8 above) tend to support the view that it does not include the unborn*).

feto se encuentra íntimamente ligada a la de la embarazada y no puede ser considerada al margen de ella. En términos concretos los tribunales internacionales de protección de derechos humanos coinciden en la postura de defender la vida del ser humano alojado en el cuerpo de su madre.

V. Conclusiones

La idea de derechos fundamentales se relaciona directamente con el reconocimiento de derechos en ordenamientos jurídicos esenciales, con un carácter ideológico neutro, contenido en normas a las que se dota de mayor importancia respecto de otras.

Además de las características propias de los derechos fundamentales, éstos deben contar con un presupuesto de razonabilidad para validar su veracidad que se encuentra por encima de la exigencia social que le otorga el consenso a cualquier norma.

El control de razonabilidad constituye una herramienta para evaluar la pertinencia de la norma, la cual puede ser utilizada por operadores jurídicos que crean normas o imparten justicia.

La importancia de aplicar un control de razonabilidad a la norma jurídica, permite identificar falsos derechos humanos o normas jurídicamente irracionales, y con ello evitar consecuencias jurídicas derivadas de la colisión con otras normas de naturaleza racional.

En la aplicación del control de razonabilidad al *derecho a decidir* que tiene la mujer sobre su cuerpo y que es la base de la *interrupción legal del embarazo* se muestra la perspectiva irracional de tal 'derecho', en su relación con el derecho a la vida que corresponde al ser humano alojado en el cuerpo de su madre.

Existen en México disposiciones legales en el ámbito local, que despenalizan el aborto hasta las doce semanas y regulan la interrupción legal del embarazo. Sin embargo, se han presentado casos similares en los que tribunales internacionales de protección de derechos humanos, independientemente de la 'legalidad local', se han pronunciado a favor de la vida desde el momento de la concepción, en concordancia con los instrumentos internacionales en la materia.

La adecuación de la mediación y los métodos alternos de solución de controversias como instrumentos para la salvaguarda de los derechos

Emiliano Carretero Morales*

Aprobado para su publicación
el 25 de abril de 2017.

RESUMEN: Los MASC, y la mediación como mecanismo más representativo de estos en los últimos años, han supuesto un cambio de paradigma en la concepción de la idea de justicia. El proceso judicial se ha mostrado insuficiente y, en muchos casos, ineficaz para dar una respuesta adecuada a determinado tipo de conflictos que, por su naturaleza o complejidad, requieren de una intervención diferente. En una sociedad moderna, donde la libertad de las personas se configura como un pilar social básico, se han de poner a disposición de los ciudadanos diversos medios para que puedan gestionar sus conflictos y poder optar por aquél que más se adapte a sus necesidades e intereses.

La situación de la justicia en México y en España y, por ende, la imagen de esta de cara a los ciudadanos, no pasa en los últimos años precisamente por su mejor momento. Los MASC presentan una serie de ventajas frente al proceso judicial, pero no son ningún remedio absoluto, ni van a acabar con todos los problemas de la administración de justicia, es más, no han de ser entendidos simplemente como mecanismos alternativos o complementarios a la jurisdicción, se trata de mecanismos autónomos de pacificación social y, por tanto, han de contemplarse como instrumentos independientes para la salvaguarda de los derechos.

ABSTRACT: *The ADR, and in particular mediation as their most representative mechanism in recent years, have meant a change of paradigm in the conception of the idea of justice. The judicial process has proved to be insufficient and, in many cases, ineffective in providing with an adequate response to certain types of conflicts that, due to their nature or complexity, require a different intervention. In a modern society, where the freedom of people is configured as a basic social pillar, citizens should have available different means to manage their conflicts and choose the one that best suits their needs and interests.*

The situation of justice in Mexico and in Spain and, as a result, its image among the citizens, does not pass through the best moments during the last years. The ADR present a number of advantages over the judicial process, but they are not an absolute remedy, nor will end up with the problems of the administration of justice. They should not to be understood simply as alternative or complementary mechanisms to the Jurisdiction, but as autonomous mechanisms of social pacification and, therefore, must be considered as independent instruments for the protection of rights.

SUMARIO: Introducción. I. Situación de la administración de justicia en México y en España. II. Ventajas de los métodos alternos de solución de controversias. 1. Costes. 2. Adecuación. 3. Eficacia. III. Estado actual de la mediación en México y en España.

* Profesor de Derecho Procesal y Resolución Alternativa de Conflictos, Universidad Carlos III de Madrid.

Introducción

El acceso a la justicia para todos los ciudadanos es un derecho fundamental consagrado en las más importantes normas tanto nacionales, como internacionales.¹ La Declaración Universal de Derechos Humanos ha inspirado más de 80 declaraciones y tratados internacionales, un gran número de convenciones regionales, proyectos de ley nacionales de derechos humanos y disposiciones constitucionales que, en conjunto, constituyen un sistema amplio jurídicamente vinculante para la promoción y la protección de los derechos humanos.

Muchos de los derechos enumerados en la Declaración Universal de Derechos Humanos tienen su reflejo en la práctica en una serie de procesos judiciales creados *ad hoc* en los distintos órdenes jurisdiccionales con el fin de proteger cualquier vulneración o infracción de dichos derechos.

El derecho a la justicia es una exigencia a la que los Estados han respondido tradicionalmente mediante la puesta a disposición de los ciudadanos de procedimientos judiciales, pero estos, en muchas ocasiones, se han manifestado como un recurso insuficiente y no demasiado efectivo para dar cumplida respuesta a la protección de los derechos que pretenden salvaguardar. La protección de los derechos, en general, no siempre encuentra suficiente amparo en el proceso judicial, concebido como único instrumento para la adecuada salvaguarda de dichos derechos.

El motivo habría que buscarlo en la complejidad en sí de los conflictos, que muchas veces trascienden con creces las cuestiones meramente jurídicas, por lo que ofrecer simplemente un marco legal y procesal de referencia para buscar una solución global y adecuada a todo tipo de controversia es simplemente utópico.

Hay que intentar partir de la premisa de que el acceso a la justicia ha de tener un contenido amplio y no limitarse al derecho de acceso a los tribunales.²

No hay duda alguna de que el proceso judicial es un instrumento fundamental para la administración de justicia y como tal ha de ser considerado. Lo que se cuestiona es si el proceso judicial es o ha de ser, en todo caso, la única vía o la más adecuada para la protección de todo tipo de derecho.³

¹ Tal y como señala Zapata Bello, "el efectivo acceso a la justicia debe considerarse como un derecho humano de importancia primordial, por lo que el aliviar la pobreza legal debe ser una de las preocupaciones del poder público". Zapata Bello, Gabriel, "Acceso a la justicia", en Diego Valadés y Rodrigo Gutiérrez Rivas (coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*. México, UNAM, 2001. Para Nuria González Martín, "el acceso a la justicia se relaciona con los derechos reconocidos a nivel internacional como derechos humanos, es decir: 1) El derecho a la tutela judicial. 2) El derecho a un recurso efectivo. 3) El derecho a la igualdad y no discriminación, ejes centrales de sus prerrogativas", "Un acercamiento al acceso a la justicia a través de la mediación como medio alternativo de solución de conflictos", en *Sin derechos. Exclusión y discriminación en el México actual*. México, UNAM, 2014, p. 112.

² Como señalan Cappelletti y Garth, "en un sistema legal igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos, el acceso a la justicia es intrínseco al derecho fundamental de toda persona de recibir una respuesta estatal o alternativa a sus conflictos sociales". Mauro Cappelletti, y Bryant G. Garth, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 13.

³ Para Guasp, "no hay que olvidar que el proceso es meramente un instrumento de que el Estado se sirve, porque cree en su eficacia técnica para obtener determinados fines. Si tal confianza desaparece, es decir, si se estima que estos fines pueden alcanzarse mejor con otros medios, el proceso no tendría razón de existir". Jaime Guasp, *Concepto y método de derecho procesal*. Madrid, Civitas, 1997, p. 22.

Cualquier vulneración de un derecho puede y debe tener una respuesta jurídica, pero ésta no tiene por qué proceder única y exclusivamente de los tribunales a través de la realización coactiva de la ley, sino que se ha de dar la oportunidad al perjudicado o agraviado de buscar la vía que le ofrezca una mayor protección o una mejor solución. En determinadas ocasiones, ésta mejor solución, se podrá obtener por la vía del proceso y del amparo judicial, pero puede haber otras ocasiones en las que, por ejemplo, a través de la mediación u otros métodos alternos de solución de controversias (en adelante MASC) se alcance dicho objetivo de forma más adecuada.

Hoy en día, parece una cuestión superada que el ejercicio en exclusiva de la potestad jurisdiccional por los órganos judiciales no excluye que las controversias o los conflictos, tanto jurídicos como de intereses, que surjan entre los ciudadanos puedan ser gestionados y resueltos mediante la utilización de otras vías diferentes a la judicial.⁴

El acceso a los tribunales de justicia ha de constituirse como garantía, como *ultima ratio* a la que los ciudadanos podrán acudir para obtener la tutela judicial efectiva de sus legítimos derechos e intereses. La tutela judicial efectiva es un derecho consagrado constitucionalmente en la mayoría de los Estados, en virtud del cual los ciudadanos pueden hacer valer ante los tribunales la defensa de sus legítimos derechos e intereses.⁵

Ahora bien, se podría afirmar que el ordenamiento no sólo se sirve para obtener su realización de la tutela jurisdiccional otorgada por jueces y tribunales, sino que podríamos referirnos, en un concepto más amplio, a una tutela jurídica.

La tutela jurídica tiene referido su ámbito al derecho en general, como conjunto de deberes, poderes, derechos subjetivos e intereses, mientras que el ámbito de la tutela jurisdiccional es menos extenso, toda vez que se refiere a la potestad y función del Estado dirigida a actuar de modo imperativo y coactivo el mandato jurídico de la norma cuando concurren determinados presupuestos y condiciones y a través del instrumento que el ordenamiento jurídico ha establecido para ello, que es el proceso judicial. Por tanto, las normas jurídicas existen y despliegan su plena eficacia dentro del proceso, pero también más allá del mismo, por lo que se puede afirmar que la tutela jurisdiccional es un modo de actuar la tutela jurídica, pero evidentemente no es el único.

Es obvio que defender o postular la apuesta por otras vías, alternativas o complementarias, para la resolución de determinados conflictos o litigios, en ningún caso implica rehuir o dejar de lado la utilización del proceso judicial.

Todas las personas y entidades dedicadas a la gestión y resolución de conflictos, ya sea desde los poderes públicos o desde instituciones privadas, tienen la obligación de tutelar los derechos e intereses de los ciudadanos. La tutela de dichos derechos e intereses no es algo atribuido en exclusiva al Poder Judicial,

⁴ Tal y como pone de manifiesto González Martín, “a muchos de los que practicamos la mediación se nos hace inconcebible –sin sentido– la discusión o debate, a estas alturas del siglo XXI, sobre la procedencia/pertinencia de medios alternos a la justicia tradicional o jurisdiccional para la solución de controversias”. N. González Martín, “El ABC de la mediación en México”, en Juan Vega Gómez, (coord.), *Temas selectos de derecho internacional privado y de derechos humanos*. México, UNAM, 2014, p. 203.

⁵ Como apunta Figueruelo Burrieza, “el libre acceso a los Tribunales de Justicia se considera en todos los pueblos civilizados como un derecho fundamental basado en la idea de que, en un Estado de Derecho, la petición de Justicia es un derecho inalienable del individuo, que a nadie puede ser negado, como medio necesario para obtener el amparo de la jurisdicción”. Ángela Figueruelo Burrieza, *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Madrid, Tecnos, 1990, p. 28.

si bien es cierto que éste es, y ha de ser, el último baluarte al que los ciudadanos podrán acudir.⁶

Ahora bien, la fundamental existencia del procedimiento jurisdiccional, no tiene por qué limitar o anular la posibilidad de utilizar otras vías de resolución de conflictos que, en ocasiones, pueden incluso resultar más adecuadas que el propio proceso, dependiendo de determinadas circunstancias y de la propia naturaleza e idiosincrasia de la controversia a tratar.⁷

A la hora de afrontar una determinada controversia, la opción de elegir entre el proceso judicial u otros mecanismos alternativos no tiene por qué plantearse como una disyuntiva rígida y absoluta, pueden complementarse perfectamente.

El actual desarrollo y fortalecimiento de los sistemas alternativos no ha de obedecer sólo a razones coyunturales, con el fin de evitar cargas excesivas de trabajo a los tribunales y dilaciones en la tramitación de los procedimientos, por ejemplo, sino que existen razones de otro tipo como el cambio de cultura sobre la solución y tratamiento de los conflictos al margen de los procesos judiciales y una demanda social de justicia que no puede satisfacer únicamente el proceso judicial.

Se plantea por tanto la necesidad de redefinir la idea de justicia y de ésta como servicio público para el ciudadano a quien habrá de facilitársele el acceso al procedimiento más efectivo, proporcionarle una mejor tutela con un menor costo diversificando las formas de resolución de conflictos, desjudicializando el sistema en la medida de lo posible e instaurando la cultura del diálogo frente a la cultura del litigio.⁸

Las personas han de tener derecho, como afirmación de su autonomía de la voluntad, a elegir, en cualquier caso, aquel mecanismo de solución de conflictos que más se adapte o adecue a su problema en concreto y que, por tanto, mejor pueda satisfacer sus necesidades e intereses.

Las vías alternativas de solución de controversias no han de sufrir las consecuencias negativas o ser víctimas colaterales de la situación que arrastra la administración de justicia, no podemos esperar a que los Estados consigan so-

⁶ En este sentido, Taruffo señala que “la posibilidad de que las controversias se resuelvan por los jueces a través de procedimientos reglados por la ley y de resoluciones justas y legítimas, constituye la base de todo ordenamiento jurídico actual [...] Todos los ordenamientos modernos, al menos en el mundo occidental, se orientan en este sentido: la cuestión compleja de la elaboración y de la aplicación de las garantías constitucionales del procedimiento, desde el acceso a la justicia, al *justo proceso*, hasta la obligación de motivar las sentencias, es el testimonio más importante del papel central asignado al proceso jurisdiccional en el sistema de los derechos y de su tutela”. Véase, Michele Taruffo, “Una alternativa a las alternativas: patrones para la solución de conflictos”, en Michele Taruffo *et al.*, *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 112-113.

⁷ A este respecto, afirma Martín Diz que “el experto jurista y el ciudadano de a pie cada vez son más conscientes de que la Justicia puede obtenerse en otras instancias distintas y diferentes al proceso judicial. El arbitraje, la mediación o la conciliación vienen abriendo nuevos horizontes sobre la base de su regulación legal, las experiencias previas desarrolladas, o, siendo más resultadistas, las propias consecuencias positivas de acudir a estas interesantes opciones de solución del conflicto y, en definitiva, de Justicia”. Fernando Martín Diz, “La mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de Administración de Justicia”, en Fernando Martín Diz (coord.), *La mediación en materia de familia y derecho penal. Estudios y análisis*. Santiago de Compostela, Andavira Editora, 2011, p. 22. Y, por su parte, Ramos Méndez, refiriéndose al sistema público de justicia y a los medios extrajudiciales, apunta que “la oferta de varios modelos aumenta las posibilidades de opción del usuario, que puede elegir uno u otro en función de sus necesidades. La eventual competencia entre modelos no es negativa, sino que permite estimular el rendimiento y las mejoras en las nuevas versiones de uno y otro, que suelen plasmarse en las oportunas reformas legislativas. Como es lógico, en principio, los criterios de elección tienden a valorar la adecuación del modelo al caso controvertido y a potenciar sus ventajas intrínsecas en relación con la mejor resolución del mismo”. Francisco Ramos Méndez, *El sistema procesal español*. 8a. ed. Barcelona, Atelier, 2010, pp. 36-37.

⁸ *Vid.*, N. González Martín, *op. cit.*, *supra* nota 1, pp. 124-125.

lucionar dichos problemas para dar entrada a estos mecanismos. La utilización de los mismos ha de configurarse como un derecho fundamental de los ciudadanos, incardinado dentro del derecho a la tutela efectiva en la más amplia acepción de éste.⁹

Los MASC son necesarios porque implican ofrecer al justiciable más recursos entre los que poder optar para solucionar sus problemas y porque en determinadas ocasiones pueden suponer una mejor solución que la que se pueda conseguir en vía judicial. Pero en ningún caso, dichas vías son inevitables, el justiciable siempre podrá optar por acudir a los tribunales, si así lo estima oportuno, y no hay que perder de vista que el elemento fundamental de los medios autocompositivos de solución de controversias, es, precisamente, el acceso voluntario a los mismos por parte de los ciudadanos.

No se pueden intentar justificar las ventajas de los MASC partiendo de la mera crítica a los sistemas adversariales clásicos y de los actuales problemas que éstos vienen padeciendo. Tanto unos como otros presentan una serie de ventajas y de inconvenientes, de lo que se trata es de saber qué mecanismo resulta más adecuado para la gestión y solución de un determinado conflicto atendiendo a una serie de factores, como pueden ser su naturaleza, la capacidad de las partes, la relación entre las mismas o los propios elementos configuradores del sistema de resolución elegido. Sólo de esta forma se conseguirá integrar adecuadamente estos métodos alternativos en el sistema de administración de justicia.¹⁰

I. Situación de la administración de justicia en México y en España

Que la situación actual de los sistemas de administración de justicia, tanto en México como en España, no es buena no es algo nuevo, ya hace muchos años que se viene hablando de la llamada “crisis de la justicia”, que además se ha visto agravada en los últimos tiempos por una serie de variadas circunstancias.

El incremento de las relaciones jurídicas en la sociedad actual, como consecuencia de múltiples factores sociológicos y económicos, ha creado un panorama cada vez más complejo que ha hecho crecer exponencialmente el número de conflictos y ha puesto de manifiesto la insuficiencia y la ineficacia de los mecanismos de decisión clásicos.¹¹

La realidad ha demostrado que, en muchas ocasiones, la solución impuesta que ofrecen dichas fórmulas adversariales no pone fin al conflicto, sino que pre-

⁹ Como señala González Martín, “en definitiva, cuando hablamos de acceso a la justicia no solo nos referimos a la posibilidad de acceder a una solución justa y adecuada frente a un conflicto, sino que concebimos un concepto mucho más amplio porque incluye el acceso a la jurisdicción, pero también a una amplia gama de soluciones alternativas como son los MASC”. *Ibid.*, p. 121.

¹⁰ En este sentido, tal y como ponen de manifiesto Ury, Brett y Goldberg, “para crear un sistema efectivo de resolución de disputas, con carácter previo el diseñador debe diagnosticar previamente el sistema existente. Es necesario saber qué tipos de disputas se suscitan, qué procedimientos se utilizan y por qué las partes están utilizando un procedimiento en lugar de otro. El diagnóstico es esencial, ya que es poco probable que los cambios funcionen a menos que satisfagan las necesidades que llevan a las partes a utilizar los procedimientos existentes”. William Ury *et al.*, *Cómo resolver las disputas. Diseño de sistemas para reducir los costos del conflicto*. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 1995, p. 27.

¹¹ Señala Martín Diz que “la función preventiva del Derecho, su orientación primigenia a ser un marco regulador de conductas que determine una convivencia ordenada, plácida y respetuosa, tiene uno de sus puntos débiles en el propio progreso humano. Nos referimos a la inevitable evolución de las relaciones humanas y sociales hacia nuevos fenómenos que dan lugar a nuevos problemas, a nuevos enfrentamientos, siempre necesitados de solución, a la cual el Derecho, por la propia naturaleza de las cosas, siempre acude con paso perdido”. F. Martín Diz, *op. cit.*, *supra* nota 7, p. 24.

cisamente consigue el efecto contrario, generando nuevas situaciones de tensión que, a su vez, acaban en los tribunales.¹²

Sin embargo, la historia nos muestra que la vía mayormente utilizada, para la resolución de conflictos ha sido y sigue siendo, hoy por hoy, la vía judicial o jurisdiccional, lo que nos obliga a replantearnos si este sistema de administración de justicia es el más adecuado para el siglo XXI.¹³

Se sigue manteniendo la clásica mentalidad confrontativa, donde lo que realmente importa es vencer a la otra parte y esta percepción justifica la visión que tiene el ciudadano de los tribunales como única vía de realización de la Justicia.¹⁴

A la excesiva judicialización de los conflictos ha contribuido también, sin duda, la inflación legislativa producida como respuesta a las demandas de la sociedad para hacer frente a los conflictos derivados de la nueva realidad. El número de leyes y disposiciones normativas crece exponencialmente en todos los países, lo que a su vez genera mayores problemas y contradicciones en la aplicación de las mismas, complicando aún más si cabe el panorama jurídico.

En otras ocasiones, la causa se encuentra en la propia incapacidad de los particulares, y por ende de la sociedad, para solucionar sus propios conflictos, delegando en los órganos judiciales cuestiones que probablemente nunca debieran haber llegado a los mismos.¹⁵

¹² En este sentido, Ortuño Muñoz y Hernández García apuntan que “los conflictos no encuentran solución con la sentencia que pone fin al proceso. Ni siquiera puede hablarse de que los litigios terminan. Con frecuencia la sentencia lo que hace es agudizar y agrandar más el conflicto y ser fuente de más controversias. La industria del litigio se multiplica geométricamente, dice Folberg, y lo podemos comprobar estadísticamente en nuestro propio país”. *Vid.*, José Pascual Ortuño Muñoz y Javier Hernández García, “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal”, Documento de trabajo 110, 2007, *Revista de la Fundación Alternativas*, p. 18.

¹³ Como pone de manifiesto Soletto Muñoz, “la cultura de resolución de conflictos en España ha sido, hasta la fecha, fundamentalmente litigante. Varias notas nos pueden hacer reflexionar sobre ello: aún en el siglo XXI, seguimos teniendo algunas normas del siglo XIX, como la Ley de Enjuiciamiento Criminal, del tiempo del Ministro Alonso Martínez, y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, sustituida por fin en 2000 tras más de 100 años de eficacia. Las formas y el funcionamiento de la Justicia siguen anclados en el siglo XIX, y la mentalidad subyacente a los procesos sigue sustentándose en los principios tradicionales, reforzados con los conseguidos a partir del advenimiento de la Constitución”. Helena Soletto Muñoz, “Presente y futuro de la resolución de conflictos”, en Helena Soletto Muñoz *et al.*, (dirs.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*. 2a. ed. Madrid, Tecnos, 2013, p. 31.

¹⁴ Tal y como señala Ramos Méndez, “se ha identificado tradicionalmente el campo procesal con el escenario de las controversias, de los conflictos, de los litigios. Sin embargo, ésta es una visión parcial y harto guerrera de este sector del ordenamiento jurídico. Se corresponde con la forma externa de algunos fenómenos procesales, que se pretenden elevar a categoría universal. Durante años y aún en la actualidad ha servido para explicar la posición enfrentada de las partes en un juicio. El propio lenguaje e incluso algún sector del pensamiento procesal se acomoda al perfil de esta concepción: hay que desenterrar el hacha de guerra, hay que atacar al enemigo, en definitiva, hay que vencerlo, por su debilidad, temeridad o mala fe. Esta concepción justifica la percepción del juicio como un combate o como un acto bélico, cuyo resultado perseguiría nada menos que imponer o restaurar la paz social. Prescindiendo de cualquier otro tipo de valoraciones, es obvio que tal visión es extremadamente limitada. Los sistemas de solución de litigios tienen una cobertura mucho más amplia y debieran excluir cualquier ánimo belicista en su filosofía de base”. F. Ramos Méndez, *op. cit.*, *supra* nota 7, p. 29.

¹⁵ Para Mejías Gómez, “ésta es una de las consecuencias del llamado *Estado del Bienestar*, en el que los ciudadanos exigen del Estado que atienda todas y cada una de sus carencias, necesidades y problemas y que los resuelva, considerando que ésta es una obligación del Estado. Esto ha generado una costumbre, a modo de inercia social, consistente en que si dos personas tienen un problema no les compete a ellas resolverlo, sino a los poderes públicos. Existe una cultura acomodaticia y pasiva, que consiste en renunciar a la propia responsabilidad en la resolución de los conflictos que nos afectan, derivándolos a un tercero, que siempre es el Estado, como ente todopoderoso capaz de resolver todos los problemas de sus ciudadanos”. Juan Francisco Mejías Gómez, *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*. Madrid. El Derecho, 2009, p. 60.

Y es que, como apunta Redorta Lorente, “tal vez le hayamos pedido a la Administración de Justicia que lo resuelva todo y además bien. Debíamos reflexionar si no hemos introducido en el sistema judicial cuestiones que pretendemos que nos resuelva un tercero cuando podrían estar en muchos casos en el ámbito de decisión de los participantes”.¹⁶

Por otra parte, los ciudadanos generalmente sienten la ausencia de otros mecanismos o vías de resolución diferentes que les permitan intentar un “mejor” acceso a la justicia. Es más, la mayoría de la población desconoce la posible existencia de otros medios de resolución de conflictos y, en consecuencia, no ven otra salida posible que la de acudir a los tribunales.¹⁷

Todos estos factores han provocado el actual grado de judicialización o procesalización de las disputas, que no ha hecho sino llevar a la demanda de tutela de justicia al colapso y a la ineficiencia, mostrando la insuficiencia y obsolescencia, en ocasiones, de los sistemas clásicos de resolución de conflictos.

Se hace necesario invertir esta tendencia. El sistema judicial ha de ser utilizado cuando efectivamente sea el mecanismo idóneo o cuando no exista otro método más adecuado o más eficiente para la resolución de la controversia o la protección del derecho fundamental puesto en cuestión.¹⁸

Habría que intentar partir de la premisa de que la solución de los conflictos interpersonales no va a necesitar de la intervención de un tercero que decida, sino que las personas han de estar lo suficientemente preparadas como para gestionar e intentar resolver sus propias controversias del modo más conveniente, con o sin ayuda de un tercero, pero sin que éste haya de resolver salvo en situaciones que así lo justifiquen.¹⁹

¹⁶ Vid., Josep Redorta Lorente, “Entorno de los métodos alternos de solución de conflictos”, *Revista de Mediación*. Madrid. año 2, núm. 3, marzo de 2009, p. 32. En este sentido también, Hoyo Sierra apunta que “nuestras sociedades presentan una conflictividad mayor de la que pueden resolver los tribunales de justicia. Y, los tribunales de justicia no siempre pueden abordar el tipo de conflictividad que en ella se plantea con justicia. Estos hechos delatan el fracaso de nuestras sociedades para implantar la democracia y el respeto a los derechos y, por tanto, son signo de una crisis que sólo cabe resolver revisando en profundidad la raíz de los conflictos.” Vid., Isabel Araceli Hoyo Sierra, “La idoneidad de los métodos alternos de solución de conflictos”, en Marta Gonzalo Quiroga (dir.), *Métodos alternos de solución de conflictos*. Madrid, Dykinson, 2006, p. 362.

¹⁷ Como ponen de manifiesto Ortuño Muñoz y Hernández García, “el mensaje que se ha transmitido de generación en generación es que, ante un conflicto, el camino adecuado es acudir a los tribunales, pues únicamente de esta forma se restablecerá el derecho lesionado, el orden jurídico. La civilización occidental, especialmente en los países de tradición napoleónica, no ha potenciado las capacidades de la propia sociedad de resolver, sin intervención del aparato del Estado, los problemas privados, antes al contrario, ha potenciado el mito de la justicia como único mecanismo idóneo que puede reportar una solución beneficiosa”. J. P. Ortuño Muñoz y Javier Hernández García, *op. cit.*, *supra* nota 12, p. 16.

¹⁸ Según Prats Albentosa “a los Tribunales se ha de acudir con mesura, pues no todo conflicto ha de tener sólo y siempre una solución judicial. Sólo cuando los intereses legítimos de los ciudadanos estén gravemente afectados, o no puedan ser tutelados más que con su intervención, que en tal sentido, será extraordinaria. Así puede decirse que en un Estado de Derecho el recurso inmediato y, por tanto, excesivo al Poder Judicial es incompatible con la genética de este Poder, y con su articulación funcional. Por ello no es anormal que no responda con agilidad automática, lo hace según el tempo de un Poder pensado y organizado para solventar graves y delicados asuntos, que, necesaria y afortunadamente, son pocos, y no millones, como las demandas que anualmente se presentan ante nuestros Tribunales”. Lorenzo Prats Albentosa, “Desjudicialización (I): el proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles”, *Diario La Ley*, núm. 7625, Sección Tribunal, 9 de mayo de 2011, p. 1.

¹⁹ Como afirma Redorta Lorente, “entre los dos sistemas básicos en la doctrina jurídica de heterocomposición de los conflictos (el tercero toma la decisión correcta) y autocomposición de los conflictos (las partes adoptan la decisión que les es conveniente), parece que hemos optado por el primero, de forma tan desequilibrada, que nos hemos desresponsabilizado totalmente de la solución de los problemas que nos creamos”. Vid., J. Redorta Lorente, *op. cit.*, *supra* nota 16, p. 32. A este respecto, Ortuño Muñoz y Fernández García señalan que “la respuesta judicial emanada de un proceso contencioso, debe

Las estadísticas judiciales y las manifestaciones de los propios jueces, tanto en México como en España, ponen de manifiesto que es prácticamente imposible, con las condiciones actuales, dar cumplida respuesta en un plazo razonable al gran número de conflictos que reciben diariamente en sus respectivos tribunales.

Los intentos de modernizar las estructuras procesales del Estado y de aumentar el número de medios materiales y humanos al servicio de la Administración de Justicia no han conseguido remediar la situación, no han supuesto sino soluciones parciales.

En México, en los últimos años se han producido importantes reformas en su ordenamiento jurídico. En concreto, y por lo que a la protección de los derechos humanos se refiere, a partir de las reformas de junio de 2011, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos elevó a jerarquía constitucional todas las normas de derechos humanos contenidas en los tratados suscritos por el Estado mexicano. La reforma constitucional de derechos humanos de 2011 representa la mayor ampliación de derechos desde la publicación de la Constitución vigente, toda vez que implica una modificación sustancial en la forma en que las autoridades deben desarrollar su actuación, en tanto deben sujetarse a las obligaciones y estándares internacionales en la materia para asegurar su aplicación directa en el país. Con la reforma se incorporó el concepto de derechos humanos a la Constitución y además se amplió el catálogo con todos los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que México forma parte. La reforma refleja igualmente la obligación del Estado de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones o infracciones de los derechos humanos, haciendo del amparo la herramienta judicial para el resarcimiento de las mismas.

Tal y como se señala en el *Informe sobre la situación de los derechos humanos en México*, presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 31 de diciembre de 2015, “el gran reto para el Estado mexicano es cerrar la brecha entre la normativa existente y la realidad que enfrenta la población mexicana en su acceso a la justicia”.²⁰

En este sentido, tal y como señala Marroquín Farrera:

El Estado debe proveer los canales adecuados para dirimir los conflictos. Se debe garantizar la existencia de instancias para que las personas ejerzan sus derechos. Ante los efectos de las decisiones y prácticas políticas y ante las consecuencias de las decisiones de las personas y grupos que poseen la capacidad de avasallar a quienes se encuentran en situaciones de vulnerabilidad es indispensable tener acceso a recursos que permitan el ejercicio de los derechos.²¹

En cuanto a la percepción de la justicia por el ciudadano es todavía baja y oscilante, según los diferentes Estados, habiendo sido su característica principal la ineficiencia, como ponen de manifiesto los diferentes estudios sociológicos

estar basada en el principio de intervención mínima, cuando no sea posible por otros medios dirimir un conflicto de intereses o cuando la naturaleza de los hechos no admita otra salida que la de una decisión de un tribunal impuesta coactivamente. Para otros muchos casos, el propio Estado debe propiciar la devolución a los ciudadanos de la capacidad de encontrar la solución adecuada”. J. P. Ortuño Muñoz y Javier Hernández García, *op. cit.*, *supra* nota 12, p. 16.

²⁰ Informe disponible en <http://www.cidh.org>.

²¹ José Rosario Marroquín Ferrera, “La justicia en México”, *México Social*, 1 de julio de 2014. Disponible en: <http://www.mexicosocial.org/index.php/secciones/especial/item/566-la-justicia-en-mexico>.

llevados a cabo por el profesor Fix-Fierro.²² A pesar de que en los últimos años la opinión de los ciudadanos sobre la administración de justicia ha mejorado sensiblemente, es evidente que aún hoy en día siguen existiendo muchos problemas.

En España la situación no es muy distinta, en las noticias y en las distintas encuestas sociológicas que se publican cada año, la justicia aparece siempre como uno de los servicios peor valorados por los ciudadanos. La mayoría de los españoles considera que la justicia es muy lenta y que las sentencias no se ejecutan con eficacia. Los encuestados suelen destacar en su mayoría que la Administración de Justicia en España funciona mal o muy mal, y lo lleva haciendo varios años; que la justicia da una imagen anticuada; que es tan lenta que, siempre que se pueda, vale más evitar acudir a ella; que su lenguaje y sus procedimientos son excesivamente complicados y difíciles de entender para el ciudadano medio; que en muchas ocasiones no sirve de nada que se dé la razón a una de las partes, porque en la práctica la sentencia es papel mojado, ya que o no se cumple o se cumple tarde y mal; que, con frecuencia, los jueces no dedican ni la atención, ni el tiempo adecuado a cada caso individual; que los jueces a la hora de dictar sentencia, no lo hacen con total independencia y que, por tanto, tal y como está la situación actualmente, la justicia española necesita una reforma profunda y urgente.

Los datos de estos sondeos de opinión ponen de manifiesto un empeoramiento general de la imagen de la justicia para los ciudadanos españoles, los cuales son incapaces de percibir las mejoras de carácter organizativo que desde la administración se han intentado introducir, con mejor voluntad que eficacia, todo hay que decirlo.

A la vista de todos esos datos, es evidente que el ciudadano tiene una imagen bastante negativa del trabajo diario de jueces y tribunales y que los procesos de reformas estructurales y organizativas llevados a cabo en la justicia hasta la fecha han pasado bastante inadvertidos para la sociedad.

Sin embargo, y esto es lo más contradictorio, cuando los mismos ciudadanos tienen un problema suelen elegir, casi siempre, los tribunales como primera vía para dar solución al mismo.²³

Los principales problemas que sufre la justicia hoy, no sólo en México o en España, sino en la mayor parte de los países desarrollados, hacen referencia fundamentalmente a la mala gestión de los recursos existentes y a la escasa eficiencia entre la oferta y la demanda, y los mismos son percibidos, no sólo por la sociedad, por los ciudadanos en general, sino también por todos los operadores jurídicos que participan diariamente en la administración de la misma.²⁴

²² Vid., P. Ortuño Muñoz, "El impulso de la mediación en materia civil y mercantil en Europa y Latinoamérica", en *Once años de mediación en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*. México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2015, p. 111.

²³ En este sentido, Ortuño Muñoz y Hernández García, señalan como paradójica "la relación amor-odio que los ciudadanos mantienen hacia esa superestructura de poder: reniegan de los jueces y de la justicia, a la que atribuyen grandes culpas respecto de los males del país y de la sociedad (no se distingue entre el Derecho, que es obra de los políticos que hacen la ley, y su aplicación por los jueces), pero se mitifica su intervención en otros muchos casos, y se apela con profesiones de fe a lo que digan los jueces en los casos más insólitos, desde la política y las finanzas hasta los deportes, incluyendo los ámbitos más íntimos y privados de las personas". Vid., J. P. Ortuño Muñoz y J. Hernández García, *op. cit.*, *supra* nota 12, p. 15.

²⁴ Véase Santos Pastor Prieto, "Justicia y economía: panorámica, crítica e implicaciones", en *Justicia y Economía*. Madrid, 2010, p. 61, (Manuales de Formación Continuada Consejo General del Poder Judicial, núm. 49).

Dichos problemas, como se comentó anteriormente, son de muy diversa índole:

- Lentitud de los procesos. Aunque se ha intentado legislativamente introducir reformas en aras a agilizar la tramitación de los procedimientos judiciales, lo cierto y verdad es que en la práctica la duración de los mismos sigue siendo excesiva.
- Dilación en la resolución de los mismos. En muchas ocasiones, sucede que a pesar de que la tramitación del proceso haya podido ir más o menos rápida, una vez el mismo queda visto para sentencia, ésta prácticamente nunca se dicta en los plazos establecidos legalmente, bien por la complejidad del asunto a resolver, bien por la acumulación de otros asuntos pendientes de resolución que tienen carácter prioritario o bien porque sencillamente dichos plazos son insuficientes.²⁵
- Saturación de los tribunales por él, cada vez, mayor número de asuntos que tienen que atender. La excesiva judicialización de las relaciones sociales y económicas ha dado lugar a una situación de práctico colapso en muchos órganos jurisdiccionales, siendo éste percibido por los propios operadores jurídicos como uno de los mayores problemas de los que adolece la administración de justicia actualmente.
- Trato inadecuado a los ciudadanos participantes en un proceso. Por lo general, las personas cuando acuden a un juzgado, o son parte en un procedimiento, suelen no entender nada de lo que está sucediendo. El lenguaje jurídico, a veces incomprensible para el ciudadano medio, y la complejidad de las actuaciones procesales hacen que la percepción que tienen dichos ciudadanos de lo que está sucediendo a su alrededor sea de total marginación. Todo esto genera una situación de evidente distanciamiento entre el ciudadano y su sistema de administración de justicia.
- Insuficiencia de medios materiales y humanos. Una de las mayores quejas del personal que trabaja al servicio de la administración de justicia, desde los jueces y secretarios, al resto de miembros de la Oficina Judicial, es precisamente la carencia de suficientes recursos para desempeñar eficazmente su trabajo.
- Escasa calidad y resultados injustos en las resoluciones judiciales, debido principalmente a la acumulación de asuntos a resolver que hace que, en ocasiones, se resuelvan los mismos sin la dedicación y minuciosidad oportuna que los mismos requieren.
- Inseguridad jurídica provocada por la imprevisibilidad del resultado del proceso, así como por su duración. No siempre a una misma controversia o a un mismo litigio jurídico se le da la misma solución, los jueces, como no puede ser de otra forma, tienen libertad absoluta en el desarrollo de su quehacer profesional y en la forma de aplicar e interpretar las leyes y demás disposiciones de rango normativo, pero ello da lugar a resoluciones contradictorias en determinadas ocasiones, es decir no existe la certeza jurídica de obtener una resolución concreta para un asunto determinado. Además, la incertidumbre provocada por la duración del proceso hace que, en determinados casos, cuando

²⁵ Tal y como pone de manifiesto Ortiz González, "el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas constituye la última garantía de todas las garantías de todos los derechos". Ángel Luis Ortiz González, "Dilaciones indebidas en el proceso civil. Experiencias y propuestas desde el Defensor del Pueblo", en Víctor Moreno Catena, *et al.*, *El proceso en el siglo xxi y soluciones alternativas*. Pamplona, Thomson Aranzadi, 2006, p. 265.

recae la resolución judicial que pone fin al procedimiento, ésta ya no sea válida para resolver el conflicto planteado porque las circunstancias del mismo han podido alterarse sustancialmente durante su tramitación.

- Elevado coste económico de los procesos, no sólo para las propias partes implicadas en un conflicto, sino para la propia Administración de Justicia. Desde el punto de vista de la Administración de Justicia, sucede que, en muchas ocasiones, es mayor el coste de desplegar la maquinaria judicial para resolver un asunto que la propia cuantía del mismo.
- Insatisfacción de jueces y magistrados que, en muchas ocasiones, sienten que llegan a sus manos asuntos que nunca debieran haberlo hecho. Como se ha señalado, existen una serie de circunstancias que han dado lugar a la masificación de litigios ante los tribunales, cuando en realidad muchos de ellos no debieran haber llegado nunca a los mismos, porque realmente no presentan controversia jurídica, ni en cuanto a la determinación de los hechos, ni en cuanto a la aplicación del Derecho aplicable.
- Dificultades en la ejecución de las resoluciones judiciales. Las sentencias que ponen fin al procedimiento judicial normalmente no suelen gustar, al menos a la parte a la que perjudica, cuando no a ambas, lo que provoca en muchas ocasiones problemas de incumplimiento de la misma.²⁶

Se podrían enumerar más problemas, como la mala, escasa o nula comunicación entre las partes litigantes durante la tramitación del proceso –propiciada precisamente por la estructura legal de dicho proceso–; los excesivos formalismos de los procesos judiciales que hacen que su configuración, aun hoy en día y pese a haber sufrido evidentes avances, sea bastante anticuada y poco eficiente; igualmente, y a pesar de los últimos y recientes intentos de modernización, no se ha avanzado suficiente y adecuadamente en la informatización de los expedientes judiciales, lo que sin duda incide claramente en su eficacia y eficiencia; etcétera.

Frente a todos estos problemas que han provocado la llamada “crisis de la justicia”, la solución adoptada por casi todos los Estados, como se ha comentado con anterioridad, ha sido la de incrementar el número de normas y disposiciones legales para intentar poner freno al imparable crecimiento de procesos judiciales que colapsan los tribunales. Sin embargo, esta pretendida solución no ha surtido los efectos deseados, es decir no ha conseguido rebajar el nivel de litigiosidad y con ello la pesada carga de trabajo que soportan los juzgados y tribunales. La solución no se encuentra en crear más leyes, se ha demostrado que, con ello, no se ha conseguido terminar con los mencionados problemas.

Tampoco se trata de dotar de más y más medios materiales y humanos a la administración de justicia, porque se ha acreditado también que cuantos más órganos jurisdiccionales se crean, mayor número de procedimientos judiciales se genera, por lo que, a pesar de ser necesario en muchas ocasiones, no es la única solución. Hay que intentar racionalizar el uso de los recursos, toda vez que éstos no son ilimitados.

²⁶ Como señala Peces Morate, “las partes buscan en la Justicia alguien que les escuche [...]. Esto habitualmente no sucede cuando se acude a la Justicia, ya que en ésta, aunque esté rodeada de una serie de garantías, la probabilidad de que la respuesta sea insatisfactoria para el que acude a ella es mayor. El que pierde el pleito suele quedar defraudado”. José Antonio Martín Pallín y Jesús Peces Morate, *La justicia en España*. Madrid, Catarata, 2008, p. 21.

Es posible que frente a la creación de nuevas leyes y de nuevos órganos judiciales que las apliquen, sea más conveniente plantearse detectar las disfunciones del sistema e incorporar nuevas formas o vías de resolución de controversias. Frente a una concepción limitada de lo que ha de ser un sistema de solución de conflictos, basado en los clásicos métodos adversariales, se hace conveniente intentar adaptar la administración de justicia a las nuevas realidades sociales para hacer frente a los problemas mencionados y para ofrecer a los ciudadanos otras vías que les permitan gestionar sus controversias de forma diferente y, sobre todo, de forma adecuada.²⁷

Un buen sistema de resolución de conflictos será mejor y más eficiente en tanto en cuanto disponga de diferentes mecanismos que permitan gestionar y resolver las controversias suscitadas con el menor costo posible y con el mayor nivel de satisfacción para todas las partes implicadas en las mismas.²⁸

Es necesario, pues, intentar hallar otras fórmulas, otras vías que permitan hacer frente de forma más adecuada a la conflictividad de nuestra sociedad contemporánea.

La mera visión procesalista del derecho de acceso a la justicia ha quedado un tanto obsoleta. En la situación actual, avanzado el siglo XXI y perfectamente asumidos los derechos y garantías fundamentales, no se trata de buscar alternativas para sustituir al procedimiento judicial, el cual siempre y en todo caso ha de estar presente y a disposición del ciudadano, ni tampoco de minusvalorar la trascendental importancia del mismo, se trata simplemente de ofrecer otros recursos que en determinadas ocasiones puedan ofrecer una mejor solución a determinadas controversias.²⁹

La existencia de estos medios complementarios a la vía judicial clásica y su debida implementación, guiada por la convicción de encontrar mejores y más efectivas soluciones a los conflictos, va a permitir aliviar a los tribunales de una importante e innecesaria carga de trabajo, si bien éste no ha de ser el principal objetivo de la utilización de estos métodos, sino una consecuencia lógica de su correcta aplicación.³⁰

²⁷ Tal y como ponen de manifiesto Fix-Fierro y López Ayllón, las razones de la vigencia del tema del debido acceso a la justicia se concretan en "los acelerados cambios experimentados por las sociedades y por sus sistemas jurídicos". Héctor Fix-Fierro y Sergio López Ayllón "El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria", en Diego Valadés y Rodrigo Gutiérrez Rivas (coords.), *op. cit.*, *supra* nota 1.

²⁸ Como señalan Ortuño Muñoz y Hernández García, "la reforma de la Justicia necesita diversificar sus métodos, y cualquier intento de modernización de la Justicia que olvide completar el sistema clásico con las nuevas metodologías está abocado al fracaso, puesto que no hará más que reproducir las carencias estructurales. Es una realidad que nuestra sociedad ha cambiado, que ya no hay una masa de personas incultas y una élite de intelectuales que tienen el monopolio del poder y la clave para dar las respuestas precisas en Derecho. Los conceptos de autodeterminación y usos participativos en la toma de decisiones están implantados en todas las esferas, y es natural que también sean recibidos por el sistema de administración de Justicia". J. P. Ortuño Muñoz y Javier Hernández García, *op. cit.*, *supra* nota 12, p. 40.

²⁹ Tal y como indica González Martín, "el sistema de justicia y sus modalidades de resolución de conflictos no se oponen, y así la articulación proceso judicial/medios extrajudiciales de resolución de conflictos no sólo no son sustitutorios, sino que deben ser complementarios y deberían estar en el eje de cualquier política que afronte la reforma de las estructuras de la administración de justicia". N. González Martín, *op. cit.*, *supra* nota 1, p. 106.

³⁰ Para Pastor Prieto, "una mejora en los MASC, sea en coste, duración, eficacia o previsión de sus resultados hará que se use menos la Justicia y por tanto mejorarán, aunque sea en distinto grado, casi todas las dimensiones de la Justicia. Los MASC pueden constituir una mejora en la medida que reducirían la demanda (disminuiría la ineficiencia de la demanda que ahora existe), permitirían que los tribunales se concentrasen en aquello que hacen mejor y producirían más y mejor, con lo cual el sistema podría ser más rápido y padecer menor dilación. Además, facilitarían el acceso, si no a la Justicia, sí a un medio

II. Ventajas de los métodos alternos de solución de controversias

Existen en la actualidad varios mecanismos diferentes de gestión y solución de controversias —mediación, conciliación, facilitación, negociación, arbitraje, etcétera—, lo cual es positivo ya que la oferta de varios modelos incrementa las posibilidades de elección de los ciudadanos, que podrán optar por uno u otro en función de sus necesidades y de la naturaleza del asunto que quieran resolver. Ahora, lo que hace falta es que tengan un mayor conocimiento de ellos y se facilite el acceso a los mismos.

Entre las ventajas que ofrecen los MASC se podrían destacar su carácter voluntario, la mayor participación y responsabilidad de las partes en la resolución de sus propios problemas, el menor coste económico de los mismos, su flexibilidad, su mayor rapidez y eficacia y su mejor adecuación para solventar definitivamente determinados conflictos, amén de la mayor satisfacción de los protagonistas implicados.³¹

Se podrían agrupar las ventajas que ofrecen los MASC en tres grandes grupos: 1. Costes. 2. Adecuación y 3. Eficacia.

1. Costes

En primer lugar, podríamos hablar de los costes temporales. Ya se ha comentado con anterioridad el problema de la lentitud de la tramitación y resolución de los procedimientos judiciales. Frente a ello, la apuesta por los MASC ofrece una mayor agilidad en la gestión de los conflictos, derivada básicamente de la flexibilidad y escasa formalidad de sus procedimientos.

Como notas comunes de todos estos métodos se podría señalar que son menos rígidos y formales que el proceso judicial. Las reglas que van a regir el procedimiento son las que las propias partes decidan o en alguna ocasión se podrán acomodar a recomendaciones sugeridas por el tercero neutral o por la institución donde se vaya a desarrollar el mismo, a diferencia del proceso judicial donde las normas están establecidas de antemano y son de obligado cumplimiento.

Dichos “procedimientos” normalmente son consensuados por las propias partes y el tercero neutral participante, pudiendo los mismos fijar incluso la duración de éste. Su extensión en el tiempo dependerá casi siempre de la comple-

de tutela que de otra manera no existiría debido a los altos costes de las reclamaciones. También tendrían efectos beneficiosos sobre la competencia, calidad, previsibilidad y legitimidad”. S. Pastor Prieto, “Eficiencia y métodos alternativos”, en Iván Heredia Cervantes, *Medios alternativos de solución de controversias*. Madrid, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid / Boletín Oficial del Estado, 2008, p. 65.

³¹ En la misma línea, y refiriéndose a la mediación, señala Gozaini que “las ventajas se pueden resumir en los siguientes puntos: a) es amistosa y utiliza un lenguaje sencillo; b) es flexible, gracias a su relativa formalidad, de modo tal que permite adecuarla a las circunstancias y a las personas; c) mantiene relaciones en lugar de destruirlas; d) permite encontrar soluciones basadas en el sentido común. Si no logra un acuerdo, al menos posibilita poner de manifiesto la situación creada y la posición de la otra parte; e) produce acuerdos creativos. La mediación cambia las reglas del juego. El mediador trabaja conjuntamente con las partes para generar todas las opciones posibles y solucionar el conflicto buscando acuerdos; f) las partes pueden mantener el control de sus intereses y de los procedimientos durante todo el tiempo de la mediación, g) comparado con el proceso judicial, es reducido en sus costos, h) de igual manera es reducido en el tiempo”. Osvaldo Alfredo Gozaini, “La mediación, una nueva metodología para la resolución de controversias”, *Ars Iuris*. México, núm. 14, 1995, pp. 105-106.

alidad del asunto y de las cuestiones a tratar. Hay asuntos que se podrán resolver en una sola sesión, mientras que otros posiblemente requieran de varias reuniones para tratar adecuadamente el asunto, pero en cualquier caso la duración siempre será menor que la de un procedimiento judicial.

Los costes emocionales para las partes también se van a ver claramente disminuidos. Si las partes optan por utilizar estos mecanismos van a tener un protagonismo mayor que el que detentan en el procedimiento adversarial clásico, pudiendo intervenir cuantas veces lo estimen conveniente, amén de que el ambiente y el lugar donde se celebran las reuniones propicia un ambiente más distendido que el que las mismas encuentran en los tribunales, sujeto a un rígido formalismo y protocolo.

Por lo que respecta a los costes meramente económicos, en estos procedimientos normalmente son mucho menores que los derivados de afrontar un procedimiento judicial.

Para la propia administración de justicia también va a suponer un beneficio evidente, en la medida en que se evitaría que muchos de los procedimientos que hasta la fecha llegan a los tribunales, sean resueltos mediante la utilización de estos mecanismos, paliando en parte el problema de saturación que dichos tribunales vienen padeciendo.

Ahora bien, quiero insistir en la idea de que sería un error apostar o postular la utilización de estos métodos por la simple idea de que los mismos puedan suponer un alivio de la carga de trabajo de los tribunales, aunque, sin duda, ello pueda suponer una consecuencia lógica de su correcta implementación.

Hay que ver las evidentes ventajas que éstos presentan por sí mismos, es decir no han de ser contemplados como una válvula de escape de la justicia y, por supuesto, no van a solucionar todos los problemas que ésta presenta actualmente. Habrá que observar en todo momento si la utilización de alguno de estos métodos es adecuada para resolver una controversia determinada, habrá ocasiones en las que así sea y otras en las que no.³²

En concreto, se hace más recomendable la utilización de dichos mecanismos, por ejemplo cuando existen relaciones de carácter personal o familiar entre las partes en conflicto, cuando dichas relaciones han de perdurar en el tiempo, cuando existen varias disputas conectadas que hacen recomendable su abordaje conjunto, cuando hay varias partes en conflicto, cuando se pretende salvaguardar la privacidad de dichas partes, cuando existe la necesidad de rapidez en la resolución del conflicto, cuando se pretenden economizar gastos en la gestión del mismo, etcétera.

No se trata de que, sistemáticamente, todas las controversias hayan de ser gestionadas a través de estos métodos alternos, habrá situaciones en las que no se pueda e, incluso, ni se deba, precisamente por la naturaleza y circunstancias de la propia controversia.

³² A este respecto, señala Ramos Méndez que "la existencia de modelos alternativos al sistema estatal de justicia permite, de una u otra forma, descargar a éste de un porcentaje de litigios más o menos numeroso y contribuye a la gestión racional de los recursos disponibles. Indudablemente son sistemas más rápidos y menos traumáticos. Pero no sirven para todos los casos, ni en todas las circunstancias. El equilibrio ideal de ambos modelos es todavía un *desiderátum*, que no se ha estimulado lo suficiente por múltiples factores". F. Ramos Méndez, *op. cit.*, *supra* nota 7, p. 37. En el mismo sentido, González Martín apunta que "el debate proceso tradicional *versus* justicia extrajudicial es falso y que hay cuestiones que deben ser resueltas en el ámbito del proceso y cuestiones que deben ser resueltas en el campo de la gestión de la gestión de conflictos fuera de la sede judicial". N. González Martín, *op. cit.*, *supra* nota 1, p. 105.

2. Adecuación

Los MASC devuelven el protagonismo y la responsabilidad sobre la gestión de sus propios problemas a las partes, liberando de tal labor a los jueces y tribunales que sólo conocerán de aquellas cuestiones que realmente requieran de su intervención.

Por otra parte, las soluciones que las partes pueden obtener mediante la utilización de dichos métodos son más amplias y creativas que las que van a obtener del juzgado. Ante un tribunal, la controversia se plantea en términos estrictamente jurídicos, es decir los abogados de las partes son los encargados de fijar las posiciones jurídicas de sus clientes sobre las cuales, necesariamente y en aplicación del principio de congruencia de la sentencia, el juez habrá de resolver, pero, sucede que, en ocasiones, dichas posiciones fijadas por los abogados no reflejan fielmente los deseos y necesidades de sus clientes.

Por otra parte, está el problema añadido de que los intereses del abogado y de su propio cliente, en algunos casos, pueden no ser convergentes, por lo que puede suceder que el procedimiento judicial se tramite efectivamente sin que su cliente tenga un conocimiento exacto y concreto de lo que realmente está sucediendo.³³

Sin embargo, los MASC permiten que se traten todas aquellas cuestiones que las partes tengan por conveniente, sin limitación alguna. De lo que se trata es de intentar resolver y pacificar definitivamente la controversia, por lo que a veces será necesario tratar de muchas cuestiones colaterales que puedan tener incidencia en la misma y que no necesariamente han de tener un trasfondo legal o jurídico.

Otra de las ventajas, y elemento fundamental de estos mecanismos, es su carácter voluntario, tanto en su inicio, como en su desarrollo y finalización. Las partes de común acuerdo han de decidir iniciar el procedimiento y si a lo largo de su desarrollo deciden abandonarlo, por el motivo que sea, pueden hacerlo en cualquier momento. Por supuesto, en ningún caso, están obligadas a concluir el procedimiento de que se trate con acuerdo. Característica de estos métodos es que se configuran en todo caso como un cauce electivo, en el sentido de que las partes no se ven obligadas a llegar a una solución si no lo desean, por lo que el principio básico que los rige es el respeto de la voluntad de las partes, frente a la vía judicial donde las mismas han de acatar en todo caso la decisión judicial.

Por otra parte, el carácter multidisciplinar de dichos métodos hace que sean más adecuados que el procedimiento judicial para tratar determinadas controversias, ofreciendo mejores y más completas soluciones que las que se podrían obtener en dicha vía.³⁴

³³ En este sentido, señala Pastor Prieto que “un asesor jurídico puede tener intereses no coincidentes en su totalidad con los de sus clientes. Por ejemplo, si cobrase más cuando se reclama que cuando no se reclama, más cuando se va a pleito que cuando se resuelve mediante acuerdo, o más cuando se apela que cuando no se apela. También puede haber divergencias de intereses originadas por el hecho de que el asesor tiene una relación estable con el asesor de la otra parte que tratará de no estropear por el interés singular de un cliente. Estas eventuales divergencias de intereses, unidas a los problemas de observabilidad y control de la conducta del agente por parte del principal (el cliente), pueden dar lugar a que haya reclamaciones que no debieron formularse o a que se gastase en su resolución más medios de los necesarios. En otros supuestos, por el contrario, esas divergencias podrían hacer que se llegase a acuerdos ventajosos para el asesor, pero no, o no tanto, para su cliente”. S. Pastor Prieto, *op. cit.*, *supra* nota 30, p. 55.

³⁴ Como indica González Martín, “la conflictividad social y la búsqueda de soluciones que promuevan el cambio de una cultura del conflicto a una cultura del acuerdo, transita por los MASC, en donde la me-

3. Eficacia

En este punto podríamos hablar en primer lugar de la importancia de los MASC en orden a la prevención de la judicialización del conflicto.

Si una de las consecuencias de la correcta implementación de estos mecanismos es rebajar el nivel de litigiosidad, es importante reseñar también la importancia que han de tener en la prevención y la promoción entre todos los operadores jurídicos de la utilización de medios alternos de resolución, precisamente como vía previa a la judicialización de los mismos.

La verdad es que se trabaja bastante poco en la prevención del conflicto, únicamente se aborda el mismo cuando éste ya ha surgido y, normalmente, no queda otra vía que la judicial para intentar su solución. Evitándose que el conflicto se agrave o enquisté, intentando que éste sea resuelto por las propias partes involucradas en el mismo, se evitará la intervención judicial excesiva y por tanto, una saturación del sistema de administración de justicia.

En este sentido, es necesario que desde los poderes públicos se tome conciencia de que evitando la judicialización de las controversias o, en su caso, ofreciendo a los particulares nuevas vías para la resolución de las mismas, distintas a la jurisdiccional, se podrá conseguir una evidente mejora del panorama actual.

Otra de las ventajas es la mayor facilidad de aplicación o flexibilidad de los métodos alternos, en el sentido de que se adaptan a las peculiaridades de la controversia y a las vicisitudes que ésta pueda sufrir durante su tramitación.³⁵

En estos métodos se trabaja sobre la base de que no hay vencedores ni vencidos, las partes han de trabajar colaborativamente, intentando ver satisfechos los intereses y necesidades propias, pero siendo conscientes de que la otra parte igualmente habrá de ver satisfechos sus propios intereses y necesidades.

Otra de las cuestiones que se suele valorar de estos métodos es la confidencialidad, que supone que las partes no tengan que airear en público sus disputas o aportar información o documentación que de otro modo si tendrían que hacer en un proceso judicial.

Además aumenta la responsabilidad de las partes en orden al cumplimiento de los acuerdos alcanzados, ya que los mismos han sido adoptados voluntariamente por lo que deben ser mantenidos.

III. Situación de la mediación en México y en España

En la última década, si no ya antes, la mediación se ha ido consolidando como el método alternativo de solución de controversias más utilizado en la práctica y

diación se convierte en eje de educación, creatividad, canal para una *radiografía del conflicto*, procura buscar soluciones como el que elabora un *traje a la medida* y todo ello de una manera artesanal". N. González Martín, *op. cit.*, *supra* nota 1, p. 106.

³⁵ Tal y como pone de manifiesto Quintal Ramírez, refiriéndose a la mediación, la flexibilidad se manifiesta en "varios aspectos, entre ellos, por ejemplo, en que las partes fijan conjuntamente con la agenda del mediador las fechas en que han de reunirse, la durabilidad de las reuniones, la comunicación con su mediador, es decir en caso de que alguno no pudiera acudir o llegar atrasado podrá comunicarse directamente para fijar una nueva fecha o bien para solicitar que le esperen; la flexibilidad se observa en cuestión de temas anexos al principal, *vgr.* en el caso de que los mediadores estuvieran a punto de firmar su convenio y existieran tópicos que quisieran platicar, se abre nuevamente la agenda de trabajo y se suspende el convenio hasta en tanto estén satisfechos". Sofía Victoria Quintal Ramírez, "Las particularidades de la mediación mercantil en el Centro de Justicia Alternativa", en *op. cit.*, *supra* nota 22, p. 52.

mejor evaluado por los usuarios. Esto no es casualidad, la mediación se ha mostrado como un mecanismo muy adecuado para la gestión de muchas controversias de diversa naturaleza. En la actualidad, la mediación aparece como el método central o más avanzado dentro de lo que se ha venido llamando “gestión cooperativa de conflictos”.

La mediación podría definirse como un procedimiento en el que un tercero profesional, neutral, imparcial e independiente, asiste y ayuda a dos o más partes inmersas en una controversia a buscar una solución consensuada y adecuada para las mismas que ponga fin a dicha controversia.³⁶

Como nota característica de la mediación se podría destacar en primer lugar su carácter voluntario. Es decir, son las partes las que libremente han de decidir acudir a la mediación como vía para resolver su conflicto, sin que puedan ser obligadas en tal sentido. La voluntariedad rige tanto en el inicio del proceso de mediación, como en su desarrollo y, como no podía ser de otra forma, en la posible solución o acuerdo que ponga fin a la controversia suscitada entre las partes.

Otro elemento definitorio de la mediación es la flexibilidad. En el procedimiento de mediación prima la voluntad de las partes y del mediador a la hora de configurar cómo habrá de desarrollarse, así en cada caso o en cada ámbito de actuación se pueden pactar o fijar las reglas mínimas de actuación, con lo que las propias partes del conflicto comienzan a sentar las bases de un restablecimiento de la relación en aras a la consecución de un acuerdo que ponga fin a la controversia.

El mediador habrá de actuar con independencia y absoluta imparcialidad respecto de las partes, no pudiendo con su actuación profesional favorecer o perjudicar la posición de ninguna de ellas.

Otra de las notas características de la mediación es la confidencialidad. Toda la información que las partes presten durante el proceso de mediación tiene carácter absolutamente confidencial, por lo que el mediador no podrá divulgar a terceros ningún aspecto del que haya tenido conocimiento en las sesiones de mediación con las partes. Si el mediador ha sido facilitado por alguna entidad administradora, ésta igualmente tiene la obligación de salvaguardar la confidencialidad de todos los datos que le hayan sido suministrados por las partes.

La mediación en ningún caso culminará con una solución impuesta por el mediador en caso de que las partes sean incapaces de alcanzar un acuerdo negociado. El mediador no tiene autoridad para imponer una solución a las partes.

La mediación finalizará, en su caso, con el acuerdo que las partes alcancen sobre la totalidad o sobre algunas de sus diferencias, pudiendo igualmente dar por concluida la mediación en el momento que alguna de ellas o el mediador lo consideren oportuno.

En México, los MASC iniciaron su vida jurídica en el Estado de Quintana Roo con la publicación en el mes de mayo de 1997 de la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Quintana Roo, siguiéndole otros Estados posteriormente, hasta

³⁶ “En México, la mediación es un procedimiento autocompositivo de solución de conflictos, es decir, se trata de una negociación asistida por un tercero imparcial que ayuda a las partes para que estas logren una comunicación constructiva que les permita negociar sus intereses y necesidades de manera satisfactoria y dentro de los límites de la legalidad”. *Vid.*, José Castillo Ambriz, “Conclusiones XXIX Congreso Nacional de Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia y IX Encuentro de Consejos de la Judicatura de la República Mexicana”, *Memorias*. México, 2005, p. 625.

que 11 años después, el 18 de junio de 2008 se reforma la Constitución, dando amparo a los mismos.³⁷

Así, en el artículo 17 de la Carta Magna se establece expresamente que “las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requiera supervisión judicial”.³⁸ E, igualmente, en el artículo 18 se señala que “las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación del sistema de justicia penal para adolescentes en la solución de controversias”.

Según pone de manifiesto Navarrete Villarreal, en relación a los diversos mecanismos de solución de controversias, los más extendidos en la República Mexicana serían la conciliación y el arbitraje,³⁹ si bien la mediación ha ido ganando mayor protagonismo en los últimos años.

La conciliación se encuentra regulada en diversos ordenamientos procesales del país, fundamentalmente en materia civil y familiar. La conciliación es un método autocompositivo de gestión y solución de controversias donde interviene un tercero neutral e imparcial que va a intentar ayudar a las partes a resolver su conflicto sin, en ningún caso, imponer una solución. En México, normalmente, se suele poner el punto diferenciador entre conciliación y mediación, en que el conciliador puede proponer soluciones a las partes y el mediador no, siendo la labor de este último simplemente la de facilitar el proceso de comunicación para que las propias partes sean capaces de resolver sus diferencias.⁴⁰

Sin embargo, en la práctica, cada vez es más habitual que el mediador asuma un papel más activo en la gestión del conflicto, sobre todo en disputas de carácter comercial o laboral, y que se involucre más en el fondo de la controversia, incluso proponiendo posibles soluciones, por lo que es bastante complicado distinguir nítidamente entre qué es conciliación y qué es mediación.⁴¹

La mediación, hasta no hace mucho tiempo, era bastante desconocida en el ámbito jurídico como método de solución de controversias, sin embargo, en los

³⁷ Tal y como pone de manifiesto Hernández Mergoldd, “en la primera década de este siglo, principalmente, los medios alternativos para resolver controversias han experimentado un rápido desarrollo en los poderes judiciales de México. En la actualidad, son veintinueve las entidades federativas, el Distrito Federal entre ellas, las que cuentan con instituciones que ofrecen servicios públicos de gestión y solución de conflictos y veintiséis les han dado fijeza en su legislación. Si bien el desarrollo de la justicia alternativa es todavía incipiente, las experiencias muestran el importante potencial de mecanismos – como la mediación – para la solución de controversias, que complementan el servicio que se da a través de la justicia ordinaria”. Pascual Hernández Mergoldd, “Centro de Justicia Alternativa, once años de mediación en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal”, en *op. cit.*, *supra* nota 22, p. 4.

³⁸ *Vid.*, PESQUEIRA LEAL, J., “Elementos para la interpretación auténtica del tercer párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Nexo Jurídico Locus Regit Actum*, año IV, núm. 11, abril-junio 2010, págs. 78 y ss.

³⁹ Víctor Manuel Navarrete Villarreal, “La reforma al artículo 17 constitucional en materia de medios alternativos de solución de controversias: una respuesta atinada en la vida político-jurídica del México del siglo XXI”, en Gonzalo Uribarri (coord.), *Acceso a la justicia alternativa. La reforma al artículo 17 constitucional*. México, Porrúa, 2010, pp. 293 y ss.

⁴⁰ En este sentido, como indica Martín González, en la conciliación “es importante que el conciliador sea de preferencia un perito en la materia del conflicto, ya que no se debe limitar a mediar entre las partes, sino que tiene la obligación de proponer soluciones específicas”. N. González Martín, *op. cit.*, *supra* nota 4, p. 212.

⁴¹ Así, Estavillo Castro sostiene que “por lo que respecta a la naturaleza de las actividades a desempeñar por el órgano encargado de conducir la conciliación o la mediación, tampoco encontramos una distinción clara y mucho menos consenso en las diversas fuentes consultadas, ya que mientras ciertos autores afirman que el conciliador propone soluciones y el mediador no, otros sostienen exactamente lo contrario”. Fernando Estavillo Castro, “Medios alternativos de solución de controversias”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. México, núm. 26, 1996, p. 21.

últimos años se han producido avances muy significativos, fruto principalmente de la incorporación de la misma al ordenamiento jurídico de los diferentes Estados mexicanos, de hecho casi todos ellos tienen su propia norma.⁴²

Para González Martín:

Tal vez sería más acertado que México contara con una Ley General de Mediación, ya que una ley de este tipo regularía tanto al ámbito federal como al local en aquellos casos en que existe competencia concurrente entre la Federación y las entidades federativas. [...] La ley general establece un lenguaje común, así como estándares mínimos de actuación. En la actualidad se puede observar que las diversas leyes estatales regulan, de manera muy *sui generis*, la mediación y la conciliación y que no existen estándares mínimos de capacitación de mediadores o conciliadores, es decir, existe gran disparidad en la regulación.⁴³

La mediación, además, se ha institucionalizado en casi todo el país, formando parte del propio sistema de Administración de Justicia en la mayoría de los Estados que cuentan con su propio Centro de Justicia Alternativa en sede judicial, de hecho sólo hay tres Estados: Guerrero, Morelos y Sinaloa, que aún no ofrecen este servicio a sus ciudadanos.⁴⁴

Tal y como destaca Ortuño Muñoz:

La mayor aportación de los estados mexicanos a la justicia alternativa como método de reducción de la litigiosidad ha sido la creación de una red de centros públicos de asesoramiento y mediación de los que se sienten muy orgullosos y que, en la actualidad, pugnan entre sí por ofrecer los mejores servicios a sus ciudadanos, lo que depende de diversos factores, entre otros, del porcentaje de presupuesto público que se dedica a los mismos. Las continuas evaluaciones, la presencia de formadores y observadores internacionales y la literatura académica han contribuido a la popularización de estos métodos.⁴⁵

Es de destacar, por su magnitud e importancia, el trabajo que se viene desarrollando desde hace más de 10 años en el Centro de Justicia Alternativa del

⁴² Las leyes existentes que regulan la mediación y los métodos alternos de solución de controversias son las siguientes: *Código de Procedimientos Civiles para el Estado Libre y Soberano de Puebla* (Libro VI, Medios Alternativos a la Administración de Justicia), *Ley de Justicia Alternativa del Estado de Chiapas*, *Ley de Justicia Alternativa del Estado de Colima*, *Ley de Justicia Alternativa del Estado de Durango*, *Ley de Justicia Alternativa del Estado de Guanajuato*, *Ley de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco*, *Ley de Justicia Alternativa del Estado de Quintana Roo*, *Ley de Justicia Alternativa del Estado de Zacatecas*, *Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal*, *Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Baja California*, *Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Hidalgo*, *Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Nayarit*, *Ley de Justicia Alternativa y Restaurativa del Estado de Michoacán*, *Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en el Estado de Yucatán*, *Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias para el Estado de Sonora*, *Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social para el Estado de México*, *Ley de Mediación del Estado de Chihuahua*, *Ley de Mediación para el Estado de Oaxaca*, *Ley de Mediación para el Estado de Tamaulipas*, *Ley de Mediación y Conciliación del Estado de Aguascalientes*, *Ley de Mediación y Conciliación del Estado de Campeche*, *Ley de Mediación y Conciliación para el Estado de San Luis Potosí*, *Ley de Medios Alternativos para la Solución de Conflictos para el Estado Libre y Soberano de Veracruz* de Ignacio de la Llave, *Ley de Medios Alternos de Solución de Controversias para el Estado de Coahuila de Zaragoza*, *Ley de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos del Estado de Nuevo León* y *Ley que regula el Sistema de Mediación y Conciliación en el Estado de Tlaxcala*.

⁴³ N. González Martín, *op. cit.*, *supra* nota 4, p. 208.

⁴⁴ *Vid.*, P. Hernández Mergold, *op. cit.*, *supra* nota 22, p. 16.

⁴⁵ P. Ortuño Muñoz, *op. cit.*, *supra* nota 22, p. 114.

Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal que, desde su creación ha sido el encargado de administrar y desarrollar la mediación como método alternativo de solución de controversias en el Tribunal y de ofrecer dichos servicios a los ciudadanos de la Ciudad de México. Dichos servicios han ido ampliándose en el tiempo, abarcando distintas materias, así en el año 2003 se comenzaron a ofrecer servicios de mediación familiar, en 2006 mediación civil y mercantil, en 2007 mediación penal, en 2008 mediación en justicia para adolescentes, en 2010 mediación privada y en 2013 mediación a cargo de secretarios actuarios. Además impulsa la mediación comunitaria y la escolar, a través de proyectos de sinergia específicos y convenios de colaboración suscritos con diversas instituciones. Uno de los más importantes de estos proyectos de sinergia específicos fue el llevado a cabo para solucionar controversias hipotecarias, que fue fortalecido en el año 2010 con el proyecto de mediación privada; desde su implantación en el año 2009 hasta noviembre del año 2013 facilitó la solución de más de 80,000 controversias entre deudores y entidades hipotecarias, lo que implica que igual número de familias han visto salvaguardado su derecho fundamental a la vivienda.⁴⁶

La mediación también se encuentra contemplada en México en la Ley Agraria, artículos 136 y 184, que prevé la utilización de los MASC para evitar el desgaste de los grupos vulnerables, dando al posible acuerdo de mediación suscrito entre las partes el carácter de sentencia. En materia laboral, la Ley Federal del Trabajo, establece la conciliación para evitar la necesidad del litigio entre las partes. Los MASC también se encuentran recogidos en la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental y en las leyes que regulan la materia administrativa y fiscal que promueven los acuerdos conclusivos con la intención de generar un cambio en la manera de desarrollar las relaciones entre las autoridades y los ciudadanos.

En materia penal se ha puesto un especial empeño en la promoción y desarrollo de la mediación como vía de solución de controversias que complementa adecuadamente el proceso penal, de hecho en la propia Carta Magna se hace especial referencia a la mediación en este ámbito.⁴⁷ Se impulsa la incorporación de manifestaciones del principio de oportunidad, especialmente, en la persecución de hechos ilícitos menos graves con menor afectación del interés público. También se incorpora el juicio abreviado, a petición del Ministerio Fiscal, en los supuestos de admisión del hecho ilícito por el imputado, siempre que no concurre oposición fundada por parte de la víctima u ofendido y se promuevan e impulsen los acuerdos reparatorios entre la víctima y el agresor, especialmente en los delitos culposos o de naturaleza patrimonial. Se prevé también la posible suspensión del proceso a prueba, por decisión judicial y bajo condiciones y plazo de suspensión, con propuesta de reparación del daño y con la posibilidad de extinción de la acción penal si no hay revocación de suspensión, dictándose sobreseimiento. A nivel federal se ha impulsado definitivamente la incorporación de la mediación al sistema de administración de justicia con la Ley Nacional de

⁴⁶ P. Hernández Mergoldd, *op. cit.*, *supra* nota 22, p. 11.

⁴⁷ A este respecto, resultan interesantes las reflexiones de Márquez Algara, "nuestro sistema penal está basado en una concepción de la justicia retributiva, responsabilidad de jueces y abogados, y los delitos como acciones en contra del Estado, el cual responde construyendo más y más cárceles, aumentando las penas para los delitos, sin percatarse de que el modelo más que reparación, exige una transformación profunda". María Guadalupe Márquez Algara, *Mediación penal en México. Una visión hacia justicia restaurativa*. México, Porrúa, 2013, p. 1.

Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal,⁴⁸ que pretende prestar una mayor atención a la víctima del delito y ofrecer un “nuevo” modelo de justicia penal.⁴⁹

Se podría concluir, por tanto, que, desde la base constitucional, prácticamente todas las áreas del derecho contemplan la posibilidad de utilización de métodos alternos de solución de controversias, si bien falta consolidar en la práctica la efectiva implementación de los mismos.

Por su parte, en España, por lo que respecta a la mediación, hasta hace relativamente poco tiempo, la misma se encontraba someramente regulada a efectos jurídicos y con trascendencia a nivel procesal, únicamente en el ámbito del derecho laboral,⁵⁰ el familiar y el relativo a la responsabilidad penal de los menores.

En el ámbito autonómico destaca la regulación de la mediación básicamente en materia de derecho de familia. La primera mención expresa a la mediación se produce en el artículo 79 del Código de Familia de Cataluña de 1998. Desde entonces, son muchas las leyes específicas promulgadas, referidas fundamentalmente a la mediación familiar, si bien en alguna de ellas ya se ha procedido a ampliar el ámbito objetivo de aplicación abarcando nuevas materias de derecho privado, como ha sucedido en las de las Comunidades Autónomas de Cataluña y Cantabria.

El desarrollo y avance experimentado por la mediación en los últimos años, así como la necesidad de control de dicha actividad, ha hecho necesaria su regulación legal, dando como resultado una prolífica normativa autonómica, diferente en cuanto a su extensión y contenidos, si bien con evidentes similitudes en lo que respecta a los principios que han de regir la mediación.⁵¹

⁴⁸ *Diario Oficial de la Federación*, 29 de diciembre de 2014.

⁴⁹ Como señalan Hernández Aguirre, Medivil Torres y Hernández Aguirre, “con la nueva Ley Nacional de MASC en materia penal en México, se trae una muestra del esfuerzo por armonizar y unificar su marco jurídico, donde se hacen patentes principios rectores de los MASC, como la voluntariedad, información, confidencialidad, flexibilidad, simplicidad, imparcialidad, equidad y honestidad”. Christian Norberto Hernández Aguirre, *et al.*, “Importancia de los métodos alternativos de solución de controversias en el sistema penal acusatorio mexicano”, *Ciencia Jurídica*. Guanajuato, año 4, núm. 7, 2015, p. 80.

⁵⁰ Es precisamente en el ámbito del derecho laboral donde aparece la primera invocación expresa a la mediación, así en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 5/1979, de 26 de enero, sobre creación del Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación, se ponía de manifiesto que “la mediación es una figura conveniente; su eficacia está demostrada en la realidad diaria, haciéndose aconsejable su institucionalización, sobre los presupuestos de imparcialidad del mediador y la libre aceptación de su actuación por los interesados”. *Boletín Oficial del Estado*. Madrid, núm. 32, de 6 de febrero de 1979.

⁵¹ Cronológicamente, la primera Ley autonómica de mediación promulgada fue la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar de Cataluña. A ella la siguieron la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Galicia; Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana; Ley 15/2003, de 8 de abril, de Mediación Familiar, de la Comunidad Autónoma de Canarias; Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar, de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León; Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid; Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo de Mediación Familiar; Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco; Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía; Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de Cataluña, por la que se deroga la anterior Ley 1/2001 vigente hasta ese momento; Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Illes Balears; Ley 9/2011, de 24 de marzo de mediación familiar de Aragón; y, por último, la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Es decir, de las 17 Comunidades Autónomas, sólo cuatro de ellas, Navarra, La Rioja, Extremadura y Murcia, carecen de legislación específica propia sobre mediación, lo cual no quiere decir que estén obviando la mediación o que no se contemple la misma de ninguna manera., simplemente no está regulada legalmente.

Por lo que hace al ámbito estatal, la primera ley nacional que hace referencia expresa a la mediación es la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y lo hace para prohibir con carácter general la utilización de la misma. Tras la desafortunada aparición de la mediación en nuestro ordenamiento, contemplada de forma excluyente, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Código Civil en materia de separación y divorcio, regula expresamente y por primera vez la utilización de la mediación como vía de solución de conflictos en materia de familia.

El 7 de julio de 2012 fue publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que viene a consolidar la figura de la mediación civil y mercantil en el ordenamiento jurídico español. En el expositivo segundo del Preámbulo de la Ley se pone de manifiesto cómo a través de la misma se viene a incorporar definitivamente al derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y, además, su regulación va más allá del contenido de dicha norma comunitaria, en línea con la previsión de la disposición final tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, donde se encomendaba al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de ley nacional sobre mediación, conformando un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España y pretenda tener un efecto jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles. Se excluyen de su ámbito de aplicación la mediación penal, la mediación con las administraciones públicas, la mediación laboral y la mediación en materia de consumo, si bien, tal y como se refiere en la propia Ley, dichas exclusiones “no lo son para limitar la mediación en los ámbitos a que se refieren, sino para reservar su regulación a las normas sectoriales correspondientes”.

En el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles se abordan y desarrollan cuatro aspectos esenciales de la Ley 5/2012, que son la formación del mediador, su publicidad a través de un registro dependiente del Ministerio de Justicia, el aseguramiento de su responsabilidad profesional y la promoción del procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos, completando de esta forma la regulación legal de la mediación a nivel nacional en materia civil y mercantil.

En materia laboral, la mediación también se encuentra contemplada legalmente, tanto en el Estatuto de los Trabajadores, como en la Ley de Procedimiento Laboral, si bien en la práctica no está siendo utilizada de forma adecuada, primando la conciliación que se configura como un requisito obligatorio y previo a la interposición de demanda judicial, pese a que los resultados de la misma tampoco son, ni mucho menos, los óptimos.

Existen igualmente, programas en materia de mediación comunitaria, escolar, intercultural, vecinal, hipotecaria, etcétera, que en la práctica están funcionando muy bien y cuentan con una amplia aceptación, si bien no existe una regulación legal específica sobre los mismos.

Por lo que respecta al ámbito penal, la mediación, hasta hace relativamente muy poco tiempo, sólo se encontraba regulada en el ámbito de los menores infractores, en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la respon-

sabilidad penal de los menores, si bien recientemente ha sido contemplada expresamente en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito y en la reforma del Código Penal, operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que recoge la posibilidad de suspensión de la pena impuesta por cumplimiento del acuerdo de las partes logrado en un procedimiento de mediación.

Al igual que en el caso de México, se podría decir que en la actualidad en España cabe la posibilidad de utilizar la mediación prácticamente en todos los ámbitos del derecho, si bien, igualmente, queda mucho camino por recorrer y mucho trabajo que realizar para asentar definitivamente la mediación y los MASC en el sistema de administración de justicia.

IV. Especial consideración de la mediación en el ámbito del derecho penal

Como se ha adelantado, la mediación en el ámbito penal en España y, especialmente, en México está cobrando una especial importancia,⁵² siendo tal en el caso de México que ha sido reconocida incluso constitucionalmente, elevándose a rango de norma fundamental.

Tradicionalmente, el derecho penal se ha caracterizado por su carácter retributivo, primando el castigo al infractor sobre la satisfacción de los intereses y necesidades de las víctimas. Con relación a estas últimas, se han dejado de lado cuestiones importantes como la reparación o resarcimiento del daño, la recuperación del sentimiento de seguridad perdido tras la comisión del delito, o la llamada “victimización secundaria” derivada de su paso por el proceso judicial al que han de hacer frente.

Por lo que respecta a la reparación o resarcimiento del daño, en la práctica, las víctimas, normalmente, están más interesadas en expresar su situación, sus sentimientos, sus deseos y, en definitiva, en la solución definitiva del conflicto planteado, que en el mero castigo al infractor o en una simple reparación económica. Sin embargo el sistema legal diseñado centra su atención precisamente en la sanción, en la represión, obviando que dicha respuesta no colma las necesidades de la víctima y, en pocas ocasiones, resuelve o pacifica definitivamente el conflicto.

En cuanto a la recuperación del sentimiento de seguridad, el proceso penal parece olvidar que la mera adopción de medidas de carácter preventivo, en este sentido, no es suficiente y que se precisaría otro tipo de intervención más orientada, precisamente, a la atención de la propia víctima.

Por último, respecto de la llamada “victimización secundaria”, en general, los procesos penales suelen suponer una experiencia bastante traumática para la propia víctima que ha de hacer frente no sólo a las consecuencias del delito sufrido, sino además a las derivadas del propio proceso. Así, normalmente, el lenguaje jurídico utilizado les es bastante ajeno, sin que, en muchas ocasiones, nadie les explique en términos comprensibles qué es lo que está pasando a su alrededor. Se llegan a cuestionar temas como la veracidad de los hechos que

⁵² La reforma penal de 2008, que abrió el camino para la unificación de códigos y criterios en materia penal en el país, contempla la transformación del sistema de justicia penal en México de un sistema inquisitivo y predominantemente escrito, a uno acusatorio y oral.

han dado lugar a la denuncia o la adecuación de la respuesta al episodio de violencia.

Por otro lado, con relación al agresor, el actual procedimiento penal genera, además del sufrimiento personal que supone, en su caso, la privación de libertad, la interiorización de actitudes manipuladoras y pautas de desconfianza, un nulo aprendizaje de actitudes empáticas y de respeto a los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal, así como la ausencia de responsabilización respecto de la conducta infractora. Estas consecuencias se acompañan además de un intenso deterioro de las facultades físicas y psicológicas, que dificultan los procesos de reinserción social e incrementan las posibilidades de reiteración delictiva.

Según los fines del proceso penal, concebido como instrumento eficaz de política social, éste ha de tender, en primer lugar, a prestar a la víctima la mayor asistencia y reparación posible y, en segundo lugar, a posibilitar la rehabilitación del delincuente y su reintegración social en condiciones que eviten la comisión de nuevos delitos. Sin embargo, el modelo actual de derecho penal sigue descansando en esa idea de justicia retributiva, donde la víctima es ajena al proceso, donde el incremento punitivo y la ampliación de los delitos han sido el modo clásico de intentar satisfacer las demandas sociales de mayor seguridad y donde se consideran como fines de la pena la reinserción y resocialización del infractor, fines que no se cumplen realmente.⁵³

Todo ello hace que el proceso judicial se presente como una vía que indudablemente puede ser mejorada o complementada con la adopción de otros recursos que intenten paliar en cierta medida las deficiencias apuntadas.⁵⁴

Frente a este modelo clásico de justicia penal retributiva, hace ya algunos años, surgió un nuevo movimiento conocido como “Justicia Restaurativa”, que apuesta por involucrar a la víctima como parte esencial del proceso penal y cuyo objetivo principal es resolver activamente el delito, utilizando para ello un método que, manteniendo la responsabilidad penal del delincuente por los hechos cometidos, permite a éste la posibilidad de reparar efectivamente a la víctima el daño ocasionado.⁵⁵

⁵³ Para Urbano Castrillo, “este modelo está moralmente quebrado, no se revela como justo, no previene ni protege, no intimida ni disuade, no rehabilita, no reintegra ni resocializa, no reeduca ni educa, pocas veces atiende las necesidades de delincuentes y víctimas. Todas aquellas utilitarias ambiciones del sistema punitivo han sido prácticamente abandonadas, bajo el atractivo de un propósito de infligir el daño al ofensor. De este modo resulta que los mecanismos de defensa social se limitan, realmente, a difundir miedo y a intimidar antes que a ocuparse de evitar la reincidencia y de pacificar, verdaderamente, la situación producida por el delito”. Eduardo de Urbano Castrillo, “La justicia restaurativa penal”, *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. Madrid, año VII, núm. 73, julio-agosto de 2010, p. 7.

⁵⁴ A este respecto, destaca Lamarca Pérez que “al menos entre cierto sector de la doctrina, suele ser un lugar común denunciar que el sistema penal, globalmente considerado, resulta no sólo ineficaz, sino dudosamente legítimo. Ineficaz, porque se muestra impotente no ya para eliminar el delito, sino incluso para reducirlo; e ilegítimo por cuanto, para la solución de un conflicto, se limita a imponer un mal, la pena; a todo ello se viene añadiendo que tampoco se ofrece a la víctima satisfacción o una auténtica defensa de sus intereses. Partiendo de estas consideraciones, no puede entonces resultar extraño que también en el ámbito penal haya irrumpido con inusitada fuerza en los últimos años la propuesta de la mediación como alternativa a la solución judicial de los conflictos”. Carmen Lamarca Pérez, “Una alternativa a la solución judicial de los conflictos: la mediación penal”, *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. Madrid, año IV, núm. 44, diciembre de 2007, p. 5.

⁵⁵ Tal y como pone de manifiesto Márquez Algara, “la justicia restaurativa se presenta como una alternativa a la crisis del Derecho penal, que apuesta a la responsabilidad mínima y al principio del Derecho penal mínimo. Entre sus objetivos destacan: invitar a la participación y al consenso, sanar lo que ha sido roto, buscar completa y directamente la responsabilidad, reunir lo que ha sido dividido, fortalecer a la

La justicia restaurativa tiene como objetivo romper la dicotomía víctima-agresor, intentando variar los papeles predeterminados que se asignan a los mismos en el curso del proceso judicial. En este sentido, se permite al infractor restaurar en la medida de lo posible las consecuencias de sus actos y a las víctimas la posibilidad de participar en dicha reparación. Pero, para ello el infractor ha de tener la voluntad de reparar los daños ocasionados y responsabilizarse por su conducta, porque sólo de esta forma se conseguirá evitar que la misma se reitere en el futuro.

Entre las ventajas que ofrece la justicia restaurativa, se podría destacar que el proceso a seguir va a permitir a todas las partes expresar sus emociones y opiniones sobre las consecuencias de los hechos y sobre la forma en que pueden participar en la posible solución de los mismos. Este potencial para hacer frente a las necesidades psicológicas de los involucrados en episodios de violencia, probablemente ayude a disminuir la intensidad de la ansiedad y de los sentimientos negativos que las partes suelen experimentar al enfrentarse a un proceso judicial. De hecho, la justicia restaurativa permite a las partes expresar una serie de emociones o de sentimientos que podrían no ser relevantes a efectos legales, pero que a lo mejor sí son muy importantes para las propias partes a fin de dar una solución adecuada al conflicto.

Otra de las ventajas que puede ofrecer la justicia restaurativa es que puede proporcionar a la víctima una sensación de control sobre su propio daño, facilitando la reparación en lugar del simple castigo del infractor. La restauración de la sensación de control en la toma de decisiones propias y personales, sin duda, va a facilitar la recuperación del equilibrio emocional de la propia víctima.⁵⁶

Se ofrece un lugar preferente a la víctima, a quien se da un tratamiento especial e individualizado, y la mediación, como instrumento de la justicia restaurativa, se configura como un derecho de ésta, como un recurso al que puede acceder voluntariamente, sin que en ningún caso pueda ser forzada a acudir si éste no es su expreso deseo.

Finalmente, a través del proceso de mediación, como vía de realización de la justicia restaurativa, se puede facilitar la disculpa del delincuente a la víctima, que en muchas ocasiones es un expreso deseo de éstas y una condición necesaria para poder continuar sus vidas con la mayor normalidad posible.⁵⁷

Ahora bien, la mediación en este ámbito en ningún caso supone una alternativa al procedimiento judicial o a la judicialización del conflicto, sino un complemento al mismo que puede ayudar a alcanzar los debidos fines de dicho proceso.

Hoy en día, la justicia restaurativa como sistema autónomo es simplemente una entelequia, no puede garantizar plenamente y en todo caso, la satisfacción

comunidad para prevenir daños mayores, buscar el esfuerzo cooperativo de la comunidad y el Estado y la reintegración de la víctima y del ofensor". M. G. Márquez Algara, *Mediación comunitaria y prevención del delito*. México, Porrúa, 2016, p. 38.

⁵⁶ Para Ríos Martín, "la mayoría de los hechos delictivos no pueden ser justificados, pero una buena parte de ellos pueden ser comprendidos. Solamente desde la comprensión del comportamiento del otro, la persona víctima puede llegar a calmar su odio y recuperar la serenidad". Julián Carlos Ríos Martín, "La mediación, instrumento de diálogo para la reducción de la violencia legal y penitenciaria", *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. Madrid, año IV, núm. 44, diciembre de 2007, p. 25.

⁵⁷ En este sentido, señala Urbano Castrillo que "la comunicación que la mediación posibilita tiene en sí misma un efecto reparador del impacto emocional del delito, un efecto pacificador en la víctima, de tal manera que, no necesariamente y a toda costa, el acuerdo ha de contener otras fórmulas reparadoras. [...] A veces las meras disculpas tienen un valor notable en un mundo en el que no es común escuchar pedir perdón y ni siquiera reconocer la responsabilidad que suele endosarse a otros o a las circunstancias". E. de Urbano Castrillo, *op. cit.*, *supra* nota 53, p. 16.

de los derechos e intereses de la víctima, así como tampoco los del infractor. Por su parte, como he comentado, el proceso judicial tampoco puede hacerlo. En este sentido, lo recomendable es la inclusión de elementos de justicia restaurativa en el actual modelo de proceso penal, por lo que la combinación de ambos métodos se presenta como la forma más adecuada de gestionar determinados conflictos de esta naturaleza.⁵⁸

Tampoco supone, como se ha dicho en alguna ocasión, privatizar la justicia penal, ya que la exclusividad del poder punitivo estatal está debidamente salvaguardada, por lo que la conducta del agresor no quedará impune, recibiendo el reproche penal que en su caso corresponda. El infractor tiene la posibilidad de reparar el daño que ha causado, lo que, en ocasiones, podrá suponerle algún tipo de beneficio en la pena que haya de imponérsele, como por ejemplo la aplicación de circunstancias atenuantes o la suspensión de la ejecución de la pena de privación de libertad y su sustitución por pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad, si bien los acuerdos que puedan alcanzar víctima e infractor no han de pasar necesariamente por la obtención de algún tipo de beneficio para éste último.⁵⁹

Es cierto que la mediación, como instrumento de justicia restaurativa, puede ofrecer elementos muy positivos, pero también lo es que el ámbito de los conflictos penales es especialmente delicado y hay peligros potenciales que pueden disminuir su eficacia en determinado tipo de situaciones. En ocasiones, incluso, su utilización puede suponer un peor remedio con consecuencias negativas para las propias partes. Por tanto, hay que andar con tiento, no en todos los casos es conveniente utilizar la mediación, pero a *contrario sensu*, tampoco tiene sentido excluir con carácter general su aplicación para un concreto tipo de delitos, porque no todos los asuntos son iguales, por lo que habría de determinarse caso por caso la oportunidad o conveniencia de su uso, siendo ilógico privar a las propias víctimas de las posibles ventajas que podrían obtener.

V. Conclusiones

Los MASC no pretenden privatizar la justicia, ni sustituir al proceso judicial, y, además, tal circunstancia no puede llegar a darse, en primer lugar por la voluntariedad de la utilización de dichos medios y, en segundo lugar, por la naturaleza de norma fundamental, elevada a rango constitucional, del derecho a la tutela judicial efectiva del que gozan todos los ciudadanos que, en consecuencia, hace que los mismos siempre tengan abierta la posibilidad de acceso a los tribunales si así lo consideran oportuno.

⁵⁸ Para Castillejo Manzanares, "la justificación no es otra que, siendo el Derecho penal un instrumento imprescindible para el buen funcionamiento de nuestra sociedad, ello no obsta a que se trate de limitar las consecuencias negativas que genera su aplicación. Y a ello tiende la mediación, en cuanto sirve como instrumento dentro del proceso para obtener una solución pacífica al conflicto penal, atendiendo tanto a las necesidades de la víctima como a la reinserción del victimario. Se trata de abogar por un sistema de justicia penal más humano, sin que la seguridad jurídica y los fines de prevención general del Derecho penal se resientan". Raquel Castillejo Manzanares, "El nuevo proceso penal. La mediación", *Derecho y Proceso Penal*. Madrid, núm. 23, 2010, p. 79.

⁵⁹ *Vid.*, Diana Perulero García, "Mecanismos de viabilidad para la mediación en el proceso penal de adultos", en H. Soletto Muñoz *et al.*, (dirs.), *op. cit.*, *supra* nota 13, pp.466-469.

Tampoco se trata de dar prioridad a la utilización de dichos métodos, lo que se pretende con la implementación de los mismos es precisamente salvaguardar el proceso judicial, dejando al mismo para aquellas cuestiones o conflictos que realmente lo necesiten, evitando que lleguen a él asuntos que no deberían haberlo hecho, porque quizás obtengan una mejor solución mediante otras vías.

Las posibles ventajas de los MASC poco o nada tienen que ver con los problemas de la administración de justicia. El recurso a la utilización de mecanismos alternativos de resolución de conflictos por parte del legislador, no ha de suponer, en cualquier caso, la búsqueda de “alguna solución” o de una “justicia de clase b” para que los ciudadanos puedan alcanzar una solución a su disputa sin dirigirse a los tribunales.

Es más, la disminución de la carga de trabajo de los juzgados y de los jueces no se va a conseguir en ningún caso obligando a las partes a acudir a vías alternativas de resolución de disputas, sólo se conseguirá si la puesta en marcha de estos métodos complementarios se realiza correctamente, es decir si se dotan de medios y estructuras adecuadas que faciliten su debida implementación, lo que implica que la prestación de dichos servicios ha de llevarse a cabo por personal debidamente cualificado.

Obviamente, los métodos alternativos no son intrínsecamente superiores al proceso judicial, pero su existencia tampoco supone un signo patológico del mal funcionamiento de un sistema de justicia. Todo lo contrario, un buen sistema de justicia precisamente ha de contar con cuantos más recursos mejor y, sin duda, los métodos alternativos de resolución de conflictos al servicio de los ciudadanos, lejos de perjudicar al sistema, lo que hacen es complementarlo y perfeccionarlo.

La idea de “Justicia” ha de ir más allá de la mera materialización o reconocimiento de un concreto derecho. Sucede en muchas ocasiones que el reconocimiento de un derecho a una de las partes litigantes no acaba con la disputa o con el conflicto, no hay más que echar un vistazo al volumen de ejecuciones de resoluciones judiciales. Independientemente del concepto subjetivo de justicia, que implica que lo que es justo para uno, no tiene por qué serlo para los demás, y de que determinadas normas o disposiciones legales no amparen o protejan adecuadamente los intereses de todas las partes por igual, obviamente nadie mejor que los propios implicados en un conflicto conoce lo que realmente necesitan o buscan para poner fin al mismo. Puede suceder que la solución que les ofrezcan las leyes o los tribunales no colmen dichos intereses, por lo que en ningún caso puede ser perjudicial ofrecerles la oportunidad y la responsabilidad de poder participar en la búsqueda de un resultado que pacifique definitivamente el litigio.

No es conveniente el excesivo proteccionismo estatal a la hora de tutelar absolutamente todos los derechos de los particulares, por lo que discutir en pleno siglo XXI acerca de la responsabilidad de los ciudadanos sobre el poder de disposición de sus derechos subjetivos parece fuera de lugar. Hay que respetar el principio de autonomía de la voluntad y creer en la madurez de la propia sociedad para intentar resolver sus conflictos, eligiendo para ello la forma que consideren más adecuada.

Se critica de los MASC que no sirven para resolver cualquier tipo de conflicto y tampoco para tutelar derechos humanos o fundamentales, sino simplemente

te las posibles consecuencias económicas derivadas de su violación. Obviamente, los MASC no sirven para absolutamente todos los conflictos, la utilidad de estos mecanismos radica, precisamente, en su especial adecuación para determinados supuestos, pero no para todos. Respecto del tema de si es apropiado o no utilizarlos en temas donde confluyen derechos humanos, no hay discusión respecto de que sí pueden serlo cuando se discuten cuestiones de carácter meramente patrimonial o económico, derivadas de la violación de un derecho fundamental, ahora bien si pueden ser apropiadas o no para intentar acuerdos en cuanto a cuestiones que afecten al propio derecho en sí, habrá muchos supuestos en que no sea recomendable su uso, pero habrá otros en los que quizás sí puedan ser utilizados y además aporten una mejor solución, en este sentido habría que recordar las experiencias de justicia restaurativa que se vienen desarrollando dentro del orden jurisdiccional penal.

En el ámbito del derecho penal se ha de ofrecer a las víctimas la posibilidad de optar por mecanismos, no ya alternativos, sino complementarios en este caso, como la mediación, que les permitan, como ejercicio de su propia capacidad de autodeterminación, satisfacer intereses y necesidades que en el procedimiento judicial no pueden conseguir. Ahora bien, para ello ha de tenerse en cuenta principalmente la voluntariedad, así como la idoneidad de tal opción, habiendo de ser valorada esta última por profesionales debidamente cualificados y especializados en la materia.

La implantación de estos métodos alternativos de solución de conflictos ni ha sido, ni va a ser una tarea sencilla. Hay que tener en cuenta las resistencias que se están produciendo y se van a producir desde diversos sectores, y hay que permitir que éstos participen activamente en el cambio, a fin de consensuar soluciones que den una respuesta adecuada a cada conflicto y permitan recuperar la confianza de los ciudadanos en la justicia.

Un contexto adverso para el ejercicio del periodismo y la defensa de los derechos humanos en México. (Estudio introductorio a las Recomendaciones Generales 24 y 25 de la CNDH)

Rodrigo Santiago Juárez*

Aprobado para su publicación
el 25 de abril de 2017.

RESUMEN: En el mes de febrero de 2016, el Consejo Consultivo de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos aprobó las Recomendaciones Generales 24 “*Sobre el ejercicio de la libertad de expresión en México*” y 25 “*Sobre agravios a personas defensoras de derechos humanos*” con el objetivo de evidenciar el contexto de violencia que enfrentan quienes ejercen el periodismo así como como las personas defensoras en nuestro país, y proponer acciones de política pública para revertir las agresiones en su contra. En este artículo se hace un breve análisis del contenido de ambos documentos, así como su relevancia para conocer los riesgos que enfrentan las y los periodistas y defensores y la necesidad de implementar acciones para su protección.

ABSTRACT: *In February February 2016, the Consultative Council of the Mexican National Human Rights Commission approved General Recommendations 24 “On the Exercise of Freedom of Expression in Mexico” and 25 “On Crimes against Human Rights Defenders” with the aim to highlight the context of violence faced by journalists as well as the defenders in our country, and propose public policy actions to reverse the aggressions against them. This article makes a brief analysis of the content of both documents as well as their relevance to know the risks faced by journalists and defenders and the need to implement actions for their protection.*

SUMARIO: Introducción. I. Recomendación General 24. II. Recomendación General 25.

* Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid, Investigador Nacional Nivel I del Sistema Nacional de Investigadores. Es Director General del Programa de Agravios a Periodistas y Defensores Civiles de Derechos Humanos de la CNDH

Introducción

En el mes de febrero de 2016, el Consejo Consultivo de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos aprobó las Recomendaciones Generales 24 “*Sobre el ejercicio de la libertad de expresión en México*” y 25 “*Sobre agravios a personas defensoras de derechos humanos*” con el objetivo de evidenciar el contexto de violencia que enfrentan quienes ejercen el periodismo así como como las personas defensoras en nuestro país, y proponer acciones de política pública para revertir las agresiones en su contra.

En este artículo se hace un breve análisis del contenido de ambos documentos, así como su relevancia para conocer los riesgos que enfrentan las y los periodistas y defensores y la necesidad de implementar acciones para su protección.

I. Recomendación General 24

Uno de los derechos humanos más ampliamente estudiados es sin lugar a dudas el de la libertad de expresión. El interés que despierta su análisis deriva de la amplia gama de expresiones artísticas, culturales o relacionadas con cuestiones de tipo social o colectivo como la manifestación o la protesta, que tienen como raíz común el ejercicio de la libertad de expresión.

La relevancia de este derecho también guarda una estrecha relación con la democracia, pues es imposible entender la misma sin una libertad de expresión robusta y ampliamente ejercida y protegida. Por ello se ha mencionado que el significado político de la libertad de expresión reside en que la misma resulta imprescindible en el sistema democrático. Sencillamente, sin libertad de expresión, sin comunicación política en libertad, no hay democracia.¹

Si bien la libertad de expresión no es un derecho absoluto, lo cierto es que las restricciones que pueden imponerse a la misma son excepcionales en atención a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 6o. constitucional: “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”.

Asimismo, el artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que el ejercicio de la libertad de expresión no puede estar sujeto a censura previa sino a la imposición de responsabilidades ulteriores que estén expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto o la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

La amplia protección constitucional y convencional de la libertad de expresión dice mucho respecto de la importancia que este derecho tiene tanto para el individuo como para la colectividad. Es por ello que la afectación de este derecho a una persona, sea ésta un artista, escritor, periodista o incluso una persona moral, como un medio de comunicación, tiene repercusiones de índole colecti-

¹ Manuel Aragón Reyes y César Aguado Renedo, *Derechos fundamentales y su protección. Temas básicos de derecho constitucional*. Navarra, Aranzadi, 2011, t. III, p. 198.

va, pues deriva en actos de autocensura o inhibición que impiden que la sociedad acceda a dicha información.

La Recomendación General 24 “*Sobre el ejercicio de la libertad de expresión en México*”, aprobada por el Consejo Consultivo de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) el 8 de febrero de 2016 se ocupa de estos temas, sobre todo en relación con el contexto que enfrentan quienes ejercen el periodismo en nuestro país a partir del análisis de las agresiones de muy distinto tipo de las que son objeto.

Como dicho documento menciona, a través de la Recomendación General 17, del 19 de agosto de 2009, y de la Recomendación General 20, del 15 de agosto de 2013, el organismo constitucional autónomo de protección de los derechos humanos dio seguimiento a las condiciones en que se desarrolla el gremio periodístico en México, pero el incremento de los agravios en su contra en los últimos años hizo necesario un nuevo pronunciamiento dirigido a diversas autoridades federales y estatales, y por primera ocasión a todos los presidentes municipales del país, así como a los jefes delegacionales de la Ciudad de México.

Uno de los aspectos más relevantes de la Recomendación General 24 es la amplia definición del concepto de periodista que la misma establece. En el párrafo nueve se menciona que el concepto de periodista incluye a aquellas personas que recaban, generan, procesan, editan, comentan, opinan, difunden, publican o proveen información a través de cualquier medio de difusión y comunicación, ya sea de manera eventual o permanente, lo que incluye a las y los comunicadores, a los medios de comunicación y a sus instalaciones, así como a sus trabajadores, en tanto que ejercen o contribuyen a ejercer la libertad de expresión, tal como lo indica el artículo 2 de la Ley para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas, y los estándares internacionales en la materia.²

La definición adoptada por la CNDH sobre el concepto de periodista resulta relevante desde distintos puntos de vista. Un concepto amplio como ese permite incluir a aquellas personas que no necesariamente se dedican de manera profesional o permanente a esa profesión, sino también a aquellas que ocupan parte de su tiempo en difundir información o contribuyen a hacerlo, como es el caso de las y los trabajadores de los medios de comunicación.

También es importante que el Organismo Nacional se refiera a los estándares internacionales en la materia, pues lo cierto es que la opinión de diversos relatores se aparta de una noción limitada del concepto de periodista —como la que señala que sólo aquellos que ejercen esa profesión de manera profesional y permanente pueden ser considerados como tales—, y optan por una definición mucho más amplia.³

² Recomendación General 24, CNDH, párr. 9, disponible en www.cndh.org

³ Por mencionar algunos ejemplos, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Observación General Número 34, de 2011, mencionó: “En la función periodística participan una amplia variedad de personas, como analistas y reporteros profesionales y de dedicación exclusiva, autores de blogs y otros que publican por su propia cuenta en medios de prensa, en Internet o por otros medios [...]”. Por su parte, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y Expresión mencionó en un informe de 2012: “[...] los periodistas son personas que observan, describen, documentan y analizan los acontecimientos, y documentan y analizan declaraciones políticas y cualquier propuesta que pueda afectar a la sociedad, con el propósito de sistematizar esa

La posición adoptada en la Recomendación General 24 sobre este concepto también se encuentra en las acciones de inconstitucionalidad presentadas por el Organismo Nacional los días 9 y 14 de septiembre de 2015 en contra de algunos preceptos de la Ley para la Protección Integral de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas del Distrito Federal, así como de la Ley para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas del Estado de Quintana Roo, respectivamente.

En ambas leyes (artículo 5 de la Ley del Distrito Federal y artículo 3, fracción XII de su similar de Quintana Roo) se establecen definiciones donde el carácter de periodista se reconoce a aquellos que se dedican de manera profesional y permanente a dicha actividad.

Los razonamientos contenidos en ambas acciones de inconstitucionalidad señalan que una definición como esa deja fuera a aquellas personas que ejercen esa actividad y que no cuentan con un certificado oficial que así lo avale, o que se dediquen también de manera simultánea a actividades diversas al periodismo.⁴

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH), al resolver el *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*, también adoptó un concepto amplio de periodista, al considerar que las expresiones y comentarios expresados públicamente por diversos servidores públicos del gobierno de Venezuela, en los que calificaron a los trabajadores del canal de televisión Globovisión como “fascistas”, “enemigos del pueblo” y “traidores”, colocó a esas personas en una situación de riesgo que derivó en actos de violencia contra sus empleados y contra sus instalaciones, por lo que el Estado venezolano vulneró los deberes de prevención de la violencia contra los periodistas y medios de comunicación.⁵

Una vez expuesto el concepto de periodista defendido por la CNDH, la Recomendación General 24 da cuenta de las estadísticas relacionadas con las agresiones a periodistas. Indica que de 2000 al 31 de enero de 2016 se documentaron 109 homicidios de periodistas, muchos de los cuales se concentraron en Veracruz, Tamaulipas, Guerrero, Chihuahua y Oaxaca, por lo que casi seis de cada 10 homicidios ocurrieron en esas cinco entidades. Señala también el documento que de 2005 al 31 de enero de 2016 se registró la desaparición de

información y reunir hechos y análisis para informar a los sectores de la sociedad o a ésta en su conjunto. Una definición de esta índole incluye a quienes trabajan en medios de información y al personal de apoyo, así como a quienes trabajan en medios de comunicación y a los ‘periodistas ciudadanos’, cuando desempeñan un tiempo esa función”. Asimismo, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en el Plan de Acción de las Naciones Unidas sobre la Seguridad de los Periodistas y la Cuestión de la Impunidad, indicó que “[...] la protección de los periodistas no debiera limitarse a los que están reconocidos formalmente como tales, sino que debería comprender a otros, incluidos los trabajadores de los medios de comunicación comunitarios, los periodistas ciudadanos y otras personas que puedan estar empleando los nuevos medios de comunicación como instrumento para llegar a su público”.

⁴ Las acciones de inconstitucionalidad 84 y 87, respectivamente, pueden consultarse en www.cndh.org. Cabe señalar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación discutió la acción de inconstitucionalidad relacionada con la Ley de Quintana Roo los días 29 y 30 de junio y 1 de julio de 2016, en la que determinó, entre otras cuestiones, que el concepto de periodista contenido en la misma debería leerse bajo una interpretación conforme con la Constitución.

⁵ *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 139 y ss. En esa sentencia, la CrIDH consideró que las declaraciones públicas contribuyeron a exacerbar el clima de hostilidad, intolerancia y animadversión por parte de ciertos sectores de la población frente a las víctimas, por lo que, si bien los servidores públicos gozan de la libertad de expresión, la misma está sujeta a ciertas connotaciones con el objetivo de evitar que sus declaraciones expongan a los periodistas, trabajadores y medios de comunicación a un mayor riesgo de violencia.

20 periodistas, y de 2006 a esa misma fecha 48 atentados a medios de comunicación.

Otro aspecto relevante de la Recomendación tiene que ver con el tipo de afectaciones relacionadas con medios tecnológicos, afectando servidores, redes sociales o páginas electrónicas de revistas o periódicos.

Sobre el particular, la CNDH cita un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CmIDH) que señala que cuando un sitio de internet es objeto de ataques de los llamados *Denial of Service Attacks (DoS)*, o los que se llevan a cabo por medio de virus o gusanos informáticos dirigidos a los equipos de los emisores, entre otros, se está ante agresiones informáticas que pueden estar dirigidas a personas en particular o a medios de comunicación, y que pueden ser enormemente disruptivas para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, razón por la cual el Estado está obligado a investigar esos ataques.⁶

Lo anterior permite concluir que la garantía a la libertad de expresión se aplica a internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación, por lo que las conductas que atentan contra este derecho y que son cometidas contra los periodistas, así como los ataques cibernéticos contra las páginas electrónicas o redes sociales de los medios de comunicación deben ser investigadas y sancionadas.⁷

Un elemento de suma importancia de la Recomendación General 24 está relacionado con el estudio de las 176 averiguaciones previas iniciadas para la investigación de agravios a periodistas y medios de comunicación, en las que se advirtió un nivel de impunidad sumamente alarmante, pues del total de indagatorias 106 se encuentran aún en trámite, y solamente en 17 casos (10 %) el juez dictó sentencia condenatoria, lo que arroja un 90 % como índice de impunidad.

Por lo que se refiere en específico a los homicidios de periodistas, la CNDH documentó que existe un 82 % de índice de impunidad. Por su parte, en el caso de los periodistas desaparecidos y de atentados a medios de comunicación, la CNDH documentó en ambos casos un 100 % de índice de impunidad, lo que da cuenta de una situación de especial gravedad, pues el Estado incumple con su deber de investigar y sancionar debidamente estas acciones.

Al respecto, la CmIDH consideró que “la obligación de investigar, procesar y sancionar a los responsables de violaciones a derechos humanos no puede ser delegada ni renunciada por un Estado, sobre todo cuando su sistema procesal le atribuye el monopolio de la acción penal. Este es el caso de México, cuya legislación interna confía el ejercicio de la acción penal exclusivamente al Estado”.⁸

Como se señala en la Recomendación General, la impunidad de estos crímenes genera diversos efectos perversos para la libertad de expresión, pues los agresores encuentran incentivos para seguir cometiendo estos crímenes, ante la falta de resultados por parte del Estado, así como consecuencias en los comunicadores quienes se ven obligados a auto censurarse o inhibir su trabajo ante la posibilidad de sufrir consecuencias similares.

⁶ CmIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Libertad de expresión e internet*, 2013, párrs. 117-129, pp. 158-162.

⁷ Recomendación General 24, párr. 136, disponible en www.cndh.org

⁸ CmIDH, Caso 11.103, Pedro Peredo Valderrama, Informe No. 42/00, 13 de abril de 2000, párrs. 57 y 89.

Al respecto se cita el *Caso Paniagua Morales y otros vs. Venezuela*, en el que la CrIDH señaló que la impunidad se institucionaliza ante:

la falta en su conjunto de investigaciones, persecución y condena de los responsables de las violaciones de los derechos humanos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles, ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares.⁹

De igual manera, el Tribunal Interamericano ha señalado que:

es deber del Estado investigar los delitos de manera efectiva, sin que se pueda estar satisfecho cuando la investigación no produce resultado tangible, cuando no se emprende con seriedad y compromiso real, quedando en una simple formalidad para tratar de justificar el cumplimiento del deber; por ello, las responsabilidades del Estado demandan ser asumidas por éste como deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses personales, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima u ofendidos o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad, lo cual cobra valor con independencia de la calidad que ostente el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, por ejemplo a los particulares.¹⁰

Este estudio del índice de impunidad de las agresiones contra periodistas, comunicadores y medios de comunicación sirvió al Organismo Nacional para considerar como una de sus Recomendaciones a la Procuraduría General de la República, así como a las procuradurías y fiscalías de justicia de las entidades federativas la creación de unidades especializadas en la investigación de estos delitos, sobre todo en aquellas entidades donde se advierte una mayor incidencia de agresiones, que permitan que personal capacitado y con herramientas técnicas a su alcance se haga cargo de las investigaciones correspondientes.¹¹

Una vez concluido el análisis del contexto de la libertad de expresión en nuestro país y analizados los distintos problemas que enfrentan los periodistas, comunicadores y medios de comunicación como consecuencia de las agresiones de muy distinto tipo, la CNDH dirige Recomendaciones a la Procuradora General de la República, a los Secretarios de la Defensa Nacional y de Marina, a los Gobernadores, al Jefe de Gobierno de la Ciudad de México, al Comisionado Nacional de Seguridad, al Presidente de la Junta de Gobierno del Mecanismo para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas, Procuradores y Fiscales Generales de Justicia, Secretarios de Seguridad Pública de las entidades federativas, así como a los presidentes municipales y jefes delegacionales.

En dichas Recomendaciones, y de acuerdo con las atribuciones de cada instancia, se solicita el esclarecimiento de los casos de agresiones a periodistas y

⁹ *Caso Paniagua Morales y otros vs. Guatemala*. Sentencia de 8 de marzo de 1998, párr. 173.

¹⁰ *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 177.

¹¹ Recomendación General 24, párrs. 160-168. La CNDH concluyó que cuando el delito no es investigado, termina siendo recurrente.

medios de comunicación y se agoten todas las líneas de investigación, incluida la relacionada con el ejercicio de la libertad de expresión; la revisión exhaustiva de las averiguaciones previas y su resolución; la creación de fiscalías o unidades especializadas en la investigación y persecución de los delitos contra la labor periodística y la libertad de expresión, así como de mecanismos y reglamentación locales para la protección de periodistas; y el ejercicio de la facultad de atracción de los casos cuando así proceda por parte de la Procuraduría General de la República en beneficio de las víctimas.

De igual manera, se propone la capacitación de servidores públicos en materia de derechos humanos y libertad de expresión; promover legislación en materia de protección a periodistas; garantizar la seguridad de periodistas y comunicadores; promover reformas para despenalizar los delitos de injurias, difamación y calumnias; prever medidas y protocolos para casos de agresiones contra periodistas, y elaborar mapas de riesgos, entre otras cuestiones.

Sin lugar a dudas, el análisis contenido en este documento de la CNDH sobre el contexto que vive el ejercicio de la libertad de expresión en México debe motivar cambios profundos de mentalidad en los servidores públicos, así como modificaciones estructurales en la manera en que se protegen los derechos de los periodistas y se investigan y sancionan las agresiones de las que son objeto.

La realidad de nuestro país, que lo ubica de conformidad con diversos informes y reportes como uno de los países más peligrosos para ejercer el periodismo en el mundo, requiere de muchos y diferentes esfuerzos. La Recomendación General 24 contiene una descripción de esta realidad, el cambio en la misma tendrá que ver en parte con el cumplimiento de las políticas públicas ahí señaladas.

II. Recomendación General 25

Nuestro país enfrenta uno de los momentos más críticos y complejos de los últimos años. Si bien la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 marcó un cambio de paradigma que ubicó a los derechos fundamentales en el centro de la discusión jurídica y política, y despertó el interés que la sociedad otorga a su protección, también es verdad que el incremento de la violencia y de las violaciones a derechos humanos de las que somos testigos, día a día, demuestran que el reconocimiento de estos derechos en el bloque de constitucionalidad no guarda una relación directa con su protección en la vida cotidiana de los individuos.

Los derechos humanos no pueden ser una realidad palpable si los mismos se reconocen y protegen únicamente en los textos legales. Por el contrario, para alcanzar lo que Norberto Bobbio denominó como *El tiempo de los derechos*,¹² entendido como el momento en que los mismos se reconocen en los textos legales y se protegen de manera efectiva por parte de las distintas autoridades, es necesario que los mismos tengan un reflejo claro en todos aquellos aspectos de la vida social en los que nos desarrollamos y convivimos. De lo contrario, la imagen de los derechos humanos y de aquellas personas que se dedican a su

¹² Vid., Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.

difusión y protección permanecerá distorsionada en nuestra convivencia social respecto de su relevancia y necesidad de protección.

Una de las maneras de revertir esta realidad es difundir por distintos medios el papel que las personas defensoras de derechos humanos tienen para el desarrollo de la democracia, así como señalar de qué manera las políticas públicas a cargo de las autoridades de los tres órdenes de gobierno pueden impedir algunas de las causas que originan las violaciones a los derechos humanos de este grupo de población, que necesariamente pasan por la prevención y la protección de sus derechos, así como de la sanción de las agresiones de las que son objeto.

La Recomendación General 25 “*Sobre agravios a personas defensoras de derechos humanos*”, aprobada por el Consejo Consultivo de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos el 8 de febrero de 2016, da cuenta de la problemática descrita y constituye un esfuerzo por dar a conocer la relevante labor que juegan los defensores de derechos humanos en la democracia, y la necesidad de que las autoridades generen las condiciones para que los mismos puedan desarrollar su labor sin verse sometidos a amenazas, intimidaciones u otro tipo de circunstancias que entorpezcan su trabajo.

En la primera parte de ese documento se incluye el concepto de defensor de conformidad con distintos organismos internacionales. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CmIDH) ha señalado que debe ser considerado defensor o defensora de derechos humanos “toda persona que de cualquier forma promueva o procure la realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidas a nivel nacional o internacional”.¹³

Además de esta definición, debe añadirse la precisión que sobre los defensores realizó el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el sentido de que la calidad de defensora o defensor de derechos humanos deriva principalmente de las actividades que la persona realiza y no de otro tipo de circunstancias relacionadas con el pago de sus servicios o su pertenencia a alguna organización o colectivo.¹⁴ Por ello, no resulta válido afirmar que los defensores son aquellos que se dedican de manera exclusiva a dicha actividad o que reciben una contribución por su labor.

Asimismo, la CmIDH ha expresado su reconocimiento por el admirable trabajo que realizan estas personas para dar efectividad a los derechos humanos de los habitantes de la región americana, pues son el enlace entre la sociedad civil en el plano interno y el sistema de protección de los derechos humanos en el ámbito internacional.¹⁵

Otro aspecto a destacar es el relacionado con las implicaciones sociales y colectivas de la labor de los defensores. Como la misma CmIDH lo ha puesto de manifiesto, la labor de estas personas es fundamental para la implementación universal de los derechos humanos, así como para la existencia plena de la democracia y el Estado de Derecho.¹⁶

¹³ *Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas*, CmIDH, 2006, párr. 13.

¹⁴ *Los defensores de derechos humanos: protección del derecho a defender los derechos humanos*, folleto informativo núm. 29, OACNUDH, Ginebra, 2004, p. 8.

¹⁵ *Informe sobre la situación de las defensoras y los defensores...*, op. cit., supra nota 13, párr. 13.

¹⁶ *Ibidem*, párr. 1.

Asimismo, advierte que las y los defensores son un pilar esencial para el fortalecimiento y consolidación de las democracias, ya que el fin que motiva la labor que desempeñan incumbe a la sociedad en general y busca el beneficio de ésta. Por tanto, cuando se impide a una persona la defensa de los derechos humanos, se afecta directamente al resto de la sociedad.¹⁷

Esta doble relevancia del papel de los defensores también ha sido destacada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoidH) en la sentencia del *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, relacionado con el homicidio de un defensor de derechos humanos que denunció los crímenes perpetrados por paramilitares en connivencia con servidores públicos, en la que señaló lo siguiente:

La Corte observa que la muerte de un defensor de la calidad de Jesús María Valle Jaramillo podría tener un efecto amedrentador sobre otras defensoras y defensores, ya que el temor causado frente a tal hecho podría disminuir directamente las posibilidades de que tales personas ejerzan su derecho a defender los derechos humanos a través de la denuncia. Asimismo, el Tribunal reitera que las amenazas y los atentados a la integridad y a la vida de los defensores de derechos humanos y la impunidad de los responsables por estos hechos, son particularmente graves porque tienen un efecto no sólo individual, sino también colectivo, en la medida en que la sociedad se ve impedida de conocer la verdad sobre la situación de respeto o de violación de los derechos de las personas bajo la jurisdicción de un determinado Estado.¹⁸

Una vez realizada esta primera aproximación al papel que juegan los defensores de derechos humanos en las democracias, la Recomendación General 25 advierte que en los últimos años se ha dado un incremento en las amenazas a defensores civiles y que, no obstante lo anterior, las instituciones encargadas de la procuración de justicia carecen de información sistematizada que permita identificar de manera clara y precisa el número real de agresiones y delitos cometidos en su contra vinculados a su actividad.

De conformidad con dicha Recomendación, la mayoría de las procuradurías y fiscalías del país no identifica los casos relativos a delitos cometidos en agravio de defensores, omisión que evidencia que el proceso de investigación en la mayoría de los casos es deficiente, en virtud de que el Ministerio Público no analiza el contexto relativo a la actividad desarrollada por la víctima en su carácter de defensor y, en consecuencia, ignora las condiciones especiales de riesgo que enfrenta por la calidad de sus agentes agresores, sean estos servidores públicos o particulares.

La falta de unidades especializadas en la investigación de agresiones en contra de defensores de derechos humanos tiene implicaciones mucho más serias en aquellas entidades con un mayor número de casos registrados, como lo son los estados de Chihuahua, Guerrero y Oaxaca, que ocupan los tres primeros lugares de casos de defensores asesinados, por lo que la creación de estas fiscalías permitiría analizar el contexto sociopolítico que enfrenta la vícti-

¹⁷ *Idem*, párr. 34

¹⁸ *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 96.

ma, que tendrá que ser distinto en atención a los temas y grupos de población que defiende, como lo es el caso de niñas, niños y adolescentes, comunidad LGBTTTI, pueblos indígenas, mujeres, personas migrantes, derechos sexuales y reproductivos, entre otros.

Por lo que se refiere a las defensoras mujeres, la violencia contra ellas se ha incrementado en los últimos años, lo que agrava la situación de riesgo en que se encuentran y recrudece las condiciones de discriminación en su contra.¹⁹ Ante ello, la Relatora Especial sobre la Situación de Defensoras y Defensores de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas en el tercer informe al Consejo de Derechos Humanos de 2011, señaló que: “Las defensoras de los derechos humanos y las activistas dedicadas a promover los derechos de la mujer o las cuestiones de género en América son las que parecen estar más expuestas a los asesinatos o a los intentos de asesinato”.²⁰

Al respecto, en la Recomendación General 25 se analizan algunos estándares relacionados con violencia contra las mujeres expuestos en la jurisprudencia interamericana, y que resultan aplicables a las agresiones cometidas en contra de dichas defensoras. Así, por ejemplo, se menciona el “*Caso González y otras (campo algodón) vs. México*”, donde la CoIDH resolvió que el deber de investigar siguiendo los estándares establecidos por ese mismo Tribunal “tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres”.²¹

Estas obligaciones también se vinculan con tratados específicos suscritos por México, como lo señaló la CoIDH al resolver el “*Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*”, donde determinó que:

En los casos de violencia contra la mujer las obligaciones genéricas establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan para aquellos Estados que son parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención Belem do Pará. En su artículo 7.b dicha Convención obliga de manera específica a los Estados parte a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.²²

Esta última sentencia agregó que:

ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección.

¹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Segundo Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas*. Washington, D. C., OEA, 2011, párr. 512.

²⁰ Informe de la Sra. Margaret Sekaggya, Relatora Especial sobre la Situación de los defensores y defensoras de los derechos humanos, 2011, párr. 65.

²¹ *Caso González y otras (campo algodón) vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 293.

²² *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 177.

La Recomendación General 25 abunda sobre este punto al citar el “*Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala*”, donde la ColDH señaló que la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual las agresiones pueden ser toleradas y aceptadas, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia.²³

La falta de prevención de las agresiones cometidas contra los defensores, así como la impunidad de aquellos delitos cometidos en su contra deriva en afectaciones de muy distinta índole. Los defensores tienen que dedicar parte de su tiempo a denunciar las agresiones o, en muchas ocasiones, son sujetos a mecanismos de criminalización en su contra.

La ColDH publicó en fecha reciente su informe sobre la criminalización de los defensores, donde se mencionan distintas conductas que pueden ser atribuidas tanto a servidores públicos como a particulares y que tienen por objeto inhibir su labor.

Por ejemplo, mediante el uso del derecho penal al imputar conductas delictivas que no existieron, pronunciamientos de servidores públicos que acusan a los defensores de conductas de manera previa a una decisión judicial, las trabas administrativas para recibir financiamiento extranjero para el desarrollo de sus actividades, la prohibición de defensa de temáticas como los derechos de las personas LGBTTTI o los derechos sexuales y reproductivos, la sujeción a procesos penales distorsionados con una duración irrazonable, detenciones arbitrarias, entre otras, las cuales tienen repercusiones físicas, familiares y sociales en las personas defensoras.²⁴

Como lo señaló el tribunal interamericano en el “*Caso Huilca Tecse vs. Perú*”, relacionado con el homicidio de un defensor de derechos humanos, las agresiones cometidas en contra de esas personas generan un efecto atemorizante sobre otras personas defensoras, ya que el temor causado frente a tal hecho podría disminuir directamente las posibilidades de que tales personas ejerzan su derecho a defender los derechos humanos a través de la denuncia.²⁵

Por todo lo anterior, un paso fundamental para proteger a los defensores es que las autoridades reconozcan su labor y realicen las diligencias necesarias para garantizar sus derechos desde el momento en que tienen conocimiento de que fueron víctimas de alguna amenaza en razón de sus labores cotidianas. La denuncia de cualquier tipo de agresión o amenaza en su contra debe merecer una investigación en forma inmediata y eficaz.²⁶

Tal como lo menciona la Recomendación General 25, muchos de estos aspectos fueron recogidos en el Informe Preliminar del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, en el que se recomendó al Estado mexicano, entre otras cuestiones, las siguientes:

²³ *Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de mayo de 2014, párr. 208.

²⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos*, 31 de diciembre de 2015.

²⁵ *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. Sentencia de 3 de marzo de 2005, párr. 78.

²⁶ *Informe sobre la situación de las defensoras y los defensores...*, op. cit., supra nota 13, párr. 339.

148.95 Fortalecer el sistema de justicia penal en el país para poder investigar de forma expedita y eficaz todos los presuntos casos de desapariciones forzadas, el uso desproporcionado de la fuerza, los ataques, amenazas y hostigamientos contra los defensores de derechos humanos, y garantizar que los responsables sean llevados ante la justicia y que las víctimas reciban reparación (Azerbaiyán);

148.125 Tomar todas las medidas necesarias para combatir la violencia y el acoso contra los defensores de derechos humanos y periodistas (Francia);

148.126 Adoptar medidas eficaces para prevenir todo tipo de violencia contra periodistas o defensores de derechos humanos (República de Corea);

148.127 Proseguir la labor realizada para reforzar las garantías legislativas e institucionales de los defensores de derechos humanos y periodistas que ejercen su derecho a la libertad de expresión y fortalecer la lucha contra la impunidad en este sentido (Eslovaquia);

148.136 Integrar la perspectiva de género al abordar los temas de impunidad y falta de seguridad de los periodistas y defensores de derechos humanos (Eslovenia).²⁷

Es por ello que en la última parte del documento se hacen recomendaciones generales, así como específicas a diversas autoridades federales, estatales y municipales, en las que, de acuerdo con las atribuciones de cada instancia, se solicita realizar una campaña pública sobre el reconocimiento y no estigmatización del trabajo de personas defensoras de derechos humanos, y para respetar sus derechos durante el ejercicio de sus actividades; y atender pronta y eficazmente las solicitudes de medidas cautelares dictadas por los organismos de protección de los derechos humanos en favor de las personas defensoras.

Asimismo, emitir una circular dirigida a los servidores públicos para que respeten los derechos de los integrantes de este grupo y abstenerse de hacer declaraciones que los estigmaticen; e impulsar la aprobación de leyes que prevean la creación de organismos locales tendentes a la protección de personas defensoras de derechos humanos.

Igualmente, que se capacite a los servidores públicos sobre el quehacer de este grupo; generar y priorizar políticas públicas de prevención de la violencia hacia defensores de derechos humanos; instruir a los servidores públicos para que les permitan el desarrollo de sus actividades; desarrollar y aplicar protocolos especiales en los que se considere la vulnerabilidad, situación de riesgo y contexto vinculado a su labor, y se practiquen diligencias tendentes a lograr la integración y determinación, conforme a derecho, de las averiguaciones previas en la materia.

De igual manera, que se haga efectivo el derecho a la verdad, así como instituir fiscalías o unidades especializadas en la persecución de delitos cometidos contra personas defensoras de derechos humanos, además de garantizar los recursos humanos y financieros para que la Coordinación Ejecutiva del Mecanismo para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas dé cabal cumplimiento a sus atribuciones, entre otros.

Estas y otras cuestiones son analizadas en la Recomendación General 25 de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que da cuenta de una si-

²⁷ 25 de octubre de 2013, pp. 20-23.

tuación que debe preocupar y ocupar a las autoridades de los tres órdenes de gobierno.

Reconocer que gracias al trabajo permanente de cientos de personas y organizaciones de la sociedad civil que trabajan de manera incansable en la difusión y protección de los derechos humanos de distintos colectivos en el país, y que en gran medida se deben a ellos muchos de los avances en materia de igualdad de género, de no discriminación a personas con discapacidad, del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en algunas entidades del país, y de temas muy diversos que han posicionado en la agenda pública, es parte fundamental para lograr un cambio en la mentalidad de la sociedad que derive en la protección de los defensores.

Si en algo puede ayudar la Recomendación General 25 en lograr este propósito, habrá logrado su cometido. Esperemos que así sea.

Hacia una garantía efectiva de los derechos de las víctimas. La reforma a la Ley General (2016-2017): balance y propuestas

Mónica M. Cruz Espinosa*

Aprobado para su publicación
el 25 de abril de 2017.

RESUMEN: Este artículo es una revisión crítica del proceso de reforma de la Ley General de Víctimas que tuvo lugar en el Congreso de la Unión durante 2016, y que culminó con la publicación del decreto modificatorio del 3 de enero de 2017, lo anterior partiendo de un análisis de la Ley a la luz de los estándares en la materia, de las preocupaciones y propuestas apuntadas por las víctimas y las organizaciones de la sociedad civil en relación con su implementación, y del contenido de las diversas iniciativas de reforma que se presentaron y discutieron, haciendo una valoración respecto a la idoneidad del contenido de las reformas finalmente adoptadas en enero de 2017, señalando los aspectos que no fueron atendidos y planteando algunas propuestas concretas para garantizar de manera efectiva los derechos de las víctimas.

ABSTRACT: *This article is a critical review of the reform process of the Victims' Rights Act that took place in the Congress during 2016, whose Amendment Order was issued on January 3, 2017. The analysis considers the standards on the matter, and the worries and proposals made by the victims and the non-governmental organizations related to its implementation, as well as the several amendment's bills that were presented and discussed through the process, mainly in the Senate. Finally, there is an assessment with regard to the suitability of the adjustments, pointing out the topics that were not solved and making some suggestions to guarantee in an effective way the rights of the victims.*

SUMARIO: Introducción. I. La evaluación de las víctimas. II. La Ley General de Víctimas: las reformas indispensables. 1. Sobre el reconocimiento de la calidad de víctimas. 2. La garantía efectiva de los derechos de las víctimas. 3. Integración de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas. III. Conclusiones y propuestas.

Introducción

La publicación, en enero de 2013, de la Ley General de Víctimas (en adelante, la Ley o la LGV)¹ representó un triunfo para las víctimas, así como para los distintos colectivos, organizaciones civiles, instituciones académicas y organismos internacionales de protección de derechos humanos,² que impulsaron su redac-

* Investigadora del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

¹ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 2013.

² Para una relatoría sobre los distintos espacios e insumos generados por los colectivos de víctimas, organizaciones civiles y academia, véase Ximena Antillón Najilis y Paulina Vega González, *Introducción*

ción y aprobación en el Congreso de la Unión, toda vez que no sólo hicieron evidente la necesidad de establecer el marco legal que garantizara sus derechos, sino que aportaron activamente en su construcción.³ Así lo reconoció en su momento la iniciativa de ley que, impulsada por legisladores de distintas fracciones partidistas, se presentó en abril de 2012 y que fue la base sobre la cual se gestó la legislación aprobada.⁴

Poco menos de dos años antes (junio de 2011) se había dado la más importante reforma constitucional en materia de derechos humanos, que había señalado expresamente que todas las personas gozan de los derechos contenidos en la Carta Magna como en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano es parte,⁵ que las normas de derechos humanos deben interpretarse de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales en la materia, favoreciendo en todo momento la mayor protección a las personas,⁶ y que todas sus autoridades tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar esos derechos, así como de prevenir, investigar, sancionar y *reparar* las violaciones a los mismos.⁷ Modificaciones con las cuales la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos finalmente se armonizaba con los principios y obligaciones que ya nos vinculaban desde el derecho internacional de los derechos humanos y ampliaba así su contenido material.⁸

En ese sentido, la publicación de esta Ley, reglamentaria del párrafo tercero del artículo 1o., así como de los artículos 17 y 20 constitucionales en materia de derechos de las víctimas de delitos, constituyó el siguiente paso en el rumbo de la materialización de la obligación del Estado de garantizar los derechos de las víctimas, y de reparar las violaciones de derechos humanos.⁹ Así entonces, en este instrumento se desarrollaron ampliamente los derechos que asisten a las personas afectadas por delitos y por violaciones a derechos humanos,¹⁰ se sentaron los principios y criterios para su garantía y se definió el andamiaje institucional para su realización.

a la *Ley General de Víctimas: una herramienta para las víctimas y sus representantes*. México, Fundar, Centro de Análisis e Investigación et al., 2014, pp. 18-27.

³ Alejandra Flores Ramos, *Análisis de la Ley General de Víctimas, en cuanto a la reparación integral del daño por violaciones a los derechos humanos*. México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Tesis para obtener el grado de Maestra en Derechos Humanos, 2014, p. 35.

⁴ Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley General de Víctimas, presentada por Senadores de diversos grupos parlamentarios, p. 2. *Diario de los Debates*, 17 de abril de 2012. Disponible en "DECRETO por el que se expide la Ley General de Víctimas (DOF 09-01-2013). Proceso Legislativo", http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/prog_leg/018_DOF_09ene13.pdf

No es que fuera la única iniciativa que se presentara y fuera materia de la discusión realizada en las comisiones dictaminadoras del Senado, pero sin duda aportó significativamente al documento que finalmente se aprobó por ambas Cámaras del Congreso, y gozó del apoyo de grupos de víctimas y de organizaciones civiles.

⁵ Artículo 1o. constitucional, primer párrafo.

⁶ Artículo 1o. constitucional, segundo párrafo.

⁷ Artículo 1o. constitucional, tercer párrafo.

⁸ Alejandro Ramelli Arteaga, "Los derechos fundamentales de las víctimas de las violaciones graves a los derechos humanos y el bloque de constitucionalidad en Colombia. Reflexiones a propósito de la reforma mexicana", *Colección Multidisciplinaria sobre Víctimas del Delito*. México, CNDH, 2012, vol. II, pp. 117-121.

⁹ Alejandra Negrete Morayta y Arturo Guerrero Zazueta, *El derecho de las víctimas de violaciones a derechos humanos a una reparación integral desde la perspectiva de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*. México, CNDH, 2015, pp. 16-20. (Colección sobre la Protección Constitucional de los Derechos Humanos)

¹⁰ X. Antillón Najilis y Paulina Vega González, *op. cit.*, supra nota 2, p. 35.

No obstante, en 2016, tres y medio años después de su entrada en vigor, las voces de las víctimas y de diversos actores sociales nuevamente se hicieron oír y detonaron un nuevo proceso de revisión de la citada Ley, a fin de dar solución a los obstáculos de carácter normativo y de implementación que habían impedido que ésta cumpliera su objetivo. Lo anterior, en el contexto de la reciente adición de la fracción XXIX-X al artículo 73 constitucional, que otorgó al Congreso de la Unión la facultad expresa para “expedir la ley general que establezca la concurrencia de la federación, las entidades federativas, los municipios y, en su caso, las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de derechos de las víctimas”,¹¹ con la que se cerró el debate respecto de si el Congreso de la Unión había aprobado la Ley en 2012 sin estar facultado para tal efecto, discusión que en realidad había sido ociosa, toda vez que la constitucionalidad del acto legislativo no fue combatida,¹² y que más bien sirvió para justificar la falta de voluntad de las autoridades locales para llevar a cabo la implementación ordenada por el Congreso.

Los pronunciamientos fueron diversos y vinieron acompañados de demandas concretas y propuestas, algunas de ellas con implicaciones en la configuración orgánica de la LGV, otras tenían que ver más bien con su reglamentación y operación, y se consideraron en este trabajo como expresiones legítimas de quienes, desde trincheras distintas, buscaron fortalecer el marco normativo e institucional de atención a las víctimas, señalando sus deficiencias y formulando propuestas.

Es importante advertir que tras su publicación en enero de 2013, la Ley había sido objeto de una importante reforma en mayo del mismo año,¹³ también impulsada por las víctimas y organizaciones de la sociedad civil,¹⁴ y que desde entonces se habían presentado diversas iniciativas en el Senado de la República para nuevas reformas, aunque fueron las presentadas durante 2016 las que postularon modificaciones de mayor calado,¹⁵ no sólo por el número de cambios sugeridos sino por tener como sustento los pobres resultados de su operación.

¹¹ Decreto por el que se adiciona la fracción XXIX-X al artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de julio de 2016.

¹² El entonces titular del Ejecutivo Federal, Felipe Calderón Hinojosa, interpuso una controversia constitucional contra la decisión del Congreso de ordenar la publicación de la Ley, sin admitir sus observaciones por considerarlas extemporáneas. Dicha controversia fue retirada por el Presidente Enrique Peña Nieto a fin de que se procediera a la publicación de la norma en el *Diario Oficial de la Federación*. Véase X. Antillón Najilis y Paulina Vega González, *op. cit.*, *supra* nota 2, p. 20.

¹³ La Ley publicada en enero de 2013 fue modificada por el Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 3 de mayo de 2013. Toda vez que no es propósito de este estudio hacer un recuento pormenorizado del proceso legislativo que llevó a la promulgación de la Ley ni a su primera reforma, sólo se hará mención de las disposiciones modificadas en tanto estén relacionadas con el propósito de este escrito, es decir, con la identificación de los puntos que debían ser materia del nuevo proceso legislativo revisor.

¹⁴ A. Flores Ramos, *op. cit.*, *supra* nota 3, p. 35; y X. Antillón Najilis y Paulina Vega González, *op. cit.*, *supra* nota 2, p. 20.

¹⁵ En la Gaceta del Senado de la República, en su portal electrónico, se pudieron identificar las siguientes iniciativas de reforma a la LGV presentadas por las y los Senadores: 1) Mariana Gómez del Campo, Fidel Demédis Hidalgo, Hilaria Domínguez Arvizu, Ismael Hernández Deras y Juan Carlos Romero Hicks, el 14 de septiembre de 2016; 2) Cristina Díaz Salazar, el 8 de septiembre de 2016; 3) Angélica de la Peña, Fernando Yunes Márquez, Laura Angélica Rojas Hernández, Armando Ríos Piter y Alejandro Encinas Rodríguez, el 8 de septiembre de 2016; 4) Luis Sánchez Jiménez, Angélica de la Peña Gómez y Armando Ríos Piter, el 14 de abril de 2016; 5) Mónica Arriola Gordillo, el 29 de septiembre de 2015; 6) Angélica de la Peña Gómez, el 12 de marzo de 2015; 7) Arely Gómez González, Ana Lilia Herrera Anzaldo, Blanca Alcalá Ruiz, Graciela Ortiz González y Marcela Guerra Castillo, el 19 de febrero de 2015; 8) Diva Hadamira Gastélum Bajo, el 27 de noviembre de 2014; 9) Adriana Dávila Fernández, el 9

El presente trabajo presenta una revisión crítica del proceso de reforma de la LGV que tuvo lugar en el Congreso de la Unión durante 2016, y que culminó con la publicación del decreto modificatorio del 3 de enero de 2017,¹⁶ lo anterior partiendo de un análisis del contenido de la Ley adoptada y modificada en 2013 a la luz de los estándares en la materia, de las preocupaciones, problemáticas y propuestas apuntadas por las víctimas y las organizaciones de la sociedad civil en relación con su implementación, y del contenido de las diversas iniciativas de reforma que se presentaron y discutieron, haciendo una valoración respecto de la idoneidad del contenido de las reformas finalmente adoptadas en enero de 2017, señalando los aspectos que no fueron atendidos y planteando algunas propuestas concretas para garantizar de manera efectiva los derechos de las víctimas.

I. La evaluación de las víctimas

El sentir de las víctimas se expresó en varios foros y documentos públicos y, pese a que no fue homogéneo en cuanto a sus exigencias y propuestas, sí fue coincidente en el diagnóstico respecto de que el modelo de atención plasmado en la Ley vigente desde 2013 no había dado los resultados que debería y que, aún más, se había traducido en nuevos escenarios de victimización para las personas a las que debería haber restituido en el ejercicio de sus derechos.

Frente a esta realidad se alzaron dos posturas divergentes en relación a cuál debería ser la forma de corregir el camino. Por un lado, una corriente integrada por un amplio colectivo de víctimas, organizaciones y especialistas en materia de derechos humanos, que impulsó propuestas encaminadas a preservar los principios y derechos contenidos en la LGV, fortaleciendo los mecanismos para su implementación.¹⁷

de septiembre de 2014; 10) Adriana Dávila Fernández, el 14 de octubre de 2014; 11) Sonia Mendoza Díaz y Adriana Dávila Fernández, el 2 de diciembre de 2013; y 12) Angélica de la Peña, Adriana Dávila Fernández y María Lucero Saldaña Pérez, el 5 de diciembre de 2013, disponibles en: <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=1&id=1991> (fecha de consulta: 30 de septiembre de 2016).

¹⁶ El 4 de noviembre de 2016, el pleno del Senado aprobó el Dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación, de Derechos Humanos, de Justicia, y de Estudios Legislativos, con proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Víctimas, disponible en http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/2/2016-11-04-1/assets/documentos/Dict_Gober_Ley_Victimas.pdf (fecha de consulta: 4 de noviembre de 2016); y su addendum, disponible en http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/2/2016-11-04-1/assets/documentos/Dic_Gober_Propuesta_Modificacion_Ley_de_Victimas_modificado.pdf (fecha de consulta: 4 de noviembre de 2016). El 14 de diciembre de ese año, el pleno de la Cámara de Diputados aprobó la minuta enviada por el Senado, sin modificaciones, por lo que el 3 de enero de 2017 el Ejecutivo Federal publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Víctimas.

¹⁷ Los planteamientos de este colectivo se pueden consultar en el documento: Movimiento por la Paz con Justicia y Dignidad (MPJD) *et al.*, "Reforma a la Ley de Víctimas, oportunidad para atender los reclamos de las víctimas", disponible para su consulta en <http://fundar.org.mx/reforma-a-la-ley-de-victimas-oportunidad-para-atender-los-reclamos-de-las-victimas/?ID=> (fecha de consulta: 18 de octubre de 2016); así como en I(DH)EAS Litigio Estratégico en Derechos Humanos *et al.*, "Relatoría del Conversatorio sobre Derechos de las víctimas en México: experiencias de víctimas y de organizaciones de la sociedad civil", que integró una serie de propuestas bajo los siguientes rubros: 1) Rediseño institucional; 2) Simplicidad de procedimientos; 3) Recursos suficientes y disponibles; 4) Enfoque diferencial; 5) Armonización Legislativa; 6) Cumplimiento de Recomendaciones Internacionales; 7) Reconocer a las víctimas de desplazamiento interno forzado; y 8) Mantener la vigencia de los derechos de las víctimas de violaciones a

Por otro lado, la Asociación Alto al Secuestro planteó la creación de un nuevo esquema de atención exclusivo para víctimas del delito, haciendo una diferenciación de éstas frente a las víctimas de violaciones a derechos humanos, en función de que dentro de esta segunda categoría puede haber personas que tengan calidad de imputadas o responsables de la comisión de algún delito.¹⁸

No es propósito de este trabajo hacer un estudio detallado de este planteamiento, baste enunciar dos razones por las que dicha propuesta no es procedente: primero, en la garantía de los derechos consagrados en la Constitución, los tratados internacionales y, en este caso, la LGV, no se puede hacer discriminación alguna en función de la calidad que una persona tenga en un proceso penal,¹⁹ en otras palabras, las personas imputadas, procesadas y condenadas no pierden sus derechos, entre ellos, el derecho a ser reparadas en caso de que los mismos hayan sido violentados, y segundo, en términos prácticos, dicha distinción no corresponde con la realidad, toda vez que dichas categorías no son excluyentes, y en ciertos casos, las víctimas de violaciones de derechos humanos también lo pueden ser de delitos, y las víctimas de delitos también lo pueden ser de violaciones a sus derechos humanos. Sin embargo, los cuestionamientos formulados por la Asociación Alto al Secuestro al sistema establecido en la LGV han sido considerados en este trabajo, en la medida en que contribuyeron a la identificación de las reformas necesarias para el fortalecimiento del mismo.

Las problemáticas enunciadas por las víctimas y que tuvieron origen en la configuración legal vigente hasta enero de 2017 giraron, principalmente, en torno a los obstáculos para que se les reconociera como tales; los procesos complicados y lentos para acceder a los derechos contenidos en la LGV; la urgencia de atender las necesidades de las personas que se han visto forzadas a desplazarse internamente; la necesidad de agilizar el otorgamiento de las medidas de ayuda inmediata; la falta de una asesoría jurídica de calidad; garantizar el acceso de todas las víctimas, independientemente de que correspondan al fuero federal o local, a los derechos contenidos en la Ley, y la necesidad de modificar la estructura orgánica de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas (en adelante, CEAV), para agilizar la toma de decisiones y permitir la participación de las víctimas y la sociedad civil en las mismas.

Varios de los cuestionamientos, sobre todo aquellos relativos a la dificultad de obtener el reconocimiento de la calidad de víctimas, que es el requisito indispensable para acceder a las medidas contenidas en la Ley, entre ellas, las de ayuda inmediata y la compensación económica, como parte de la reparación integral, se reflejan en el mínimo ejercicio de los recursos que forman parte del Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral. De acuerdo con la información sobre la situación financiera del Fondo, desde su creación y hasta el 30 de septiembre de 2016, sólo se habían ejercido 100.7 millones de pesos, de un to-

los derechos humanos. La relatoría del conversatorio, con sus conclusiones y propuestas está disponible para su consulta en http://www.idheas.org.mx/files/Relatori%CC%81a%20conversatorio%20vi%CC%81ctimas_final.pdf (fecha de consulta: 18 de octubre de 2016).

¹⁸ Al respecto, se puede consultar el discurso inaugural de la Señora Isabel Miranda de Wallace, en el Foro Internacional “Equidad para las víctimas en el debido proceso”, el 19 de julio de 2016, ocasión en la que entregó al Presidente de la República, la propuesta de Ley General de Víctimas del Delito, disponible en <http://altoalsecuestro.com.mx/wp-content/uploads/2016/07/DiscursoVictimas2016.pdf> (fecha de consulta: 20 de octubre de 2016).

¹⁹ Artículo 1o. constitucional, quinto párrafo.

tal de 1,581 millones de pesos, es decir, sólo se había ejercido el 6.37 %, de los cuales, 88.8 millones (5.6 %) habían sido destinados a compensaciones económicas y 9.6 millones (0.6 %) a reembolsos por conceptos de ayuda inmediata,²⁰ Lo recursos erogados se habían destinado a apoyar a 421 víctimas (274 con medidas de ayuda inmediata; 16 con compensación subsidiaria en relación con delitos del orden federal; 131 con compensación por violaciones a derechos humanos cometidas por autoridades del orden federal).²¹

Lo anterior, en un país que registraba una tasa de prevalencia delictiva de 28,202 casos por cada 100 mil habitantes, en 2015;²² de 81 hechos presuntamente violatorios de derechos humanos denunciados ante organismos públicos, por cada 100 mil habitantes, en 2014;²³ y de 30,942 personas extraviadas o desaparecidas, al cierre del primer mes de 2017 según el registro oficial,²⁴ es a todas luces evidencia de que el sistema ha operado de manera ineficiente y, aún peor, excluyente.

II. La Ley General de Víctimas: las reformas indispensables

1. Sobre el reconocimiento de la calidad de víctimas

Uno de los principales cuestionamientos a la LGV adoptada y modificada en 2013, fue el relativo al mecanismo establecido para el reconocimiento de la calidad de víctima. Particularmente, lo referente a la necesidad de que ésta cuente con una sentencia condenatoria en su favor, o bien, una Recomendación emitida por un organismo público de protección de derechos humanos, para poder solicitar su ingreso al Registro Nacional de Víctimas y así acceder a los derechos contenidos en la Ley.

Para analizar este punto es necesario recordar que la LGV define como víctima a aquella persona que directa o indirectamente ha sufrido daño o el menoscabo de sus derechos, de carácter económico, físico, emocional, mental o cualquier otro, como consecuencia de una violación de derechos humanos o de la comisión de un delito, y señala que dicha condición se adquiere a partir de la acreditación del daño o afectación de derechos, “con independencia de que se

²⁰ Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, *Situación financiera del Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral al 30 de septiembre de 2016*, información disponible en: <https://www.gob.mx/ceav/documentos/faari-2016> (fecha de consulta: 4 de noviembre de 2016).

²¹ Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, *Estadísticas de recursos otorgados a víctimas del orden federal (Informe al 3er. Trimestre de 2016)*, información disponible en: <https://www.gob.mx/ceav/documentos/faari-2016> (fecha de consulta: 4 de noviembre de 2016).

²² Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública 2016*, disponible en <http://www.beta.inegi.org.mx/temas/victimizacion/> (fecha de consulta: 28 de marzo de 2017).

²³ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Recopilación de información de los organismos públicos de protección y defensa de los derechos humanos en México 2014*, disponible en <http://www.beta.inegi.org.mx/temas/derechos/> (fecha de consulta: 4 de noviembre de 2016).

²⁴ Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o Desaparecidas, *Estadísticas del fuero federal al 31 de enero de 2017*, disponible en <http://secretariadoejecutivo.gob.mx/rnped/estadisticas-fuero-federal.php>; y *Estadísticas del fuero común al 31 de enero de 2017*, disponible en <http://secretaria-doejecutivo.gob.mx/rnped/estadisticas-fuero-comun.php> (fecha de consulta: 28 de marzo de 2017).

identifique, aprehenda, o condene al responsable del daño o de que la víctima participe en algún procedimiento judicial o administrativo”.²⁵

Dicha definición concuerda con los estándares internacionales definidos en la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*,²⁶ así como en los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*,²⁷ ambos documentos adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en los que se precisa que deben considerarse víctimas a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, como consecuencia de actos que violen la ley penal vigente o normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos, aunque no constituyan delitos y que, en el caso de que sí estén tipificados penalmente, no es necesaria la identificación, aprehensión o condena del responsable para que se les reconozca tal calidad; y en los *Lineamientos principales para una política integral de reparaciones* que, respecto del programa de reparaciones administrativas de Colombia, emitió la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en donde se puntualiza que el acceso a la reparación de las víctimas no puede sujetarse exclusivamente a la determinación de la responsabilidad penal de los victimarios, ni a la previa ejecución de sus bienes.²⁸

Aún más, la desvinculación de la calidad de víctima respecto de que ésta se encuentre participando en algún procedimiento judicial o administrativo, fue un rasgo progresivo de la LGV, al reconocer el hecho de que no todas las personas que son afectadas por algún delito o violación a derechos humanos acuden a denunciarlo ante las instancias competentes para su investigación. Así lo demuestran los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía respecto de la “cifra negra”, es decir, los “actos delictivos que no son reportados ante el Ministerio Público o que no son objeto de una averiguación previa y, por tanto, no figuran en ninguna estadística”, que para 2013 alcanzó un porcentaje de 89.6.²⁹ Desafortunadamente, no existe dicho cálculo en relación con las violaciones a derechos humanos que no son reportadas ante los organismos públicos de derechos humanos, las cuales pueden constituir actos delictivos o no, sin embargo, no es aventurado suponer que sería también significativo.

No obstante la definición antes descrita, la misma Ley estableció un mecanismo restrictivo para el reconocimiento de dicha calidad, al disponer que:

Artículo 110. El reconocimiento de la calidad de víctima, para efectos de esta Ley, se realiza por las determinaciones de cualquiera de las siguientes autoridades:

- I. El juzgador penal, mediante sentencia ejecutoriada;
- II. El juzgador penal o de paz que tiene conocimiento de la causa;

²⁵ Artículo 4o., párrafo cuarto.

²⁶ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

²⁷ Adoptados por la Asamblea General en su resolución 60/147, aprobada el 16 de diciembre de 2005.

²⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Lineamientos principales para una política integral de reparaciones*. Aprobados el 19 de febrero de 2008.

²⁹ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública 2016*, disponible en <http://www.beta.inegi.org.mx/app/glosario/default.html?p=envipe2016> (fecha de consulta: 17 de octubre de 2016).

III. El juzgador en materia de amparo, civil o familiar que tenga los elementos para acreditar que el sujeto es víctima;

IV. Los órganos jurisdiccionales internacionales de protección de derechos humanos a los que México les reconozca competencia, y

V. La Comisión Ejecutiva que podrá tomar en consideración las determinaciones de:

- a) El Ministerio Público;
- b) La autoridad responsable de la violación a los derechos humanos que le reconozca tal carácter;
- c) Los organismos públicos de protección de los derechos humanos, o
- d) Los organismos internacionales de protección de derechos humanos a los que México les reconozca competencia.

El reconocimiento de la calidad de víctima tendrá como efecto que la víctima pueda acceder a los recursos del Fondo y a la reparación integral de conformidad con lo previsto en la presente Ley y en el Reglamento.

La citada disposición era problemática y, en su aplicación, se tradujo en una negación del derecho de las víctimas a obtener reparación, como fue señalado de manera coincidente por aquéllas. En primer lugar, todos los supuestos enlistados en el artículo referido —con excepción, tal vez, del relativo al reconocimiento de la propia autoridad responsable de una violación de derechos humanos— implican que la víctima esté participando en un proceso judicial o administrativo, pues esto es requisito indispensable para que las autoridades judiciales, ministeriales o los organismos de protección de derechos humanos, nacionales o internacionales, emitan una resolución sobre el particular, por lo tanto, el procedimiento de reconocimiento excluye de entrada a las personas que, habiendo sufrido un daño o menoscabo en sus derechos, hayan decidido no acudir ante una autoridad competente a denunciarlo, o simplemente no hayan podido o sabido hacerlo.

Además, la citada disposición —hasta la reforma publicada el 3 de enero de 2017— también planteaba un tratamiento menos favorable para aquellas personas cuyos casos no hubieran sido del conocimiento de una autoridad jurisdiccional, ya sea en materia penal o de derechos humanos, pues si su situación sólo había sido conocida por el Ministerio Público o un organismo de protección no jurisdiccional de derechos humanos, nacional o internacional, la CEAV debía determinar si les reconocía o no la calidad de víctimas.

Dicha disposición, contenida en la fracción V, incisos a, c y d, del citado artículo implicaba un desconocimiento de las atribuciones constitucionalmente conferidas a los órganos encargados de investigar los delitos y las violaciones a derechos humanos, así como a la competencia de los organismos internacionales que ha sido reconocida por el Estado mexicano mediante el mecanismo convencional respectivo:³⁰

³⁰ Cabe mencionar que el artículo 110 -vigente hasta el 3 de enero de 2017- fue producto de la reforma que se hizo a la LGV en mayo de 2013. En la Ley publicada el 9 de enero de 2013, el reconocimiento de la calidad de víctimas era materia del artículo 113, en el que se establecía que la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas otorgaría tal calidad con apoyo en las determinaciones de las autoridades jurisdiccionales, el Ministerio Público, las comisiones de derechos humanos y los organismos internacionales de protección de derechos humanos a los que México hubiera reconocido competencia.

A. Respecto de las determinaciones de organismos no jurisdiccionales de protección de derechos humanos

Conforme con el artículo 102 constitucional, los organismos públicos de protección de derechos humanos son los facultados para conocer de quejas por presuntas violaciones a derechos humanos y, en caso de acreditarlas, para emitir recomendaciones a las autoridades responsables. Si bien el artículo mencionado no lo señala expresamente, el pronunciamiento de estos organismos respecto de la existencia de una violación de derechos humanos y la formulación de las recomendaciones correspondientes, implica un reconocimiento de la calidad de víctimas de las personas afectadas.

Lo mismo ocurre con las resoluciones de los organismos internacionales de derechos humanos de carácter no jurisdiccional, cuya facultad de investigación de presuntas violaciones a derechos humanos haya sido reconocida por el Estado mexicano mediante el mecanismo correspondiente. En este rubro se incluyen los órganos creados directamente por los tratados de derechos humanos a fin de supervisar su cumplimiento y a los cuáles el Estado mexicano haya reconocido de manera expresa la competencia de recibir comunicaciones individuales o de iniciar investigaciones oficiosas y emitir recomendaciones derivadas de un procedimiento no jurisdiccional,³¹ así como aquellos órganos cuyo mandato deriva de las obligaciones en materia de derechos humanos contraídas por aquél en otros instrumentos, y que ha dado origen a procedimientos de carácter no jurisdiccional o cuasi jurisdiccional de protección, como los denominados procedimientos especiales de la Organización de las Naciones Unidas.³²

Si bien, en la disposición original no se hacía distinción entre las determinaciones de los distintos órganos, sí se dejaba al arbitrio de la CEAV el estudio del caso a fin de resolver si se reconocía la condición de víctima.

³¹ En el sistema de la Organización de las Naciones Unidas existen nueve órganos creados por tratados de derechos humanos a fin de supervisar su cumplimiento y que pueden conocer de comunicaciones individuales respecto de violaciones a los derechos reconocidos en dichos tratados, cuando los Estados les reconocen de manera expresa esa competencia: Comité de Derechos Humanos (CCPR, por sus siglas en inglés); Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR); Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD); Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW); Comité contra la Tortura (CAT); Comité de los Derechos del Niño (CRC); Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW); Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (CRPD), y Comité contra las Desapariciones Forzadas (CED). México ha reconocido esta competencia a seis de ellos: CCPR, CERD, CEDAW, CAT, CMW y CRPD.

Seis de esos órganos también pueden iniciar investigaciones oficiosas en caso de recibir información fiable sobre patrones de violaciones a los derechos reconocidos en los tratados, cuando los Estados les han reconocido dicha competencia: CAT, CED, CEDAW, CESCR, CRC y CRPD. México ha formulado dicho reconocimiento respecto de CAT, CED, CEDAW y CRPD.

Véase Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "View the ratification status by country or by treat: Mexico", disponible en http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=112&Lang=EN (fecha de consulta: 22 de marzo de 2017).

³² Dichos procedimientos forman parte de los mecanismos establecidos en el marco de las atribuciones otorgadas al Consejo de Derechos Humanos por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, con base en los propósitos y principios de la Organización establecidos en su Carta, particularmente: fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal; y realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, así como en la responsabilidad de los Estados miembros de respetar los derechos humanos. Con ese sustento normativo, la Asamblea instruyó al Consejo para mantener el sis-

Mencionemos por ejemplo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que puede conocer de quejas por presuntas violaciones a derechos humanos cometidas por autoridades del Estado mexicano, en virtud de que éste es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,³³ y que puede emitir conclusiones y recomendaciones al Estado mexicano como resultado de su investigación, e incluso, decidir si somete el asunto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si considera que el Estado no ha tomado las medidas adecuadas. Tampoco el texto convencional lo precisa, pero si las conclusiones de la Comisión señalan que hubo una violación a derechos humanos, entonces hay un reconocimiento de la calidad de víctimas de las personas que vieron sus derechos vulnerados.

Por lo tanto, lo dispuesto en el artículo 110 de la LGV desconocía el valor de la determinación de dichos organismos, toda vez que abría la posibilidad de que la CEAV no reconociera la calidad de víctima de violaciones a derechos humanos a una persona que hubiera sido señalada como tal por un organismo constitucionalmente o convencionalmente competente.

B. Respetto de las determinaciones del Ministerio Público

En el caso de las víctimas de delitos, la LGV parte del supuesto de que la compensación económica de los daños causados corresponde al responsable de los mismos, por lo que en principio —señala— corresponde a la autoridad jurisdiccional velar por que se dé esa reparación.³⁴

No obstante, la Ley contempla la posibilidad de que esto no ocurra y de que sea necesario que el Estado asuma de manera subsidiaria la reparación del daño a las víctimas, esencialmente, cuando a) no haya sido posible la consignación de la persona presunta responsable ante la autoridad judicial —por se haya sustraído de la justicia o bien haya fallecido—, b) porque el Ministerio Público haya determinado no ejercer la acción penal con base en la aplicación de un criterio de oportunidad, o bien c) la persona sentenciada no haya podido satisfacer la reparación del daño a que se le hubiere condenado.³⁵

Es en los primeros dos supuestos, en los que cobran relevancia las determinaciones del Ministerio Público, a fin de que las víctimas puedan acceder a los derechos contemplados en la LGV. Es por ello, que el entonces vigente artículo 110 de la Ley dispusiera que las determinaciones en las que el Ministerio Público hiciera constar que no fue posible ejercer la acción penal porque no se pudo consignar ante la autoridad judicial a la persona presuntamente responsable o que resolvió aplicar un criterio de oportunidad, también se encontraban a con-

tema de procedimientos especiales que anteriormente dependía de la extinta Comisión de Derechos Humanos. Resolución A/RES/60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/502/69/PDF/N0550269.pdf?OpenElement>

³³ México se adhirió a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, el 24 de marzo de 1981.

³⁴ Artículo 66 de la LGV. Lo anterior con excepción de aquellos casos en los que se trate de delitos graves, en los que la víctima haya sido afectada su libertad, hubiere fallecido o bien, sufrido un deterioro incapacitante en su integridad física o mental. Para estos casos, el artículo 68 de la Ley contempla que siempre procederá la compensación subsidiaria por parte de la Federación o la entidad federativa correspondiente.

³⁵ Artículos 67 y 69.

sideración de la CEAV para efecto de reconocer la calidad de las personas afectadas, no sólo era un desconocimiento de las atribuciones conferidas a esa Representación Social en el artículo 21 constitucional,³⁶ sino que se traducía en una negación al derecho de aquéllas a obtener una reparación por el daño sufrido, en caso de que la CEAV resolviera que la determinación ministerial no justificaba el reconocimiento de esa calidad.

C. Respeto del reconocimiento que haga la autoridad responsable

Finalmente, el anterior artículo 110 también sujetaba a consideración de la CEAV los casos en los que la autoridad responsable de la violación de derechos humanos reconociera la calidad de las personas que se hubieran visto afectadas por su actuación u omisión, lo que representaba un procedimiento innecesario que podía traducirse en dilación o incluso restricción injustificada al derecho de las víctimas a obtener una reparación efectiva y rápida, toda vez que si la autoridad involucrada ya había reconocido el daño ocasionado a las víctimas, lo que restaba era efectuar la reparación de la manera más ágil posible, por lo que no se entendía sobre qué debía versar la consideración que al respecto hubiera

³⁶ Conforme con el artículo 21 constitucional, el ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público, quien también podrá abstenerse de ejercerla con base en criterios de oportunidad en los términos de la ley adjetiva. El artículo 256 del Código Nacional de Procedimientos Penales enumera dichos criterios y señala que el Ministerio Público podrá aplicarlos siempre que, en su caso, se hayan reparado o garantizado la reparación del daño a las víctimas:

"256. Casos en que operan los criterios de oportunidad

Iniciada la investigación y previo análisis objetivo de los datos que consten en la misma, conforme a las disposiciones normativas de cada Procuraduría, el Ministerio Público, podrá abstenerse de ejercer la acción penal con base en la aplicación de criterios de oportunidad, siempre que, en su caso, se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido.

La aplicación de los criterios de oportunidad será procedente en cualquiera de los siguientes supuestos:

I. Se trate de un delito que no tenga pena privativa de libertad, tenga pena alternativa o tenga pena privativa de libertad cuya punibilidad máxima sea de cinco años de prisión, siempre que el delito no se haya cometido con violencia;

II. Se trate de delitos de contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas o de delitos culposos, siempre que el imputado no hubiere actuado en estado de ebriedad, bajo el influjo de narcóticos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares;

III. Cuando el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho delictivo un daño físico o psicoemocional grave, o cuando el imputado haya contraído una enfermedad terminal que torne notoriamente innecesaria o desproporcional la aplicación de una pena;

IV. La pena o medida de seguridad que pudiera imponerse por el hecho delictivo que carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta o a la que podría imponerse por otro delito por el que esté siendo procesado con independencia del fuero;

V. Cuando el imputado aporte información esencial y eficaz para la persecución de un delito más grave del que se le imputa, y se comprometa a comparecer en juicio;

VI. Cuando, a razón de las causas o circunstancias que rodean la comisión de la conducta punible, resulte desproporcionada o irrazonable la persecución penal.

VII. Se deroga.

No podrá aplicarse el criterio de oportunidad en los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, de violencia familiar ni en los casos de delitos fiscales o aquellos que afecten gravemente el interés público.

El Ministerio Público aplicará los criterios de oportunidad sobre la base de razones objetivas y sin discriminación, valorando las circunstancias especiales en cada caso, de conformidad con lo dispuesto en el presente Código así como en los criterios generales que al efecto emita el Procurador o equivalente.

La aplicación de los criterios de oportunidad podrán ordenarse en cualquier momento y hasta antes de que se dicte el auto de apertura a juicio.

La aplicación de los criterios de oportunidad deberá ser autorizada por el Procurador o por el servidor público en quien se delegue esta facultad, en términos de la normatividad aplicable."

podido hacer la CEAV y, sobre todo, que existiera la posibilidad de que determinara no reconocer tal calidad y con ello impedir el acceso de las víctimas a los derechos reconocidos por la LGV. Lo anterior por supuesto no debe entenderse en el sentido de eximir a la autoridad que reconoce la calidad de víctimas de las responsabilidades derivadas de la investigación de los hechos por la o las autoridades competentes.

Lo dispuesto en el entonces vigente artículo 110, aunado a una aplicación del mismo alejada del principio *pro persona* por parte de la CEAV, dio como resultado que no fuera sino hasta fecha muy reciente que el pleno de la misma aprobara –por primera vez y en una denominada “resolución histórica”– el acceso a los recursos del Fondo, incluyendo la compensación como parte de la reparación integral, a víctimas sin la emisión de una sentencia judicial o una declaratoria de víctima emitida por la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH).³⁷ En una resolución posterior, la Comisión Ejecutiva aprobó la compensación económica a una víctima del delito, que tampoco contaba con sentencia judicial o declaratoria de víctima por la CNDH, “aun cuando el probable responsable del hecho delictivo falleció durante los hechos”, pues el pleno de Comisionados –se informó– hizo “un ejercicio jurídico de ponderación entre el derecho a la reparación del daño –previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la Convención Americana de los Derechos Humanos– y el hecho de que el responsable del delito haya muerto”.³⁸ Contrariamente a lo señalado por la CEAV, la Ley desde 2013 prevé expresamente este supuesto (el fallecimiento del responsable del delito) y faculta a la Comisión Ejecutiva a determinar una compensación subsidiaria,³⁹ por lo que su inobservancia resultaría en un acto ilegal.

Por lo anterior, era claro que una de las reformas impostergables a la Ley General de Víctimas era la modificación del artículo 110. En las iniciativas de reforma presentadas por integrantes del Senado, sólo una de ellas⁴⁰ abordó la cuestión relativa al reconocimiento de calidad de víctimas, reafirmando que ésta se adquiriría a partir de la violación o menoscabo de derechos, y proponiendo un sistema diferenciado en el que éstas podrían acceder a las medidas de ayuda inmediata, transporte, alojamiento, alimentación y asesoría jurídica sin mayor requisito que el conocimiento por las autoridades del hecho victimizante; a las medidas de asistencia una vez que fueran incorporadas al Registro Nacional de Víctimas; y a la reparación integral del daño a partir de la determinación de una autoridad judicial, ministerial o de organismo público de derechos humanos. Sin embargo, en dicha iniciativa, en el rubro relativo a la reparación, se mantenía el tratamiento menos favorable para las víctimas que no contaran con una resolu-

³⁷ Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, “Inicia CEAV uso del Fondo de Ayuda Asistencia y Reparación Integral, sin sentencia ni declaratoria de víctima”, comunicado de prensa B 071/2016 de 24 de octubre de 2016, disponible en <http://www.gob.mx/ceav/prensa/inicia-ceav-uso-del-fondo-de-ayuda-asistencia-y-reparacion-integral-sin-sentencia-ni-declaratoria-de-victima?idiom=es> (fecha de consulta: 4 de noviembre de 2016).

³⁸ Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, “CEAV acuerda reparación de víctima de los hechos de Tlatlaya”, comunicado de prensa B 073/2016 de 25 de octubre de 2016, disponible en <http://www.gob.mx/ceav/prensa/ceav-acuerda-reparacion-de-victima-de-los-hechos-de-tlatlaya?idiom=es> (fecha de consulta: 4 de noviembre de 2016).

³⁹ Artículo 67 inciso a.

⁴⁰ Iniciativa presentada por los Senadores Luis Sánchez Jiménez, Angélica de la Peña Gómez y Armando Ríos Piter, el 14 de abril de 2016.

ción judicial, pues se planteaba que sus casos quedaban sujetos a la consideración que respecto de las resoluciones de los organismos no jurisdiccionales hiciera la CEAV.

En las observaciones que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos hizo llegar al Senado de la República⁴¹ solicitó que se modificara el citado artículo a fin de que se diera el mismo tratamiento a las resoluciones de los organismos de protección de derechos humanos no jurisdiccionales, nacionales e internacionales, del Ministerio Público, y al reconocimiento de la autoridad responsable de violaciones de derechos humanos, respecto del que se da a las resoluciones de carácter jurisdiccional, para efectos del reconocimiento de la calidad de víctimas.

Asimismo, que se incluyera un mecanismo conforme con el cual la CEAV pudiera reconocer tal calidad a personas respecto de las cuales sea posible acreditar el daño sufrido, a pesar de que ninguna autoridad haya emitido resolución alguna. La introducción de dicho mecanismo no sólo permitiría que pudieran tener acceso a los derechos contenidos en la Ley las víctimas que aún no obtienen una determinación de la autoridad administrativa o jurisdiccional que esté conociendo de su caso, lo que puede tomar en ocasiones demasiado tiempo, o bien, aquellas personas que se encuentran en una situación que requiera la atención urgente del Estado, independientemente de que ésta haya sido causada por la acción u omisión de éste, toda vez que —en caso de no darse tal atención de manera oportuna y adecuada— el Estado incumpliría sus obligaciones en materia de derechos humanos, por ejemplo, en el caso de las personas forzadas a desplazarse internamente. Al respecto, cabe apuntar lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

En razón de la complejidad del fenómeno del desplazamiento interno y de la amplia gama de derechos humanos que afecta o pone en riesgo, y en atención a las circunstancias de especial vulnerabilidad e indefensión en que generalmente se encuentran los desplazados, su situación puede ser entendida como una condición *de facto* de desprotección. En los términos de la Convención Americana, dicha situación obliga a los Estados a otorgar un trato preferente a su favor y a adoptar medidas de carácter positivo para revertir los efectos de su referida condición de debilidad, vulnerabilidad e indefensión, incluso *vis-à-vis* actuaciones y prácticas de terceros particulares.⁴²

En el mismo sentido se pronunció la CNDH respecto de las personas que han sido víctimas de desplazamiento forzado interno,⁴³ en su *Informe Especial sobre Desplazamiento Forzado Interno (DFI) en México*, en el que propuso al Congreso de la Unión: “Revisar la LGV con el fin de eliminar las restricciones que tienen

⁴¹ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, “Reforma a la Ley General de Víctimas”. Documento de comentarios, sugerencias y observaciones remitidas a las Senadoras y Senadores que presiden las Comisiones Unidas de Gobernación; Derechos Humanos; Justicia; y de Estudios Legislativos del H. Senado de la República, mediante oficio de fecha 23 de septiembre de 2016.

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *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, párr. 210.

⁴³ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Informe Especial sobre Desplazamiento Forzado Interno (DFI) en México*, párr. 540, p. 190.

las personas víctimas de DFI para ser reconocidas como tales por parte de órganos del Estado, con objeto de acceder a los beneficios que la Ley prevé para su protección y reparación integral del daño”.⁴⁴ Lo anterior debido a que la CNDH constató que –pese a que la CEAV reconocía que el desplazamiento forzado interno constituía una violación a derechos humanos, que genera que la población víctima del mismo pueda serlo de otras violaciones o de delitos–⁴⁵ el mecanismo establecido en la Ley para el reconocimiento de la calidad de víctimas, restringía su acceso a las medidas previstas en la Ley.⁴⁶

En atención a esta situación, dos iniciativas⁴⁷ de reforma a la LGV habían propuesto la inclusión del desplazamiento forzado interno como un hecho victimizante autónomo, respecto de otras violaciones de derechos humanos y de los hechos delictivos, con el correspondiente reconocimiento de las víctimas de este fenómeno, a fin de que se eliminaran los obstáculos para que accedieran a las medidas de ayuda y asistencia previstas en la Ley; sin embargo, el Dictamen de reformas aprobado por el Senado de la República, pese a que reconoció el fenómeno en su motivación,⁴⁸ no hizo un reconocimiento expreso y autónomo de las víctimas del mismo, sólo incorporó adiciones a algunas disposiciones de la Ley a fin de que las autoridades competentes tomaran en cuenta las necesidades particulares de la población víctima de desplazamiento interno, en la implementación de las medidas materia de la Ley,⁴⁹ por lo que quedó pendiente el tema relativo a cómo se realizará el reconocimiento de estas personas para los efectos dispuestos en la misma.

Por otro lado, el citado Dictamen adoptó la propuesta para modificar el artículo 110 de la Ley, a fin de establecer que para efectos del reconocimiento de la calidad de víctimas, serían consideradas en igualdad de circunstancias las resoluciones emitidas por autoridad jurisdiccional, nacional o internacional, por los organismos públicos de protección de derechos humanos, nacionales e internacionales, por la autoridad ministerial, por la autoridad responsable de la violación de derechos humanos y por la CEAV.

Una vez que esta modificación legislativa fue sancionada por la Cámara de Diputados en su calidad de cámara revisora y publicada por el Ejecutivo Federal, será esencial que se adecuen todos los procedimientos pertinentes para asegurar el acceso efectivo y oportuno de las víctimas a las medidas contempladas en el Ley, particularmente, el relativo al reconocimiento de tal calidad por determinación de la CEAV, para garantizar la atención de todas las víctimas, incluidas las de desplazamiento forzado interno, a partir de la acreditación del daño o menoscabo de derechos, independientemente de que cuenten o no con una

⁴⁴ *Ibid.*, p. 196.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 125.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 168-171.

⁴⁷ Las presentadas por la Senadora Mónica Arriola Gordillo, el 29 de septiembre de 2015, y aquella formulada por los Senadores Luis Sánchez Jiménez, Angélica de la Peña Gómez y Armando Ríos Piter, el 14 de abril de 2016.

⁴⁸ Dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación, de Derechos Humanos, de Justicia, y de Estudios Legislativos, con proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Víctimas, *op. cit.*, *supra* nota 16, pp. 71-74.

⁴⁹ Artículos 7 fracción XXI; 8 segundo párrafo; 28 segundo párrafo; 38; 45; 47; y 79 último párrafo, en el Dictamen antes citado.

resolución judicial, ministerial, de organismo público de derechos humanos, o de otra autoridad competente.

2. La garantía efectiva de los derechos de las víctimas

Varios aspectos fueron señalados por las víctimas en relación con obstáculos o dificultades para acceder a los derechos y medidas contenidas en la LGV de manera oportuna y efectiva, particularmente, los trámites excesivos y lentos para obtener medidas de ayuda inmediata o reembolsos cuando las personas afectadas han realizado gastos para hacer frente a las necesidades de carácter urgente (traslados, gastos funerarios, repatriación de restos, alojamiento y alimentación, y atención médica y psicológica de emergencia); la necesidad de que la asesoría jurídica que se les proporcione sea de calidad; que se asegure la posibilidad de contar con peritajes independientes; que se les garantice una reparación efectiva e integral, a partir de sus necesidades y con su participación; y que exista coordinación entre las comisiones estatales y la Comisión Ejecutiva y entre las distintas instancias que integran el Sistema Nacional de Atención a Víctimas.⁵⁰

Al respecto, es importante destacar que las iniciativas de reforma presentadas en 2016 formularon varias propuestas encaminadas a atender estos señalamientos, y que también fueron materia de las observaciones que la CNDH hizo llegar al Senado de la República. El Dictamen aprobado por el Senado de la República, y después convalidado por la Cámara de Diputados, recogió e integró buena parte de esas propuestas que, a partir del día siguiente a su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, forman parte de la norma vigente, y dejó otras de lado que son necesarias para el fortalecimiento del sistema de atención a víctimas, como a continuación se expondrá.

A. Acceso efectivo y oportuno a las medidas de ayuda, atención y asistencia

En cuanto a garantizar el acceso a las medidas de ayuda, atención y asistencia de manera oportuna y efectiva, el Dictamen aprobado en el Senado recogió e integró varias de estas propuestas, entre las que destacan:

a) La obligación de las entidades federativas de constituir sus propios fondos de ayuda, asistencia y reparación.⁵¹ Cabe anotar que la Ley disponía desde 2013 la obligación de las entidades federativas de establecer sus propias comisiones de atención a víctimas,⁵² pero no así respecto del fondo.

b) La creación de los recursos de ayuda, destinados a cubrir los gastos de ayuda inmediata, ayuda, asistencia, atención y rehabilitación con cargo a los fondos,⁵³ y el establecimiento del derecho de las víctimas a recibir ayuda provisional proveniente de tales recursos.⁵⁴

c) La disposición de que las víctimas podrán requerir que las medidas de ayuda inmediata, ayuda, asistencia, atención y rehabilitación le sean proporcio-

⁵⁰ I(DH)EAS Litigio Estratégico en Derechos Humanos *et al.*, *op. cit.*, *supra* nota 17, p. 18.

⁵¹ Artículo 6o fracción IX.

⁵² Artículo 79.

⁵³ Artículo 6o fracción XV.

⁵⁴ Artículo 7o fracción XXX.

nadas por una instancia, pública o privada, distinta a la o las involucradas en el hecho victimizante; que, en caso necesario, las comisiones deberán brindar dichas medidas con cargo a los recursos de ayuda; que cuando las instituciones públicas no cuenten con la capacidad para otorgar la atención requerida por las víctimas, las comisiones podrán autorizar que éstas acudan a instancias privadas con cargo al fondo correspondiente, incluso proporcionando los recursos necesarios y requiriendo la comprobación de gastos dentro de los 30 días posteriores, y que en caso de que la comisión estatal no cuente con los recursos para proporcionar las medidas de ayuda inmediata, podrá requerir a la CEAV que los cubra, comprometiéndose a reintegrar los recursos con posterioridad.⁵⁵

d) La obligación de cubrir los gastos funerarios y otros relacionados, con cargo a los recursos de ayuda, siempre que la muerte de la víctima sea consecuencia del hecho victimizante.⁵⁶

e) La prohibición, para las instituciones públicas, en cualquier nivel de gobierno, de negar la asistencia y atención médica, psicológica, psiquiátrica y odontológica a las víctimas, por no formar parte del padrón de derechohabientes.⁵⁷

f) En relación con las medidas de transportación se incorporaron otros supuestos en los que las autoridades de los distintos niveles de gobierno deberán cubrir los gastos asociados al traslado, alimentación y hospedaje de las víctimas, cuando éstas deban trasladarse para: formular denuncia o querrela; desahogar diligencias o comparecencias ante cualquier autoridad, en relación con el hecho victimizante; solicitar medidas de seguridad y protección; recibir atención especializada o tratamiento. A fin de garantizar el acceso a estas medidas, se estableció la obligación de la Comisión Ejecutiva de cubrir estos gastos, cuando las comisiones locales no lo hayan hecho, requiriéndoles posteriormente a éstas el reintegro de los recursos erogados.⁵⁸ Asimismo, se aclaró que cuando estos gastos se hayan cubierto a través de los recursos de ayuda, no se incluirán en la determinación de la compensación.⁵⁹

B. Justificación de ausencias laborales y escolares

Otro de los puntos atendidos en el Dictamen aprobado en el Senado fue el relativo a la justificación de las ausencias laborales y escolares de las víctimas cuando tuvieran que comparecer ante alguna autoridad jurisdiccional, ministerial, organismo protector de derechos humanos, pericial o cualquier otra.⁶⁰ Este punto, que si bien no había sido considerado por ninguna de las iniciativas de reforma de las y los Senadores, es de extrema importancia para las víctimas y sus familiares, quienes habían manifestado que en algunos casos han sido despedidas de sus trabajos debido a las ausencias para realizar trámites y diligencias.⁶¹ Si bien este derecho ya estaba incluido en la Ley antes de la reforma publicada el 3 de enero de 2017,⁶² estaba reconocido sólo a las víctimas en los procesos pe-

⁵⁵ Artículo 8o.

⁵⁶ Artículo 31.

⁵⁷ Artículo 34.

⁵⁸ Artículo 39 Bis.

⁵⁹ Artículo 64.

⁶⁰ Artículo 7o fracción XXXIV.

⁶¹ I(DH)EAS Litigio Estratégico en Derechos Humanos *et al.*, *op. cit.*, *supra* nota 17, p. 10.

⁶² Artículo 16.

nales, lo que dejaba a las de violaciones de derechos humanos en una situación de vulnerabilidad para afrontar su búsqueda de verdad, justicia y reparación. Es importante anotar que fue la CNDH, en las observaciones que hizo llegar al órgano legislativo, la que planteó la necesidad de que el derecho contenido en el artículo 16, en relación con los derechos de las víctimas en los procesos penales, fuera contemplado en el artículo 7o., que contiene los derechos –en lo general– de las víctimas.

C. Peritajes independientes, indispensables para acceder a los derechos a la verdad y la justicia

La posibilidad de solicitar la intervención de peritos y expertos independientes, nacionales e internacionales, con cargo a los fondos de ayuda, asistencia y reparación, fue una exigencia concreta de los colectivos de víctimas y de organizaciones civiles, a fin de garantizar el acceso efectivo al derecho a la verdad y la justicia.⁶³ Sólo una de las iniciativas presentadas en el Senado incorporó el tema, proponiendo que en el artículo 23 –relativo a la posibilidad de que organizaciones civiles puedan aportar sus propias investigaciones a fin de contribuir al esclarecimiento de la verdad– se incluyera la posibilidad de que se realizaran peritajes independientes, con cargo a los fondos de las comisiones.⁶⁴

La Ley entonces vigente ya incluía en el artículo 12, relativo a los derechos de las víctimas en el proceso penal, el derecho de éstas a solicitar la intervención de expertos independientes, a fin de que coadyuvaran con las autoridades competentes en la investigación y realización de peritajes y, en su caso, formularan observaciones. Sin embargo, esta posibilidad sólo estaba prevista para los casos que implicaran violaciones graves de derechos humanos⁶⁵ y no señalaba expresamente quién debía cubrir los costos de tal intervención.

Por otro lado, en el artículo 21, en relación con las personas desaparecidas, se contemplaba la posibilidad de que las víctimas indirectas designaran peritos independientes, para que contribuyeran con la práctica de la exhumación e identificación de cuerpos.⁶⁶ No obstante, tampoco se refería quién habría de cubrir sus costos.

El Dictamen aprobado por el Senado –coincidiendo con el planteamiento de que, en ciertos casos, la intervención de peritos y expertos independientes es necesaria para hacer realidad el derecho de las víctimas a la verdad y la justicia– recogió esta demanda en los capítulos sobre sus derechos en el proceso penal, y sobre el derecho a la verdad, incluyendo la posibilidad de que la Comisión Ejecutiva o las comisiones de las entidades federativas cubran los costos de contratación de los expertos y peritos independientes, con cargo a sus fondos, en los siguientes supuestos: investigación de violaciones graves de derechos

⁶³ Movimiento por la Paz con Justicia y Dignidad (MPJD) *et al.*, *op. cit.*, *supra* nota 17, p. 3.

⁶⁴ Iniciativa presentada por la y los Senadores Angélica de la Peña Gómez, Luis Sánchez Jiménez y Armando Ríos Piter, el 14 de abril de 2016.

⁶⁵ Artículo 12, fracción XIII.

⁶⁶ Artículo 21, cuarto párrafo.

humanos;⁶⁷ práctica de exámenes periciales para las víctimas,⁶⁸ y exhumación e identificación de cuerpos humanos.⁶⁹

Al respecto, conviene advertir que la gravedad de los hechos violatorios de derechos humanos debe ser un factor a considerar fundamentalmente para determinar las sanciones para las personas responsables, y las medidas de reparación para las víctimas, pero no para construir una distinción entre éstas (de violaciones graves y no graves), injustificada a todas luces, respecto de su derecho a conocer la verdad y acceder a la justicia, por lo que ha sido un desacierto que no se eliminara dicha restricción en este proceso de revisión y deberá subsanarse en la primera oportunidad.

Por otro lado, en todos los casos, la contratación de peritos y expertos internacionales se supeditó a la inexistencia de personal nacional capacitado en la materia, lo que puede constituir otra restricción indebida a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral, sobre todo cuando la satisfacción de la víctima depende de la certeza que le genere el resultado de las investigaciones y los procesos judiciales nacionales, la cual puede ser cuestionada, por ejemplo, en aquellos casos en los que el personal nacional capacitado está adscrito a una de las instituciones involucradas en los hechos victimizantes.⁷⁰

Es importante tener en cuenta que el esclarecimiento de la verdad no sólo permite sancionar a los responsables, sino que es uno de los elementos para que las víctimas sean reparadas de manera plena y efectiva, pues constituye una medida de *satisfacción*.⁷¹ En ciertos casos, la necesidad de acudir a expertos internacionales es originada por la pérdida de confianza de aquéllas en las autoridades e instancias nacionales, por lo que su derecho a la verdad y la justicia, y por ende a la reparación del daño, como un todo indisoluble,⁷² no podrá ser satisfecho si se restringe *a priori* la posibilidad de contar con la intervención de especialistas externos, o si su participación depende de que cuenten con los recursos necesarios para cubrir los gastos derivados de la misma.

D. Reparación del daño

En este rubro los planteamientos de las víctimas también fueron diversos: las medidas de reparación carecen de un enfoque integral y transformador; falta de capacitación de las y los servidores públicos en la materia; la determinación de la reparación no se hace con participación de las víctimas; los programas socia-

⁶⁷ Artículo 12, fracción XIII.

⁶⁸ Artículo 15.

⁶⁹ Artículo 21.

⁷⁰ No sobra mencionar que una de las recomendaciones recurrentes al Estado mexicano en relación con procuración y administración de justicia, ha sido la necesidad de contar con servicios periciales independientes. Véase por ejemplo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes, *Informe Ayotzinapa. Investigación y primeras conclusiones de las desapariciones y homicidios de los normalistas de Ayotzinapa*, 2015, p. 358, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/actividades/giei/GIEI-InformeAyotzinapa1.pdf>

⁷¹ Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, *op. cit.*, principio 22.

⁷² A. Ramelli Arteaga, *op. cit.*, *supra* nota 8. pp. 125-127.

les no permiten que los bienes y servicios públicos brindados cumplan con los objetivos de la reparación integral, principalmente.⁷³

Al respecto, el Decreto publicado incorporó las siguientes modificaciones:

a) La posibilidad de que las medidas de reparación sean cubiertas con cargo a los fondos correspondientes,⁷⁴ a fin de garantizar la efectiva reparación del daño.

b) La posibilidad de que la Comisión Ejecutiva cubra la compensación subsidiaria a las víctimas de delito del fuero común, cuando la comisión estatal correspondiente lo solicite, comprometiéndose a reintegrar posteriormente esos recursos.⁷⁵

c) La posibilidad de que las víctimas de delitos del fuero común o de violaciones a derechos humanos, del ámbito local, puedan acudir a la Comisión Ejecutiva cuando hubieren transcurrido más de 30 días sin que la comisión local correspondiente hubiere dado respuesta a su solicitud, lo hubiere hecho de manera deficiente o hubiere negado la atención. Asimismo, la obligación de la Comisión Ejecutiva y de las comisiones de víctimas locales, cuando proceda, de garantizar el registro, atención y reparación de las víctimas de desplazamiento interno, cuando éstas se encuentren fuera de su entidad de origen.⁷⁶

d) La atribución del Comité Interdisciplinario Evaluador de formular el dictamen sobre las medidas de reparación para cada caso,⁷⁷ el cual deberá ser aprobado por la persona titular de la Comisión Ejecutiva, con la asesoría de la Asamblea Consultiva,⁷⁸ constituida por representantes de colectivos de víctimas, organizaciones de la sociedad civil y personas expertas.

La integración de dicho Comité con personal debidamente capacitado en materia de reparaciones, con base en los estándares contenidos en la Ley, así como el establecimiento de protocolos y procedimientos adecuados, que garanticen la participación de las víctimas y sus representantes, será crucial para que las medidas de reparación realmente respondan a las necesidades de aquéllas, sean integrales y tengan un efecto transformador y preventivo de nuevos hechos victimizantes.⁷⁹

Particular importancia tiene la adición del artículo 88 Bis en la LGV, pues establece los supuestos en los que la Comisión Ejecutiva podrá ayudar, asistir, atender y, en su caso, compensar de manera subsidiaria, a víctimas de delitos del fuero común o de violaciones de derechos humanos del ámbito local. Dichos supuestos son:

a) Cuando en la entidad federativa correspondiente no se haya constituido el fondo correspondiente, o bien, éste carezca de recursos.

⁷³ I(DH)EAS Litigio Estratégico en Derechos Humanos *et al.*, *op. cit.*, *supra* nota 17, pp. 13-16.

⁷⁴ Artículo 27.

⁷⁵ Artículo 68.

⁷⁶ Artículo 79.

⁷⁷ Artículo 93 fracción II.

⁷⁸ Artículo 84 y 95 fracción XIII.

⁷⁹ Conviene tener en cuenta que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en relación con el programa de reparaciones administrativas de Colombia, afirmó que consideraba que los procedimientos de implementación debían respetar los derechos y garantías establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana para las víctimas, es decir, la garantía de audiencia, de representación legal, de ser debidamente notificadas, de contar con una decisión fundada, a la publicidad de la actuación administrativa, al plazo razonable y a la revisión judicial de las decisiones administrativas. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párr. 9 y 10, pp. 3 y 4.

Sobre este supuesto, conviene mencionar que en una de las iniciativas que impulsó la adición del artículo 88 Bis, así como en las observaciones de la CNDH, se planteaba que también se incluyera el supuesto de que no existiera comisión de víctimas en la entidad federativa respectiva, considerando que, pese a que el Decreto por el cual se publicó la Ley General de Víctimas en enero de 2013, dio un plazo de 180 días para que los congresos estatales armonizaran su legislación, y por ende, constituyeran las comisiones de víctimas locales, al momento de la discusión en las Comisiones Unidas del Senado en 2016, sólo 11 entidades federativas lo habían realizado y únicamente seis cumplían con lo dispuesto en la Ley.⁸⁰ Lo anterior aunado a que los Lineamientos para el funcionamiento del Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral, aprobados por la Comisión Ejecutiva, sólo previeron el acceso al mismo para víctimas del ámbito local hasta mayo de 2016, en relación con las medidas de ayuda, asistencia y atención.⁸¹ reservando el otorgamiento de la compensación económica para las víctimas del ámbito federal.

Ambos factores, el incumplimiento de las entidades federativas para armonizar su legislación y constituir sus comisiones de atención, así como el carácter restrictivo de los criterios de implementación de la Ley asumidos por la CEAV provocaron un escenario en el que las víctimas de las entidades federativas en las que no existe comisión local, han estado impedidas de acceder plenamente a los derechos materia de la Ley.

Ahora bien, en la reforma publicada el 3 de enero de 2017 se optó por no incluir este supuesto en este nuevo artículo, incorporando –en su lugar– en el régimen transitorio la obligación de las entidades federativas de establecer sus comisiones de atención en un plazo máximo de 90 días,⁸² así como la disposición de que, en tanto se establezca la comisión local, la Secretaría de Gobierno de cada entidad deberá asumir las obligaciones que la Ley asigna a dicha instancia.⁸³

Este régimen transitorio si bien tiene la ventaja, respecto del establecido en 2013, de asignar las responsabilidades del cumplimiento de la Ley a una autoridad establecida, no repara en que las Secretarías de Gobierno de las entidades federativas tendrán que improvisar para asumir estas funciones, sin personal capacitado en la materia ni procedimientos particulares para tal efecto, lo que

⁸⁰ Dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación, de Derechos Humanos, de Justicia, y de Estudios Legislativos, con proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Víctimas, *op. cit.*, *supra* nota 16, p. 61. Al respecto, es ilustrativo el “Pronunciamiento conjunto de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas y las Comisiones Ejecutivas Estatales de Atención a Víctimas creadas”, de 14 de enero de 2016, en el que la CEAV y las comisiones de Coahuila, Estado de México, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nuevo León, San Luis Potosí, Tlaxcala, Veracruz y Zacatecas exhortaron a la Conferencia Nacional de Gobernadores a: dar celeridad al proceso de armonización legislativa local con la Ley General de Víctimas; constituir las comisiones de víctimas locales en las entidades donde aún no existen; y sensibilizar a los poderes legislativos locales sobre la necesidad de contar con fondos suficientes para cumplir con las obligaciones que les imponen el Código Nacional de Procedimientos Penales, la Ley General de Víctimas y las legislaciones locales en la materia, disponible en <http://www.ceav.gob.mx/wp-content/uploads/2016/01/Pronunciamiento-CEAV-CEEAV-ene2016.pdf> (fecha de consulta: 10 de octubre de 2016).

⁸¹ Acuerdo por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Acuerdo del Pleno por el que se emiten los Lineamientos para el funcionamiento del Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de mayo de 2016.

⁸² Artículo décimo transitorio.

⁸³ Artículo décimo cuarto transitorio.

puede impactar en la calidad de atención que se dé a las víctimas. Sin lugar a dudas, el mecanismo transitorio idóneo –para garantizar los derechos de aquéllas– era que la Comisión Ejecutiva asumiera la atención de los casos que se presenten en las entidades federativas, en tanto éstas cumplen su obligación de constituir sus comisiones de atención a víctimas. No obstante, en el escenario finalmente acordado, tocará pugnar por que las entidades federativas realicen la armonización legal e institucional en el plazo señalado, y –entre tanto– que la CEAV garantice que la atención que se brinde a las víctimas del fuero local sea adecuada.

b) Cuando se trate de violaciones graves de derechos humanos.

c) Cuando el Ministerio Público Federal o la Comisión Nacional de los Derechos Humanos ejerzan su facultad de atracción.

d) Cuando exista una determinación de organismo internacional de protección de derechos humanos, jurisdiccional o no jurisdiccional, al que México haya reconocido competencia.

e) Cuando en el caso estén involucradas autoridades de varias entidades federativas o bien aquél revista de trascendencia nacional.

f) Cuando, atendiendo a las circunstancias del caso o a su relevancia social, la Comisión Ejecutiva así lo determine, en los siguientes supuestos:

- Exista riesgo a la vida o integridad física de la víctima.
- El hecho involucre a dos o más entidades federativas.
- A solicitud de la Secretaría de Gobernación, en casos de relevancia nacional.

En estos casos, sujetos a la determinación de la Comisión Ejecutiva, resultó atinado que se haya incluido la aportación de la CNDH, a fin de que puedan ser valorados de oficio o por solicitud de los organismos públicos de derechos humanos, las comisiones estatales de víctimas, las autoridades ministeriales o judiciales correspondientes, o bien, de las propias víctimas o sus representantes.

También tiene un carácter progresista que se haya establecido –a propuesta, igualmente, de la CNDH– que el criterio para resolver respecto de los casos del ámbito local que deban llevarse al ámbito federal, para su atención por la Comisión Ejecutiva sea el cumplimiento de la obligación del Estado mexicano de garantizar los derechos de las víctimas.

Sin embargo, llama la atención que la adición sólo se haya referido a la compensación y no a la reparación integral, pese a que las dos iniciativas que plantearon la incorporación de este artículo incluían el concepto de reparación.⁸⁴ Tanto la adición al artículo 79, arriba referida, como la incorporación del nuevo artículo 88 Bis tienen el propósito de evitar que las víctimas del ámbito local queden desprotegidas ante la falta de atención de las comisiones locales, o bien, ante ciertas circunstancias que no hacen posible su atención a nivel local, o bien, hacen más conveniente que ésta se dé a nivel federal, por lo tanto, no se entiende la razón por la que el hecho de que un caso del ámbito local tenga que ser atendido –en cualquier supuesto– por la Comisión Ejecutiva, deba traducirse en una

⁸⁴ Iniciativas presentadas por las y los Senadores Cristina Díaz Salazar, el 8 de septiembre de 2016; y Angélica de la Peña, Fernando Yunes Márquez, Laura Angélica Rojas Hernández, Armando Ríos Piter y Alejandro Encinas Rodríguez, el 8 de septiembre de 2016.

restricción del derecho de la o las víctimas a la reparación integral. El análisis que la Cámara de Diputados, en calidad de cámara revisora, realizó de la Minuta turnada por el Senado, no reparó en esta cuestión, por lo que este punto será uno de los que deberán monitorearse a fin de observar su impacto en los derechos de las víctimas, con miras a introducir el concepto de reparación integral en un próximo proceso de revisión y reforma.

Por otro lado, el Congreso mantuvo una disposición que, justificadamente, había sido señalada como una restricción al derecho de las víctimas del delito a una reparación adecuada. El artículo 67 de la Ley vigente desde 2013 establecía que el monto de la compensación que de manera subsidiaria cubra el Estado, cuando no lo haga el responsable del delito, será hasta de 500 veces el salario mínimo mensual en el Distrito Federal, de manera proporcional al daño y sin implicar el enriquecimiento de la víctima. El Dictamen aprobado por el Senado sólo propuso actualizar esta disposición a 500 unidades de medida y actualización mensuales, en atención a la reforma constitucional en materia de desindexación del salario mínimo,⁸⁵ y en esos términos fue respaldado por la Cámara de Diputados y publicado por el Ejecutivo Federal.

En su momento, la CNDH pidió al Senado “valorar la eliminación de dicha restricción, pues la determinación de una compensación económica, como medida de reparación, tiene que tener como origen el daño causado a la víctima, por lo que es injustificada la formulación de un tope máximo *a priori*, e implica una negación al principio de progresividad y no regresividad”.⁸⁶

Efectivamente, la fijación de este monto máximo es incompatible con el derecho de la víctima del delito a la reparación adecuada y proporcional del daño, que debe ser garantizado por el Estado, y la penaliza por la imposibilidad de las autoridades de llevar al responsable a la justicia o bien, por la imposibilidad de éste de cubrir la reparación.⁸⁷ Por ello, esta disposición también es uno de los puntos en los que el Congreso faltó a su obligación de garantizar los derechos de este sector de la población.

Finalmente, en materia de reparación, otro aspecto que debió ser contemplado en el reciente proceso de reforma a la LGV, y que no fue planteado por ninguna de las iniciativas, y por lo tanto tampoco en el Decreto de reformas publicado, es el relativo a las medidas de reparación dictadas por los organismos públicos de protección de derechos humanos, particularmente, la indemnización o compensación económica.

La Ley establece que las víctimas de violaciones a derechos humanos serán compensadas económicamente en los términos y montos señalados en la resolución del órgano judicial o del organismo de protección de derechos humanos competente, nacional o internacional,⁸⁸ y que las y los funcionarios de los organismos públicos de protección de derechos humanos deben recomendar las

⁸⁵ Decreto por el que se declara reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de desindexación del salario mínimo, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 27 de enero de 2016.

⁸⁶ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, “Reforma a la Ley General de Víctimas”, *op. cit.*, *supra* nota 41, p. 11.

⁸⁷ Irwin Waller, *Derechos para las víctimas del delito. Equilibrar la justicia*. México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2013, pp. 149-169.

⁸⁸ Artículo 65.

medidas de reparación con base en los estándares y elementos contenidos en la Ley,⁸⁹ esto es, los dispuestos en el Título Quinto.

Sin embargo, los organismos públicos de protección de derechos humanos, nacional y estatales, siguen criterios distintos al formular sus recomendaciones en materia de reparación, y en materia de compensación económica, suelen omitir el monto que debe ser compensado. Por ejemplo, tras la emisión de la LGV en enero de 2013, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha continuado la práctica de incluir dentro de sus recomendaciones la reparación o indemnización de las víctimas, pero sin cuantificar el monto de ésta. La Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, tras la publicación de la Ley, sólo ha fijado el monto de la indemnización en un instrumento.⁹⁰

Es importante recordar que —conforme con el artículo 102 apartado B constitucional— corresponde a dichos organismos investigar las presuntas violaciones de derechos humanos y, en caso de acreditarlas tras un proceso de investigación, emitir las recomendaciones correspondientes y calificar el cumplimiento de las mismas. Esto es, si la investigación de estos organismos les permite concluir sobre la comisión de violaciones de derechos humanos, el daño causado a las víctimas y las medidas de reparación del mismo, incluso señalando los criterios y las circunstancias del caso que se deben considerar para tal efecto, no existe impedimento ni imposibilidad para la determinación del monto de la compensación económica, y aún más, al hacerlo darían certeza a las víctimas y a las autoridades responsables de la reparación sobre los términos en que ésta deberá realizarse y se agilizarían las gestiones con este propósito.

Por el contrario, cuando estos organismos dejan la determinación de dicho monto a otra instancia, someten a la víctima a un nuevo procedimiento y a una espera mayor para ver realizado este derecho. Por ello resulta necesario modificar esta práctica, a través de una disposición legal que mandate a estos organismos a recomendar, de manera clara e integral, las medidas de reparación, incluidos los montos de las compensaciones económicas que deban ser cubiertas a las víctimas.

E. Coordinación interinstitucional

Las modificaciones incluidas en el Decreto publicado el 3 de enero pasado, a fin de garantizar que las víctimas accedan a los derechos y medidas contenidas en la Ley, de manera efectiva y oportuna, independientemente de que su caso corresponda al ámbito local o federal, es uno de los aspectos más destacables del mismo. Dichas disposiciones fueron integradas en los capítulos relativos a los

⁸⁹ Artículo 126.

⁹⁰ Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Recomendación 15/2013, relativa a la "Atención a la salud y protección a la vida materno infantil" en cuatro casos. En dicho instrumento, el primer punto recomendatorio fijó la indemnización por daño inmaterial a las víctimas en trescientos mil pesos y además pidió la indemnización por el daño material a ser determinada a partir del daño emergente, lucro cesante y afectación al proyecto de vida de las mismas. Respecto del daño inmaterial, se especificó que dicha cantidad había sido tomada de la Recomendación 15/2012, instrumento en el que se fijó dicho monto sin señalar cómo es que se había calculado. La Recomendación 15/2013 está disponible en: http://cdhdfbeta.cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2014/03/reco_1315.pdf; mientras que la 15/2012 lo está en: http://cdhdfbeta.cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2014/03/reco_1215.pdf (fecha de consulta: 3 de noviembre de 2016).

distintos tipos de ayuda, como ya ha sido reseñado en las páginas previas. Para su implementación, se agregó una nueva fracción XVII al artículo 81, para dotar al Sistema Nacional de Atención a Víctimas de la atribución de promover la celebración de acuerdos de colaboración, entre la Comisión Ejecutiva y las comisiones de víctimas locales, en relación con las reglas para que éstas soliciten a la instancia federal la atención de un caso de su competencia y reintegren posteriormente los recursos federales erogados para tal efecto. La fracción adicionada señala que dichos convenios deben contener, como mínimo, las siguientes obligaciones para las comisiones locales:

a) Solicitar por escrito, de manera fundada y motivada, la atención de la víctima respectiva.

b) Acompañar la solicitud con copia certificada del estado financiero del fondo local correspondiente, a fin de acreditar que no cuenta con los recursos suficientes para la atención.

c) Señalar el plazo en el que se reintegrarán los recursos solicitados a la Comisión Ejecutiva, sin que exceda del primer semestre del año fiscal siguiente.

Además, se propone que en caso de incumplimiento en el reintegro de los recursos, la Federación podrá recuperarlos con cargo a las transferencias de recursos federales que correspondan a la entidad federativa.

d) La obligación de la Comisión Ejecutiva de dar vista a la Auditoría Superior de la Federación, en caso de incumplimiento de pago por la entidad federativa.

En relación con esta nueva disposición es importante que su implementación no haga de la solicitud de intervención un trámite complejo y largo, sino más bien expedito, a fin de brindar una atención oportuna a las personas involucradas, pues en realidad, bastaría con la solicitud formal de la comisión local señalando la insuficiencia de recursos para que, en términos de la Ley, quedara obligada a reintegrar los recursos que aportara la Federación, so pena de que estos fueran recuperados de las aportaciones federales que le corresponden a la entidad federativa y de que se iniciara un procedimiento ante la Auditoría Superior de la Federación.

F. Asesoría jurídica adecuada

A fin de atender los señalamientos en cuanto a la falta de personal suficiente y mala calidad de la asesoría jurídica proporcionada por la Comisión Ejecutiva, el Decreto incluyó las siguientes reformas, para el fortalecimiento de esta instancia:

a) Que pueda contar con servicios de atención médica y psicológica, trabajo social y aquellos que sean necesarios para hacer efectivos los derechos de las víctimas.⁹¹

b) Que tenga la atribución de tramitar, supervisar y, cuando corresponda, implementar las medidas de ayuda inmediata, ayuda, asistencia, atención y rehabilitación previstas en la Ley.⁹²

⁹¹ Artículo 125, fracción I.

⁹² Artículo 125, fracción III.

c) Que represente a las víctimas no sólo en procedimientos penales, como decía el texto hasta entonces vigente, sino en cualquier procedimiento jurisdiccional y administrativo relacionado con el hecho victimizante.⁹³

d) Que estará conformada por abogados, peritos, profesionales y técnicos en las distintas disciplinas necesarias para la garantía de los derechos contenidos en la Ley.⁹⁴

f) Que contará con un servicio civil de carrera que incluirá la selección, ingreso, adscripción, permanencia, formación, promoción, capacitación, prestaciones, estímulos y sanciones.⁹⁵

g) Que podrá contar, de manera excepcional, con el servicio de particulares para ejercer las funciones de asesores jurídicos.⁹⁶

Estas modificaciones sientan una buena base para avanzar en la profesionalización, supervisión y evaluación del servicio que presta la Asesoría Jurídica, el cual es fundamental para que las víctimas puedan acceder a sus derechos, a través de un acompañamiento adecuado, reciban un trato digno y se evite que sean objeto de nuevos actos de victimización.

G. Sobre la asignación de recursos para el Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral y para los fondos estatales

Hubo un aspecto que fue reformado en la LGV en 2017 que puede tener un impacto significativo en su efectividad y que, no obstante esto, no fue acompañado de justificación alguna, ni en la iniciativa que lo propuso,⁹⁷ ni en el Dictamen aprobado por el Senado y ratificado en sus términos en la Cámara de Diputados. Es el relativo a la modificación del mecanismo de asignación de recursos para el Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral. La Ley, antes de estas reformas, disponía que la Cámara de Diputados debía destinar al Fondo anualmente un monto equivalente al 0.014 % del gasto programable del Presupuesto de Egresos de la Federación. Tras las reformas, la LGV establece que la aportación de recursos al Fondo sólo procederá cuando éste tenga un patrimonio menor al 0.014 % del gasto programable en el año inmediato anterior.

Por su parte, respecto de los fondos estatales, se estableció que la suma de los montos que anualmente las entidades federativas destinen a éstos deberá ser equivalente al 50 % de lo destinado al Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral en el Presupuesto de Egresos de la Federación, en el año inmediato anterior, y que la proporción que corresponde aportar a cada entidad se destinará con base en el factor poblacional. Además, se acota que las entidades federativas deberán realizar tal aportación cuando el patrimonio del fondo estatal sea menor a la aportación que le corresponde a dicha entidad.⁹⁸

Resulta preocupante que se haya aprobado una modificación tan relevante al esquema de aportación de recursos al Fondo de Ayuda, Asistencia y Repara-

⁹³ Artículo 125, fracción VI.

⁹⁴ Artículo 125 Bis, primer párrafo.

⁹⁵ Artículo 125 Bis, segundo párrafo.

⁹⁶ Artículo 166.

⁹⁷ Iniciativa presentada por la Senadora Cristina Díaz Salazar, el 8 de septiembre de 2016.

⁹⁸ Artículo 157 Ter.

ción Integral, y que se haya definido el correspondiente a los fondos estatales, sin un estudio que avalara su idoneidad, sobre todo cuando el subejercicio que prevalece actualmente en el Fondo no es atribuible a la inexistencia de víctimas o a que sus necesidades no lo ameriten, sino a que los obstáculos para su reconocimiento y para el acceso a los recursos han impedido que éstos cumplieran los objetivos para los que se habían destinado.

Respecto del esquema planteado para los fondos estatales, se observa limitado que sólo se haya incluido el factor poblacional para determinar la proporción de la aportación de cada entidad, cuando otros factores de tipo estructural o circunstancial pueden plantear exigencias distintas a las previstas.⁹⁹

Éste es sin duda uno de los puntos sobre los cuáles la Cámara de Diputados, en su calidad de cámara revisora, pero también como la encargada de la aprobación del Presupuesto de Egresos, debió ejercer un control respecto de lo aprobado en el Senado, a fin de garantizar que existan recursos suficientes para la atención de las víctimas. Dado que esto no ocurrió, corresponde ahora a éstas y a la sociedad civil organizada que las acompaña, así como a las propias comisiones de víctimas –Federal y locales– evaluar la pertinencia de este nuevo modelo y, en su caso, exigir los ajustes que sean necesarios.

3. Integración de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas

Uno de los planteamientos más contundentes en el proceso de reforma de la Ley tuvo que ver con la modificación de la estructura orgánica de la CEAV para convertirla en una instancia unipersonal, en virtud de que acusaron las dificultades para que se alcanzaran acuerdos en el órgano compuesto por siete comisionados y comisionadas, así como para garantizar su independencia respecto del Gobierno Federal, estableciendo mecanismos de supervisión y rendición de cuentas, con participación de víctimas y organizaciones civiles en la definición de la política pública en la materia.¹⁰⁰ Haciendo eco de estos señalamientos, varias iniciativas presentadas en el Senado plantearon propuestas diversas para la integración de la Comisión Ejecutiva:

a) Que la Comisión Ejecutiva fuera presidida por un Comisionado Presidente electo por la Cámara de Senadores, a través de un proceso de consulta y entrevistas.¹⁰¹

b) Que se integrara por cinco comisionados, propuestos por el titular del Ejecutivo Federal, previa consulta pública, para aprobación del Senado. Tres de esos comisionados deberían ser especialistas y expertos en la materia de la Ley,

⁹⁹ Cabe mencionar que el 21 de septiembre de 2016, integrantes de las comisiones estatales de atención a víctimas de Michoacán, Nuevo León, Jalisco, Zacatecas, Morelos, Guerrero, Tabasco, Tlaxcala y Quintana Roo se reunieron con la senadora Cristina Díaz Salazar, presidenta de la Comisión de Gobernación y con secretarios técnicos de las comisiones legislativas de Justicia y de Derechos Humanos, y que en dicho encuentro señalaron que además del factor poblacional debían considerarse otros, como los índices de violencia y de impunidad. Comisión Ejecutiva Estatal de Atención a Víctimas, “Comisiones Estatales presentan propuestas para reformar la Ley General de Víctimas”, disponible en: <http://ceeav.michoacan.gob.mx/comisiones-estatales-presentan-propuestas-para-reformar-la-ley-general-de-victimas/> (fecha de consulta: 10 de octubre de 2016).

¹⁰⁰ I(DH)EAS Litigio Estratégico en Derechos Humanos *et al.*, *op. cit.*, *supra* nota 17, pp. 18-19.

¹⁰¹ Iniciativa presentada por la Senadora Adriana Dávila Fernández, el 14 de octubre de 2014.

y los otros dos, representantes de colectivos de víctimas, propuestos por organizaciones civiles.¹⁰²

c) Que se integrara por un Comisionado Presidente y un Consejo Directivo, integrado por seis personas víctimas y expertos en la atención de éstas. La designación se haría a partir de una terna, presentada por el Ejecutivo Federal para cada posición, previa consulta, para decisión del Senado.¹⁰³

d) Que se integrara por un Comisionado Presidente electo por el Senado a partir de una terna propuesta por el titular del Ejecutivo Federal, previa convocatoria pública.¹⁰⁴

e) Que se integrara por una Junta de Gobierno, un Comisionado Ejecutivo y una Asamblea Consultiva. La Junta de Gobierno estaría formada por el titular de la Comisión Ejecutiva, y representantes de las Secretarías de Gobierno (quien la presidiría), de Hacienda y Crédito Público, de Desarrollo Social, Educación Pública, de Salud, de Trabajo y Previsión Social, de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano, de la Procuraduría General de la República, del Instituto Mexicano del Seguro Social, y el Presidente de la Asamblea Consultiva. Ésta a su vez, estaría integrada por nueve representantes de colectivos de víctimas, organizaciones civiles y académicos, los cuales serían electos a través de convocatoria pública.¹⁰⁵

En las anteriores propuestas se observó una inclinación hacia la transformación de la Comisión Ejecutiva en un órgano unipersonal, con un mecanismo de designación con participación del Ejecutivo Federal y del Senado de la República, así como a la inclusión de las víctimas y las organizaciones de la sociedad civil, en los espacios de toma de decisiones (dentro del grupo de comisionados, en un consejo directivo o en una asamblea consultiva). Ambas tendencias responden, en mayor o menor medida, a las inquietudes expresadas por los colectivos de víctimas y las organizaciones de la sociedad civil, y cristalizaron en el Decreto de reformas de la siguiente manera:

a) La CEAV estará encabezada por un Comisionado o Comisionada Ejecutiva, electo por dos terceras partes del Senado, a partir de una propuesta formulada por el Ejecutivo Federal, previa consulta pública con víctimas, expertos y organizaciones de la sociedad civil especializadas en la materia;¹⁰⁶ durará en su encargo cinco años, sin posibilidad de reelección.¹⁰⁷

b) Contará con una Asamblea Consultiva, como un “órgano de opinión y asesoría de las acciones, políticas públicas, programas y proyectos que desarrolle”, integrada por nueve representantes de colectivos de víctimas, académicos y organizaciones de la sociedad civil, los cuales serán electos a través de una

¹⁰² Iniciativa presentada por la Senadora Angélica de la Peña Gómez, el 12 de marzo de 2015.

¹⁰³ Iniciativa presentada por la y los Senadores Luis Sánchez Jiménez, Angélica de la Peña Gómez y Armando Ríos Piter, el 14 de abril de 2016.

¹⁰⁴ Iniciativa presentada por las Senadoras y Senadores Angélica de la Peña, Fernando Yunes Márquez, Laura Angélica Rojas Hernández, Armando Ríos Piter y Alejandro Encinas Rodríguez, el 8 de septiembre de 2016.

¹⁰⁵ Iniciativa presentada por la Senadora Cristina Díaz Salazar, el 8 de septiembre de 2016.

¹⁰⁶ Artículo 85.

¹⁰⁷ Artículo 86.

convocatoria pública por la Junta de Gobierno para un periodo de cuatro años, con posibilidad de una reelección.¹⁰⁸

El consenso en cuanto al cambio de órgano colegiado a unipersonal fue claro, y las razones esgrimidas giraron alrededor de que una instancia de carácter esencialmente ejecutiva no requería un órgano deliberativo; que dicha estructura era muy costosa, y que había llevado a la inoperatividad de la institución debido a la falta de acuerdos entre sus integrantes.

Por otro lado, pese a que también hubo coincidencia en dar cabida a la participación de las víctimas y la sociedad civil en la estructura orgánica, se optó por un esquema de inclusión a nivel medio, a través del establecimiento de una Asamblea Consultiva, la cual tendrá una naturaleza de órgano de opinión y asesor, pero no tendrá facultades para incidir en la aprobación de la normativa interna ni en la definición de criterios y protocolos de actuación general, ni en la aprobación del informe de actividades de la Comisión Ejecutiva, como hubiera ocurrido si se hubiera optado por la propuesta de conformar un Consejo Directivo, según se proponía en una de las iniciativas.

Dichas atribuciones, que han probado ser esenciales para la implementación de la Ley, son concedidas a una Junta de Gobierno, cuya propuesta se incluyó a partir de la referencia a la estructura orgánica del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación y a la Ley Federal de Entidades Paraestatales, y que fue recogida por el Dictamen del Senado sin mayor justificación sobre su necesidad y contribución al mejor funcionamiento de la Comisión Ejecutiva y al logro del objeto de la Ley.

No obstante, la propuesta inicial sobre la integración de dicha Junta se fue moderando en el seno de las Comisiones Dictaminadoras del Senado —en virtud también de las preocupaciones expresadas por víctimas, personas expertas y organizaciones civiles en relación a que se debilitaría la independencia de la Comisión Ejecutiva—¹⁰⁹, hasta quedar como finalmente fue publicada en el Decreto de reformas:

a) Estará compuesta de un representante de las Secretarías de Gobernación (quien la presidirá), Hacienda y Crédito Público, Educación Pública y Salud; cuatro representantes de la Asamblea Consultiva, y el o la titular de la Comisión Ejecutiva.¹¹⁰

b) Se establece la prohibición expresa para que conozca sobre los recursos de ayuda y la reparación que se otorgue a las víctimas.¹¹¹

Con todo, el equilibrio entre la participación de víctimas y sociedad civil, y representantes del Gobierno Federal, se antoja complicado, pese a que en términos formales se estableció la paridad representativa. Toda vez que la Junta de Gobierno será presidida por el representante de la Secretaría de Gobernación, y será ese órgano el que elija a los integrantes de la Asamblea Consultiva, además de que el titular de la Comisión Ejecutiva provendrá de una terna propuesta por el Ejecutivo Federal.

¹⁰⁸ Artículo 84 Octies.

¹⁰⁹ Movimiento por la Paz con Justicia y Dignidad (MPJD) *et al.*, *op. cit.*, *supra* nota 17, p. 1.

¹¹⁰ Artículo 84 Quáter.

¹¹¹ Artículo 84 Septies.

Este complejo entramado orgánico no tiene mayor explicación que el acuerdo político,¹¹² de la misma manera que ocurrió con el régimen transitorio en el que se estableció que, por primera y única vez, la o el titular de la Comisión Ejecutiva será propuesto por el Ejecutivo Federal para aprobación del Senado, previa consulta pública, y durará en el encargo tres años.¹¹³ Es decir, para la primera designación de quien encabezará la CEAV, en esta nueva etapa, no habrá una terna, por lo que la participación del Senado se reducirá a un ejercicio de ratificación de la propuesta presidencial. Posteriormente, la o el Comisionado Ejecutivo electo enviará al Senado, por primera y única vez, propuestas para integrar a la Asamblea Consultiva,¹¹⁴ sin que quede claro el procedimiento que se seguirá para la determinación de dichas propuestas.

La indignación e inconformidad de los colectivos de víctimas y organizaciones de la sociedad civil ya se ha expresado y está justificada,¹¹⁵ el resultado de esta nueva estructura orgánica es —por decir lo menos— incierto. Resulta preocupante que en la definición de los mecanismos de integración de los órganos que integrarán a la Comisión Ejecutiva se haya privilegiado la negociación política sobre la búsqueda de los perfiles idóneos y la participación efectiva de las víctimas, y que el resultado sea que en la definición de la normatividad interna y de los criterios y lineamientos se reduzca el alcance de los derechos plasmados en la Ley.¹¹⁶

III. Conclusiones y propuestas

Primeramente, es pertinente reconocer que en las diversas iniciativas presentadas por Senadoras y Senadores para modificar la Ley General de Víctimas se observó la intención de plantear soluciones a las problemáticas denunciadas por los colectivos de víctimas y organizaciones de la sociedad civil, y que el Dictamen que se aprobó en el pleno del Senado —y en la Cámara de Diputados después— reflejó un esfuerzo por integrar buena parte de esas iniciativas, manteniendo apertura para recibir las observaciones planteadas por los actores sociales y por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

No obstante, el resultado del proceso legislativo ha dejado un sabor agri dulce y de insatisfacción, pues si bien se adoptaron modificaciones importantes encaminadas a remover los obstáculos para el reconocimiento de la calidad de

¹¹² Así fue reconocido en la sesión de trabajo de las Comisiones Dictaminadoras, del 25 de octubre de 2016, en la que se aprobó el proyecto de Dictamen que posteriormente sería votado en el Pleno del Senado.

¹¹³ Artículo quinto transitorio.

¹¹⁴ Artículo décimo quinto transitorio.

¹¹⁵ Article 19, Oficina para México y Centroamérica *et al.*, “Reforma a Ley de Víctimas: acuerdo político que desampara a las víctimas”, 26 de octubre de 2016, disponible en <http://www.idheas.org.mx/files/ReformaLeyV%C3%ADctimas.pdf> (fecha de consulta: 26 de octubre de 2016).

¹¹⁶ Nuevamente es oportuno traer a la discusión lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la experiencia colombiana, en el sentido de que los Estados deben abrir espacios para que las víctimas y sociedad civil puedan participar en las decisiones relativas a la implementación de los mecanismos y políticas de reparación, pues ello contribuiría a que éstas sean más pertinentes y racionales, se eviten nuevos hechos que afecten los derechos de las víctimas, se dote de legitimidad a esta política pública y se garantice —de esta manera— su continuidad, irreversibilidad e institucionalidad. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párr. 4 y 13, pp. 2 y 5.

víctimas y para garantizar el acceso efectivo y oportuno de éstas a las medidas de ayuda, asistencia, atención y reparación contenidas en la Ley, particularmente la ayuda inmediata, con independencia del lugar en el que ocurrió el hecho victimizante y del nivel de gobierno al que corresponda hacerlo inicialmente; lo cierto es que se introdujeron o mantuvieron restricciones injustificadas en el alcance de ciertas medidas, que contradicen los derechos de las víctimas, particularmente el derecho a la reparación, y que las modificaciones a la estructura orgánica de la CEAV y los mecanismos para la integración de sus órganos y para la asignación de recursos son causa de preocupación, al no haberse motivado la pertinencia de tales ajustes en aspectos que pueden tener un impacto trascendental en la implementación de la Ley.

Por lo anterior, para garantizar de manera plena y efectiva los derechos de las víctimas, en una próxima revisión de la Ley, en sede legislativa, se deben realizar las siguientes modificaciones que no fueron consideradas en el reciente proceso de reforma:

a) Se debe garantizar, sin distinción alguna, el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, permitiendo y facilitando la intervención de peritos y expertos extranjeros cuando ésta sea necesaria para brindar certeza sobre las investigaciones.

b) Se debe eliminar el límite a la compensación subsidiaria para las víctimas del delito, pues contradice los principios en materia de reparación, al no ser el daño causado la base para su determinación.

c) Se debe garantizar la reparación integral, no sólo la compensación económica, para las víctimas de aquellos casos que, teniendo origen en el ámbito local, sean atraídos –bajo cualquier supuesto– para su atención por la CEAV.

d) Se debe establecer de manera clara la obligación de los organismos públicos de derechos humanos de determinar puntualmente las medidas de reparación del daño que procedan en los casos en los que hayan determinado la existencia de violaciones a derechos humanos, incluido el monto de la compensación económica, a fin de agilizar el proceso para que las víctimas accedan a la reparación y evitar que tengan que esperar al desahogo de un nuevo procedimiento para su determinación.

e) Se debe garantizar que los Fondos, federal y locales, de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral cuenten con recursos suficientes para el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Ley, a partir de un estudio que considere de manera integral las problemáticas específicas de cada entidad federativa, en materia de criminalidad y violaciones a derechos humanos, no sólo el factor poblacional.

Ahora bien, considerando que varios de los avances plasmados en el Decreto de reformas publicado el 3 de enero de 2017 dependen del establecimiento de lineamientos y procedimientos adecuados, que agilicen la respuesta a las víctimas y no se traduzcan en limitaciones a los derechos que ya han sido reconocidos en la Ley, la implementación adecuada de estas reformas deberá tener como puntos centrales:

a) Garantizar una atención adecuada para las víctimas en aquellas entidades federativas en las que serán las secretarías de gobierno las que asumirán el cumplimiento de las obligaciones previstas en la Ley, hasta en tanto se establez-

ca la comisión de víctimas local. Para ello, la CEAV deberá monitorear especialmente esos casos y estar lista para asumir la atención subsidiaria de aquéllas en caso de ser necesario, con la seguridad de que la entidad federativa reintegrará al Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral los recursos que se hayan destinado a la atención de las víctimas que correspondan a su ámbito de competencia.

b) Garantizar que los lineamientos y mecanismos para la integración de los órganos de la Comisión Ejecutiva den prioridad a la selección de los perfiles más adecuados para el cumplimiento del objeto de la Ley, así como para que haya una participación efectiva de las víctimas, personas expertas y organizaciones especializadas en la materia, en la definición de las políticas públicas de atención y en la supervisión de la actuación de dichos órganos.

c) La definición de los lineamientos y el mecanismo conforme con el cual la Comisión Ejecutiva reconocerá la calidad de víctimas en aquellos casos en los que no exista una determinación de autoridad judicial, ministerial o de organismo público de derechos humanos, debe velar por que se haga efectivo dicho reconocimiento a partir de la acreditación del daño causado, y pueda proceder no sólo la ayuda y atención, sino también la reparación plena y efectiva. El caso de las personas que han sido víctimas de desplazamiento forzado interno ejemplifica claramente la necesidad de un mecanismo de reconocimiento comprensivo, que la Ley sigue dejando a determinación de la Comisión Ejecutiva, pero que deberá dar cumplimiento a la obligación de garantizar los derechos de las víctimas.

d) Asegurar la participación de las víctimas y sus representantes en el procedimiento conforme con el cual el Comité Interdisciplinario Evaluador elaborará los dictámenes correspondientes a las medidas de ayuda y reparación integral en cada caso, pues sólo de esta manera es posible que éstas alcancen un verdadero efecto reparador en aquéllas.

e) También, en la celebración de los convenios de colaboración entre la CEAV y las comisiones estatales, que regularán el procedimiento para que éstas soliciten a aquella que asuma la atención de víctimas del ámbito local, así como la posterior reintegración de los recursos del Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral erogados para tal efecto, se debe evitar la burocratización y garantizar la respuesta y atención oportuna.

No debe perderse de vista que la actuación del Estado en materia de atención y reparación integral a las víctimas debe construirse a partir de las necesidades y experiencias de éstas, pues sólo así podrá lograrse un verdadero efecto reparador en ellas y transformador de las circunstancias que permiten o provocan la vulneración de los derechos humanos de las personas, reconstruyendo—o construyendo— un vínculo de confianza entre la sociedad y las instituciones del Estado, que ha sido fracturado por la prevalencia de la impunidad y de los abusos por parte de la autoridad pública.

Comentario cinematográfico

Monsieur Chocolat, o la discriminación racial reflejada en el mundo del espectáculo a inicios del Siglo XX, en Francia

Arturo Guillermo Larios Díaz*

Aprobado para su publicación
el 25 de abril de 2017.

Introducción

*Monsieur Chocolat*¹ es un filme de Roschdy Zem, basado en el libro *Chocolat clown nègre. L'histoire oubliée du premier artiste noir de la scène française*, escrito por Gerard Noiriel y publicado en 2012 por Bayard Presse. Rodada en 2015, esta película se proyectó a inicios de 2016 en las salas cinematográficas de Francia con una gran aceptación del público y fue presentada en México en septiembre del mismo año, durante la vigésima edición del *Tour de Cine francés*. La realización de Zem se centra en el drama que vive en Francia, a finales del siglo XIX e inicios del XX, un hombre afrodescendiente de nombre Rafael Padilla, originario de Cuba, cuando es reclutado por un artista británico llamado George Footit, quien se encuentra ante la necesidad de innovar sus rutinas para revitalizar su carrera circense. De su integración resultará una atractiva pareja de payasos, cuyo éxito y enorme popularidad habrá de basarse en un muy cuidado trabajo en el que tanto el ritmo y la dinámica que desarrollan, como sus gestos e ingeniosas expresiones, arrancarán las carcajadas del público de todas las edades que, noche a noche, colma el recinto en que se presentan. Sin embargo, el vertiginoso éxito profesional del dueto y la notoria transformación de Padilla —que transita de ser un falso caníbal de una modesta caravana de circo, a una reconocida figura del espectáculo francés—, así como su ocaso, tendrán como trasfondo los resabios del occidentalismo, la segregación racial, el morbo colectivo, la ignorancia y los prejuicios colonialistas prevalecientes entre la sociedad europea de la llamada *Belle Époque*.

* Investigador del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

¹ *Monsieur Chocolat*. Película basada en el libro *Chocolat clown nègre. L'histoire oubliée du premier artiste noir de la scène française*, de Gerard Noiriel. Director: Roschdy Zem. Guión: Cyril Gely, Roschdy Zem y Olivier Gorce. Producción: Mandarin Films; Gaumont; Korokoro; M6 Films; Canal+; Ciné+; Région; Ile de France; CNC; ACSE; Fonds Images de la Diversité. Elenco: Omar Sy, James Thiérrée; Clotilde Hesme; Alex Descas; Olivier Gourmet; Olivier Rabourdin; Frédéric Pierrot; Moémie Lvoysky; Alice de Lencquesaing; Helena Soubeyrand y otros. Fotografía: Thomas Letellier. Música: Gabriel Yared. Género: drama biográfico. Duración: 110 minutos. País: Francia. Año: 2015.

I. Del ascenso de Rafael Padilla. De novedad de feria a personalidad del espectáculo francés

El trabajo que desarrolla Roschdy Zem es muy convincente porque, amén de otros aspectos a los que se hará referencia más adelante, *Monsieur Chocolat* tiene la virtud de atrapar desde el primer momento al espectador en una ambientación que perfectamente corresponde a la época en que se desarrolla la historia. Así, la atención se enfoca inicialmente en la campaña francesa, en las pos-trimerías del siglo XIX. En la primera escena aparecen dos niños que corren alegres bajo el sol de la mañana y al fondo de una hondonada se ve una enorme carpa de tonalidades grisáceas que se erige como la sede del itinerante Cirque Delvaux, en cuyo exterior se observan operarios que trabajan, y también músicos y artistas que ensayan sus interpretaciones y sus rutinas.

En el interior de la carpa, Théodore Delvaux (Frédéric Pierrot), el propietario del circo, observa a un oso amaestrado y a su domador, que practican su número con miras a integrarse al elenco, pero a pesar de los esfuerzos del hombre y del animal, el empresario los rechaza al no provocarle impresión alguna. Es entonces el turno de George Footit (James Thiérree), quien caracterizado y enfundado en su atuendo de payaso, y con la misma finalidad de ser contratado, intenta demostrar a *Monsieur Delvaux* la gracia de sus múltiples gestos y ágiles movimientos corporales, para lo cual se auxilia incluso de un destartalado violín. No obstante, el empresario no puede ocultar su tedio al no encontrar tampoco en este caso algo que le arranque alguna emoción; más aún, con el antecedente de conocerlo, se sincera con Footit y le dice lo que piensa: que él ha venido a menos, que tuvo su momento de éxito, pero que éste ya pasó y que lo que hace en la pista resulta apagado y oscuro, cuando el público lo que quiere es algo nuevo, algo espectacular, que es por lo que paga su entrada. Footit abandona la carpa decepcionado y molesto, y procede a desmaquillarse; como consuelo, recibe el sincero reconocimiento del “liliputense”, uno de los miembros de la caravana circense, quien además de criticar a *Delvaux* por no admitir a Footit, invita a éste a pasar la noche ahí en el circo, antes de que parta a París, donde —según afirma el payaso— lo aguardan otras oportunidades en las que, de seguro, habrán de contratarlo.

En la siguiente escena Footit, sentado entre el público, presencia la función de esa noche. Lo que llama en especial su atención es el número en el que se presenta, tomado de la mano de un chimpancé, un hombre al que anuncian como el caníbal traído del África, el Rey Negro Kakanga (Omar Sy), del que dice el anunciador, es “un extraño representante de la especie humana, prácticamente el eslabón perdido”. Este personaje, ataviado con pieles y con un collar supuestamente hecho con los dientes de sus enemigos, muestra mediante su expresión corporal, sus gritos y sus gestos, una determinada ferocidad que impresiona al escaso público, pero sobre todo a los niños. Aún no acaba la función, cuando Footit afuera de la carpa llega hasta donde se encuentra el caníbal, quien cubierto con un abrigo se encuentra relajado, alimentando al chimpancé, en espera del llamado para el desfile final con el que se cierra la función. Después de constatar que el caníbal entiende el francés y de recibir por parte de éste una broma con la que lo asusta, el payaso le pregunta si le gusta *hacer de caníbal*, a lo que éste le responde que con ello se venden más entradas y él come hasta

saciarse. La interrogante es, entonces, si le gustaría cambiar de situación, dejar de hacer ese papel, ante lo que cual el interrogado se muestra en principio incrédulo, confundido.

Si se aprecia desde ese punto de vista, Rafael Padilla, que es como en realidad se llama el “caníbal”, tiene razón en mostrarse así, ya que no gana mal por su desempeño en cada función, come muy bien, y aunque no se lo diga a Foottit en ese momento, en la secuencia se puede apreciar que cuenta con la amistad de la buena gente del circo, quienes le prodigan su afecto y con quienes incluso juega a los dados o a las cartas —cosa que particularmente disfruta— aunque esto último implique que lo haga con apuesta y que llegue a perder su dinero. Por si esto fuera poco, a Rafael Padilla le va bien en lo sentimental, porque además sostiene una relación con Camill Pontoni (Alice de Lencquesaing), la bella joven que —junto con sus familiares— integra la máxima atracción del circo, pues realiza una serie de espectaculares acrobacias sobre corceles en movimiento.

Sin embargo, Foottit se emplea a fondo y persuade a Padilla para que valore y se convenza que es mejor ser payaso que un “caníbal”, supuestamente traído de África. Al día siguiente, en las inmediaciones del circo ambos personajes ensayan. Foottit trata de motivar las expresiones de Padilla, al que le ve cualidades por su aspecto y por su flexibilidad. Llega el instante en que Foottit utiliza cierta violencia, pero le explica a Rafael que su propósito, si él decide aceptar, es formar una pareja de payasos, algo nuevo en el medio, y que en tal sentido a Foottit le correspondería ser el *clown*, es decir el payaso que dominaría la escena y que impondría el ritmo de las rutinas, y a Padilla —en contraste— le tocaría ser un *augusto*, esto es, el payaso torpe, pero con el cometido de asistir y complementar las iniciativas de *Foottit*. Ante las dudas de Padilla, Foottit responde que en cierto modo ninguno sería más que el otro y que serían “indisolubles”, esto es, “las dos caras de una misma moneda”. Los planes y las explicaciones de Foottit dejan satisfecho a Padilla y el compromiso entre los dos queda sellado. Sin embargo, un instante después Padilla corre a refugiarse debajo de uno de los carros de la caravana, cuando ve a unos uniformados cerca de la carpa en actitud de indagar e interrogar a los miembros del circo. Foottit confirma entonces, por boca del propio Padilla, que éste no cuenta con documentación migratoria.

Una vez integrados Foottit y Padilla, y habiendo montado una rutina en forma, el reto al que se enfrentan es convencer a Monsieur Delvaux, quien se muestra reacio y con dudas, pues tampoco cree que esta nueva propuesta de Foottit despierte el interés del público. El número definitivamente le resulta soso, carente de toda gracia, aunque finalmente, para fortuna de los payasos, se llega al acuerdo de que sea la respuesta del público la que decida si son aceptados o no. Esa noche intervienen en el desfile inicial de la función el “liliputense”, con su corta estatura; el hombre más alto del mundo; el forzudo, que pesa más de 150 kilos; la mujer más gorda y los acróbatas, entre otros artistas. Todos ellos son anunciados por Monsieur Delvaux, con voz engolada y alargando la pronunciación de sus nombres; finalmente presenta a Foottit y Kakanga, enfatizando que se trata de “dos payasos por el precio de uno”. En su oportunidad, aparece el payaso cariblanco, quien ejecuta movimientos y gesticulaciones certeras e impecables, para así señalar en el centro de la pista el lugar al que debe llegar Padilla a iniciar su rutina. Pero si bien su interacción inicial con el público hace que todas las miradas se claven sobre ellos, los artistas no logran arrancar nin-

guna reacción: todos permanecen impávidos, petrificados, sin mover un solo músculo de la cara, y por lo que hace a Padilla, éste no logra iniciar lo que a su rol corresponde. Foottit, que habla fuerte para proyectar su voz en el escenario y con la angustia de no distinguir reacción alguna entre los presentes, ni en su compañero, acierta a patear a Padilla en el trasero, y con ello sobreviene una primera insinuación de risa; otro puntapié y el rumor crece; otro golpe y otro más, y el público estalla en carcajadas, y celebra aún más cuando Padilla se ve perseguido por Fottit en derredor de la pista. Todo resulta conforme con lo previsto por el dúo y al ver la hilaridad de los presentes, el rostro de Delvaux deja su gesto desabrido y expectante para sumarse a la comunión lograda entre los payasos y el público, que no deja de aplaudir. Fottit y su compañero han logrado sacar adelante su presentación y Delvaux está verdaderamente eufórico. Después de la función, pero previo acuerdo con su esposa, Madame Delvaux (Noémie Lvovsky), el empresario le comunica a Foottit que está contratado y que compartirá el carro-camerino de Padilla desde ese momento.

El éxito del Cirque Delvaux se empieza a notar. En los lugares a los que la caravana llega, el boletaje se agota rápidamente, pues el público quiere disfrutar del espectáculo. Así, noche a noche, el número de Foottit y Kakanga hace las delicias del respetable, que en reciprocidad demanda de ellos su cercanía y sus autógrafos: en una ocasión, un niño que solicita a Padilla le firme su cuaderno, pasa su dedo por la mejilla del payaso para ver si se despinta, cosa que no incomoda a Rafael, como jamás le hicieron mella las bromas y chistes de sus compañeros del circo con referencia a su color de piel. Por las noches Padilla recibe a Camille en su dormitorio, como acontecía desde hace tiempo, situación que Foottit acepta con discreta cortesía. Sin embargo, se nota en el payaso cariblanco cierto gesto agrio, cierto malestar. Los payasos logran constituirse en el número más admirado del circo; Padilla, por su parte, sigue contribuyendo al esquema de trabajo diseñado por Foottit y se encuentra satisfecho con su nueva situación.

El circo progresa y la fama crece. No obstante, Foottit habrá de manifestar claramente al matrimonio Delvaux su inconformidad, pues a pesar del momento de auge por el que atraviesa la compañía, gracias a su trabajo y al de Rafael, no les mejoran el salario, a pesar de que ya se ha hablado al respecto en otras ocasiones. Los esposos argumentan que no les ha sido posible pagarles más porque han tenido que realizar gastos de promoción, entre ellos un nuevo letrero para ser colocado en el punto más alto de la carpa y que incluso les muestran. No obstante, *Foottit* enfurece, gruñe, y hasta deja escapar algún impropio: ...*cirque de merde!* Ante tales expresiones, Madame Delvaux incluso lo reconviene para que guarde la compostura que corresponde a un caballero de su clase.

Como ya era costumbre, en la función de esa noche la pareja de artistas realiza su presentación con toda pasión, con la gracia y el encanto que hace que el público se les entregue entre carcajadas y aplausos. Al finalizar, cuando están en su camerino rodante, haciendo cuentas con lo que al parecer es su nuevo sueldo, ya incrementado, toca a su puerta un elegante caballero que momentos antes había ocupado un lugar entre el público. Pero no es un espectador más, pues se trata de Joseph Oller (Olivier Gormet), el empresario del Nouveau Cirque, el principal centro de atracciones de París, que viene a contratarlos. El hombre es práctico y su propuesta muy clara. A pesar de la sorpresa, los paya-

sos no tardan en tomar la decisión de suscribir un contrato con Monsieur Oller, con la consecuencia de abandonar el Cirque Delvaux y a sus compañeros. Camille, quien en alguno de sus encuentros amorosos había obsequiado a Rafael Padilla un ejemplar de *Romeo y Julieta*, resiente tal vez más que nadie que se vaya Rafael, si bien hay promesas por parte de éste de mandar por ella a la brevedad, y la perspectiva de que para la joven pareja este trance sólo representa un compás de espera.

Desde la llegada a París en carretela, la ciudad resulta de ensueño. Padilla no deja de maravillarse con todo lo que ven sus ojos. A partir de este momento las cosas cambian radicalmente para Foottit y Chocolat, cuyo nombre ya había sido modificado por los Delvaux. Su lugar de trabajo es una instalación a todo lujo, lo relativo a su indumentaria ya no lo van a atender ellos personalmente y su público se compone con lo más selecto de la sociedad parisiense. Los éxitos van a sucederse noche a noche y en término de cinco meses conquistan al público y a la prensa citadina, quienes no dejan de elogiarlos con frecuencia. No obstante, el desarrollo del filme va a entrar en una dinámica de contrastes, porque si bien se aprecia el trayecto ascendente de la pareja de payasos, también se verán otros acontecimientos que irán, por las más variadas vías, a contrape-lo de ese éxito tan codiciado. Entre éstos se encuentra la envidia que la pareja de payasos provoca en otros artistas; el encarcelamiento a que es sometido Padilla por las autoridades migratorias francesas, al ser denunciado por la resentida Madame Delvaux, después de presenciar una actuación de la pareja y el éxito que han alcanzado. A ello se debe agregar que Rafael Padilla entra, a diferencia de Foottit, en una espiral de excesos producidos por su apetito desenfrenado, ya sea por las mujeres, ya por los más selectos diseños de la moda o por la buena mesa. Llega incluso a comprar un automóvil último modelo.

Lo anterior tal vez no podría generar tanto comentario, si no es por un pequeño gran detalle: Padilla nunca abandona su afición por los juegos de azahar, con lo que no sólo va a jugar y a perder grandes cantidades de dinero, sino que a la postre se va a endeudar con los propietarios de los lugares en los que se organizan las apuestas, quienes lo persiguen, lo presionan y llegan a lesionarlo con tal de que les pague lo que por el juego les debe. De esta forma, si bien Padilla goza del éxito que le acarrea seguir las enseñanzas y disciplina que Foottit le proporciona y/o le impone, de no estar en su centro de trabajo —en ensayos, en presentaciones, o en promociones y entrevistas con la prensa—, se le ve de compras, o en burdeles de categoría o en centros clandestinos de juego. Para estas alturas Camille ha caído en el olvido, pues ha sido eclipsada por el encanto y la frivolidad con las que París seduce y agobia al ahora reconocido actor circense.

Curiosamente, otro factor que va a contribuir a que el desarrollo de la historia se complique, es el hecho de que Padilla conozca en la cárcel, cuando es detenido por su condición migratoria, a una especie de ideólogo o luchador social ahitiano, de nombre Víctor (Alex Descas), quien trata de abrirle los ojos para que se percate de que las rutinas con las que divierte al público son denigrantes, al exponer a la burla y al escarnio su condición de hombre con un color de piel diferente al de los blancos. Ello despierta en Padilla varias dudas, y lo hace cuestionar a la larga a Foottit, incluso en público, como payaso dominante de la pareja de artistas, además de avivarle el deseo de desarrollarse en otro ámbito, el del teatro de autores clásicos. En la aventura de abordar un género desconoci-

do para él, y representar nada más y nada menos que el *Otelo*, de Shakespeare, por vez primera con un actor que no necesita maquillaje en la piel para escenificarlo, cuenta con la ayuda de diversas personas, pero sobre todo de una enfermera de nombre Marie Hecquet (Clotilde Hesme), joven viuda y madre de dos niños, quien habrá de convertirse en su pareja y lo acompañará hasta el final de sus días. Su incursión en las actividades del teatro serio resulta algo paradójico y controvertido, porque a pesar de su gran esfuerzo y de que finalmente es bien lograda la puesta en escena de la obra de Shakespeare, el público que presencia el estreno habrá de adoptar una actitud negativa y de rechazo, no por la calidad de la representación, sino por el color de piel del protagonista, al que —entre abucheos e insultos— le gritan que regrese al circo.

Para concluir la historia, el filme nos ofrece la escena en la que se ve a un hombre avejentado y disminuido que barre la pista de un circo itinerante. Es el mismo Rafael Padilla, quien enfermo y asistido por Marie, su mujer, recibe la visita de su amigo George Footit, que también ofrece un aspecto marchito. Del diálogo previo entre Footit y Marie se desprende que pese al paso del tiempo, los altibajos de la relación entre los dos amigos y a la propia deserción de Chocolat, el payaso cariblanco siempre le proporcionó a éste su cariño y, en la medida de lo posible, su apoyo material. En el encuentro, Padilla —quien se encuentra en su lecho, cercano a la agonía— va a hacer remembranza, junto con Footit, de algunos pasajes que vivieron juntos. Cabe destacar que en los últimos minutos de la cinta, el director incluye una escena real, filmada en blanco y negro por los hermanos Lumière, en la que aparecen los verdaderos personajes de Footit y Chocolat, realizando una de las rutinas con las que tanta fama cobraron.

II. Comentario crítico

La cinta que dirige Roschdy Zem resulta un documento muy valioso, porque permite conocer un segmento histórico de la vida de Europa en la que predominaban muchos valores y concepciones que condicionaban a las personas por su color de piel o por su pertenencia a determinada clase social, entre otras cosas. Tratándose de Francia y en particular de la llamada Ciudad Luz, como escenario de este drama, es relevante ver cómo en la cuna del pensamiento liberal y de los derechos humanos, existen en esa época fuertes motivos de segregación que impregnan el desarrollo de su vida cotidiana y que contribuyen a marginar a las personas pertenecientes a determinadas minorías.

Si bien la realización de *Monsieur Chocolat*, no se apega por completo al texto de la obra escrita por Gerard Noiriel —lo cual no era necesario—, en cambio aporta muchos elementos que redondean a fin de cuentas la historia, proporcionando al público —con una excelente ambientación, un buen fondo musical, estupendos encuadres y un tono tragicómico equilibrado— una visión de los primeros años del siglo XX francés, en los que —tal vez— se hubiera podido suponer que con un movimiento tan importante en su historia como la Revolución Francesa y un documento esencial como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la discriminación y otro tipo de actitudes antisociales se encontraban, si no como elementos del pasado, sí en vías de ser superados en el mediano plazo. Finalmente, llegamos a la etapa actual y vemos que la lucha contra

la discriminación es una tarea que aún no concluye y a la que se debe seguir prestando mucha atención. Al respecto, la reseña de Armando Casimiro Guzmán refiere lo siguiente:

El cineasta francés considera que Rafael Padilla fue un pionero (voluntario o involuntario) en la evolución de la conciencia respecto a la igualdad racial en la Francia de la Época. Su película busca rehabilitar la figura del comediante, cuyo recuerdo terminó arrinconado por una sociedad que nunca terminó de aceptarlo. De alguna manera podría establecerse un paralelismo con los problemas que enfrenta la Francia contemporánea en el espinoso tema de los inmigrantes y el respeto a sus derechos.²

En tal sentido, es de reiterar los estigmas de los que es víctima Rafael Padilla, el payaso Chocolat, quien se enfrenta desde muy pequeño a los fenómenos discriminatorios: es una persona afrodescendiente, hijo de esclavos, por lo cual es marginado; no tiene documentos migratorios, lo que abona a su segregación y a padecer, tarde o temprano, los horrores de la prisión, aunque sea por un tiempo corto. Además, a pesar de que su incursión en la actividad circense de grandes alcances le proporciona un ámbito en el que es reconocido y recompensado, padece el señalamiento general del que han sido objeto en muchas sociedades buena parte de las personas que viven del espectáculo, considerándolos como seres excéntricos, llenos de rarezas y dados a la banalidad y al desenfreno.

Precisamente, si bien Padilla logra trascender todas estas condiciones —ser afrodescendiente, ser inmigrante indocumentado y pertenecer a una modesta caravana de circo—, y a instancias de Footit se encumbra como un importante exponente del espectáculo en una de las más importantes capitales del mundo, no logra lidiar con el espíritu de una sociedad que precisamente acude al circo con una visión morbosa, porque para muchos de sus integrantes es ese lugar en el que se presenta, al lado de las habilidades de algunos otros artistas, la contemplación del ser raro, del “fenómeno”, del que tiene en su naturaleza, en su físico, en su cuerpo, algo de más o algo de menos, o resulta, como en este caso, “un feroz caníbal traído a la civilización por un grupo de valientes expedicionarios” o el compañero del payaso cariblanco, al que se le pueden aplicar rutinas desventajosas que hacen reír a costa del respeto que merece; el circo se presenta como el ámbito en el que se propicia la novedad de lo insólito, de lo extraño y de lo que tóxicamente llama la atención de la gran masa, del colectivo anónimo e ingrato.

Por otra parte, Padilla va a enfrentar la falta de comprensión de una sociedad que, percibiéndole como el fenómeno que la hace reír en la pista de un circo para alejarla del tedio y de las vicisitudes cotidianas, no le permite evolucionar: le cancela la posibilidad de acceder al ámbito escénico del teatro clásico, precisamente por su color de piel, aunque su trabajo histriónico no sea malo y aunque, precisamente, lo que interprete esté perfectamente adecuado a sus caracterís-

² Armando Casimiro Guzmán, *Señor Chocolate en el Tour de Cine Francés*, reseña cinematográfica publicada el 17 de septiembre de 2016. (Consultada el 3 de abril de 2017). Disponible en: <http://revesonline.com/2016/09/17/senor-chocolate-en-el-tour-de-cine-frances/>.

ticas físicas. Por otra parte, no se puede ignorar que Padilla también sucumbe ante sus propios excesos, pues al dar el salto a un ámbito de determinado refinamiento y a una capacidad de consumo elevada, no cuenta con los elementos culturales o la preparación para administrarse, administrar sus recursos y moderar sus apetitos y sus gustos, y sobre todo para sobreponerse a esa fuerte inclinación que lo subyuga por los juegos de azar y por las apuestas.

En el filme también destaca muy en especial la situación del payaso cariblanco Foottit, como un ser atormentado que, a diferencia de su compañero, y en el otro extremo del comportamiento humano, transpira sobriedad, y al que —como le llega a decir el propio Padilla— pareciera que fuera de las cuestiones relacionadas con el trabajo, nada le gusta y nada le satisface. El director pone muy en claro que Foottit logra consolidar su éxito profesional en el escenario con el equipo de trabajo formado con Padilla, pero de una manera muy fina, apenas sugere, nos relata también cómo desarrolla hacia su compañero Rafael un fuerte sentimiento, que si no es amor se le aproxima bastante. Sin embargo, Foottit prefiere guardar esa inclinación afectiva en lo más profundo de su ser, llevarla en silencio, ante el riesgo del estigma o del rechazo, con todo lo que ello conlleva de carga discriminatoria, en una sociedad que aparentemente es muy liberal, pero que de manera cruel juzga y condena lo que, en su perspectiva, se encuentra fuera de determinados arquetipos y modelos. Lo anterior queda de manifiesto en la escena en la que, en el interior de un bar, a Foottit se le insinúa un personaje desconocido que abiertamente ostenta su homosexualidad, pero al que el payaso evade para luego alejarse entre titubeante y nervioso.

Es importante destacar el extraordinario trabajo actoral de los protagonistas, James Thiérree y Omar Sy,³ toda vez que en la presente cinta sacan generoso partido de todas las expresiones y facetas que sus personajes ofrecen, amén de los demás integrantes del experimentado reparto, quienes también desarrollan sus roles con sobrada calidad. Zem, a través de su lente, ofrece el mensaje de que en ningún momento de la humanidad se debe permitir o alentar la marginación de persona alguna, en perjuicio de la dignidad humana.

Por último, se puede decir que aunque *Monsieur Chocolat* se trata de una cinta cinematográfica de época, su contenido y, específicamente, el tratamiento que dispensa a los temas que se relacionan con los derechos humanos, no pierde vigencia respecto del presente, pues a pesar de los avances que la realidad y el mundo normativo nos han aportado progresivamente en esta materia, el quebrantamiento de los derechos de los grupos en mayor situación de vulnerabilidad como los afrodescendientes, las personas migrantes y las personas de la diversidad sexual, entre otros más, no se ha extinguido y por el contrario,

³ A Padilla lo interpreta Omar Sy, quien ha intervenido en otros filmes como *Amigos-Intocables*, *Samba*, y en el cine de Hollywood, en *Mundo Jurásico* y *X-Men: Días del futuro pasado*, entre otros. Sy es un actor inclinado a la comedia física que exige la recreación del personaje. Por su parte, James Thiérree, quien encarna a Foottit, es nieto de Charles Chaplin, de quien heredó el talento, aunque también un gran parecido físico. Ambos histriones forman una buena pareja cinematográfica, la cual aporta a esta cinta, con química, complicidad y simpatía, sus mejores momentos. La recreación del tipo de comicidad de la época, precursora de la *slapstick*, tan popular en el cine mudo con el propio Chaplin y con la pareja de El Gordo y El Flaco, es impecable. Se aprecia el trabajo coreográfico previo y el de ensayos. Cf. Lucero Solórzano, "Tour de Cine Francés: Señor Chocolate", en *Columna* 30-30, publicada el 12 de septiembre de 2016. (Consultada el 3 de abril de 2017). Disponible en: <http://www.excelsior.com.mx/opinion/lucero-solorzano/2016/09/12/1116315>.

tiende a incrementarse sobre todo en estos días, cuando en algunas sociedades se observa el avasallador auge de los grupos políticos y las tendencias que no ocultan su fuerte proclividad al conservadurismo.

III. La discriminación racial desde la perspectiva de otras producciones cinematográficas

Es oportuno comentar que *Monsieur Chocolat* se suma a las cintas que han abordado el tópico de la discriminación racial y que, de una u otra forma, lo han presentado como un desafortunado fenómeno que segrega y que margina, y que en distinto tiempo y espacio ha contribuido a dividir a los hombres y a los pueblos, con la imposición de escenarios de incomprensión, discordia, intolerancia, violencia y odio. Fenómeno que debe revertirse, toda vez que constituye un factor que impide justipreciar el valor de la dignidad humana y la igualdad de los seres humanos, independientemente de los orígenes étnicos y de las características somáticas que cada caso pueda ofrecer.

El tema de la discriminación racial ha propiciado que el cine de Hollywood, en especial, haya desarrollado lo que podría identificarse como toda una "línea de producción" encaminada a criticar las manifestaciones de la segregación racial que por décadas y aún en nuestros días, son susceptibles de presentarse en diversos puntos de la Unión Americana, o incluso de la geografía mundial, así como a reivindicar muy en específico a la población afroamericana de aquel país. De esta manera, no son pocos los sucesos históricos, los casos reales, las anécdotas y las obras literarias surgidas de la pluma de diferentes autores, que han surtido al cine norteamericano de abundante material para desarrollar el tópico con diversas producciones, muchas de ellas de una excelente manufactura y de una impecable profundización en cuanto a la problemática que exponen.

Entre las cintas estadounidenses que al respecto se pueden mencionar se encuentra, por ejemplo, *To Kill a Mockingbird* (1962), en español *¿Cómo matar un ruiseñor?*, dirigida por Robert Mulligan, protagonizada por Gregory Peck y Mary Badham, con un guión de Horton Foote, basado en la novela del mismo nombre, escrita por Harper Lee. Esta película constituyó en su momento un extraordinario suceso fílmico, no sólo por su calidad y por el trabajo de sus actores, sino por ser la primera en tratar con agudeza y sensibilidad el tema de los conflictos raciales en los Estados Unidos de América. También se puede recordar *Guess Who's Coming to Dinner?* (1967), en español *¿Adivina quién viene a cenar?*, del director Stanley Kramer, con Sidney Poitier, Katharine Houghton, Katharine Hepburn y Spencer Tracy; y *The Color Purple* (1985), en español *El Color Púrpura*, realizada por Steven Spielberg, con Danny Glover, Whoopi Goldberg, Margaret Avery, Oprah Winfrey, Willard E. Pugh y Akosua Busia.

A los anteriores se pueden agregar otros importantes trabajos, tales como *Mississippi Burning* (1988), en español *Mississippi en llamas*, de Alan Parker, con la participación de Willem Dafoe, Gene Hackman, Frances McDormand y Gailard Sartain; *Driving Miss Daisy* (1989), en español *El chofer de la señora Daisy*, dirigida por Bruce Beresford, con Jessica Tandy, Morgan Freeman, Dan Aykroyd y Patti LuPone; *A time to kill* (1996), en español *Tiempo de matar*, rea-

lización de Joel Schumacher, con Sandra Bullock, Samuel L. Jackson, Matthew McConaughey y Kevin Spacey; *Crash* (2004), en español *Alto Impacto*, dirigida por Paul Haggis, en la que también actuó Sandra Bullock, acompañada de Matt Dillon, Don Cheadle y Brenda Fraser; *Remember the Titans* (2006), en español *Titanes. Hicieron historia*, de Boaz Yakin, con Denzel Washington, Will Patton y Donald Faison; *Men of Honor* (2000), en español *Hombres de Honor*, del director George Tillman Jr., en la que intervinieron Robert De Niro, Cuba Gooding Jr., Davis Conrad y Charlize Theron; *Invictus* (2009), realizada en coproducción con Sudáfrica y dirigida por Clint Eastwood, con Morgan Freeman y Matt Damon; *The Help* (2010), en español *Historias Cruzadas*, filme de Tate Taylor, con Emma Stone, Viola Davis, Octavia Spencer, Jessica Chastain, Allison Janney y Bryce Dallas Howard; *Lincoln* (2012), de Steven Spielberg, con la participación de Daniel Ley-Lewis, Sally Field, David Strathairn y Tommy Lee Jones; y de manera más reciente, *Dear White People* (2014), en español *Querida gente blanca o Queridos blancos*, de Justin Simien, con Tayler James Williams, Deniss Haysbert, Tessa Thompson y Kyle Gallner.

Sin embargo, en otros países la discriminación racial también ha sido un tema de sumo interés para llevarlo a la pantalla grande. En tal sentido, sólo por citar algunas obras, se puede referir *Mamá, hay un hombre blanco en tu cama* (1988), cinta francesa, dirigida por Coline Serreau; *La mujer de Rose Hill* (1989), producida en Suiza y dirigida por Alain Tanner; *Europa, Europa* (1990), coproducción franco alemana, realizada por Agnieszka Holland; *El techo del mundo* (1995), coproducida por España, Francia y Suiza, del director Felipe Vega; *Generación robada* (2002), película australiana, cuya realización estuvo a cargo de Phillip Noyce; *Man To Man* (2005), del Reino Unido, del director Régis Wargnier; *Mi nombre es Khan* (2010), producida en la India y dirigida por Karan Johar; y *Dios mío, ¿pero qué te hemos hecho?* (2014), producción francesa, realizada por Philippe de Chauveron.

Por lo que respecta al cine mexicano, éste no presenta un listado tan amplio de películas que se ocupen del tópico, como tal vez se podría esperar en tratándose de una nación pluricultural. No obstante, dentro de la etapa que se conoce como la Época de Oro se distinguen algunos títulos, tales como *Janitzio* (1935), dirigida por Carlos Navarro, con Emilio "El Indio" Fernández y María Teresa Orozco; *Angelitos Negros* (1948), de Joselito Rodríguez, con Pedro Infante, Emilia Guiú, Rita Montaner y Titina Romay; *María Candelaria* (1943), de Emilio "El Indio" Fernández, con Pedro Armendáriz, Dolores del Río y Miguel Inclán; *Maclovía* (1948), también de Emilio "El Indio" Fernández, con María Félix, Pedro Armendáriz, Miguel Inclán y Carlos López Moctezuma; o *Tizoc. Amor indio* (1957), de Ismael Rodríguez, con Pedro Infante, María Félix, Andrés Soler, Carlos Orellana y Julio Aldama, entre otros actores.

Empero, sin que se trate de un criterio absoluto o determinante, es importante señalar que a pesar de que en principio se orientan a reivindicar a los que sufren la segregación racial, sobre todo a los miembros de los pueblos originarios de nuestro país y en menor proporción a los afrodescendientes, algunas de estas cintas han merecido las críticas de quienes distinguen en su contenido un enfoque paternalista o, por otra parte, la inclusión de mensajes contradictorios o ambiguos que pueden desvirtuar dicha orientación inicial. En este último supuesto se coloca, por ejemplo, una escena de la película *Angelitos negros*, en

la que la pequeña Belén (Titina Romay), la hija afromexicana de Ana Luisa (Emilia Guiú), se aplica en la cara en forma exagerada los cosméticos de su mamá, que es rubia, con el fin de parecerse a ella y no sufrir más su desprecio, con lo que implícitamente se podría estar justificando los desaires maternos ante “el defecto” de la niña por su color de piel. O bien, el caso de *Tizoc* (Pedro Infante), en la película del mismo nombre, en la escena en la que, en medio de una celebración, éste se imagina a sí mismo, pero con piel blanca y vestido de traje, sustituyendo en su mente al joven que, con tales características, se encuentra en realidad cantando y bailando con María Eugenia (María Félix), lo que podría llevar a suponer una inconsciente desestimación del personaje principal respecto de sus propias raíces. Claro está que, desde el punto de vista cinematográfico, el director Ismael Rodríguez pudo –tal vez– argumentar que era necesario un espacio dentro de la película para brindarle a Infante –ya muy consolidado para entonces como una de las principales figuras del cine nacional–, la oportunidad de desarrollar su imagen habitual, esa a la que estaba acostumbrado el público y que tanta fama y popularidad aportó a su carrera.

En un segmento del cine mexicano más cercano en el tiempo, se pueden distinguir otros filmes que tocan el tema de la discriminación racial. Como ejemplo se pueden mencionar *Tarahumara. Cada vez más lejos* (1965), de Luis Alcoriza, con Ignacio López Tarso, Jaime Fernández, Aurora Clavel y Eric del Castillo; *Rosas blancas para mi hermana negra* (1970), de Abel Salazar, con Libertad Lamarque, Eusebia Cosme, Roberta e Irma Lozano; *Llovizna* (1978), de Sergio Olhovich, con Aarón Hernán, Salvador Sánchez, Delia Casanova y Silvia Mariscal; o *En el país de los pies ligeros. Niño rarámuri* (1982), de Marcela Fernández Violante, con Pedro Armendáriz Jr., Helena Rojo, Ernesto Gómez Cruz, Aurora Clavel, Francisco Maury y Arturo Adonay. De entre estas películas, merece un especial comentario *Tarahumara*, ya que en ella Luis Alcoriza, su realizador, pudo presentar sin los mencionados acentos paternalistas, un profundo y genuino panorama acerca de la problemática y el comportamiento del pueblo rarámuri, en la Sierra de Chihuahua, además de plantear una relación de particular identificación entre los personajes principales: Raúl (Ignacio López Tarso), un antropólogo proveniente de la ciudad que se solidariza con las causas de esa comunidad, y Corachi (Jaime Fernández), el indígena tarahumara que le comparte sus hábitos, prácticas y tradiciones, además de brindarle sin reservas su amistad. Esta cinta ofrece, incluso, una muy bien lograda escena en la que se observa con todo detalle la forma en que, de acuerdo con sus usos y costumbres, esta comunidad imparte justicia.

En todo caso, amén de las consideraciones específicamente estéticas que implica y que son la base de lo que su esencia comprende, el cine es un extraordinario vehículo para conocer una temática de tanta importancia y de tantas aristas, como lo es la discriminación racial, fenómeno que en la historia de la humanidad ha afectado a las más diversas sociedades. Asimismo, se puede afirmar que este tipo de material es susceptible de contribuir a que los más variados públicos consideren una actitud crítica y propositiva, con la que se puedan eventualmente modificar las ideas, las concepciones, los usos y las costumbres que justifican las prácticas segregacionistas, con las que a diario –a veces inconscientemente– se falta a la dignidad humana y a la consideración

que toda persona merece, independientemente del grupo étnico o racial al que pertenezca.

IV. Referencias adicionales

CASIMIRO GUZMÁN, Armando, *Señor Chocolate en el Tour de Cine Francés*, reseña cinematográfica publicada el 17 de septiembre de 2016. (Consultada el 3 de abril de 2017). Disponible en: <http://revesonline.com/2016/09/17/senor-chocolate-en-el-tour-de-cine-frances/>.

“Señor Chocolate es una entrañable y dolorosa historia de la vida real con una actuación extraordinaria de Omar Sy”. *Cine Premiere*. (Consultada el 3 de abril de 2017). Disponible en: <http://www.cinepremiere.com.mx/senor-chocolate-critica-tour-de-cine-frances-60558.html>

Señor Chocolate (*Chocolat*, Francia, 2016, 110 minutos). Cineteca Nacional. (Consultada el 3 de abril de 2017). Disponible en: <http://www.cinetecanacional.net/php/detallePelicula.php?clv=14553>.

SOLORZANO, Lucero, “Tour de Cine Francés: Señor Chocolate”, *Columna 30-30*, publicada el 12 de septiembre de 2016. (Consultada el 3 de abril de 2017). Disponible en: <http://www.excelsior.com.mx/opinion/lucero-solorzano/2016/09/12/1116315>.

Bibliografía

Bibliografía sobre Constitución y derechos humanos

Eugenio Hurtado Márquez*

- ALSTON, Philip y Frederic Megret, eds., *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*. 2a. ed. Nueva York, Oxford University Press, 2014, 800 pp.
- ÁLVAREZ, Clara Luz, "Espectro radioeléctrico, derechos humanos y competencia", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. México, núm. 3, julio-diciembre de 2016, pp. 101-135.
- ÁLVAREZ ICAZA GONZÁLEZ, Dení del Carmen, "El consumo de la marihuana en niñas, niños y adolescentes en México: una visión desde los derechos humanos", *Dfensor. Revista de Derechos Humanos*. México, núm. 2, febrero de 2016, pp. 30-34.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Transformar dolor en esperanza: defensoras y defensores de derechos humanos en América*. Madrid, Amnistía Internacional, 2012, 70 pp.
- AMADOR ZAMORA, Édgar Abraham, "La instrumentación del presupuesto público con perspectiva de derechos humanos en la CDMX", *Dfensor. Revista de Derechos Humanos*. México, núm. 8, agosto de 2016, pp. 37-41.
- ANGULO NOBARA, Javier Cruz, *La Comisión Nacional de los Derechos Humanos y la acción de inconstitucionalidad de la ley*. 1a. ed., 1a. reimp., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, 49 pp., (Colección de Textos sobre Derechos Humanos)
- ANSOLABEHERE, Karina et al., coords., *Los derechos humanos y la violencia: Estado, instituciones y sociedad civil*. México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, sede México, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2015, xlv, 283 pp., (Estudios Académicos)
- AÑÑOS BEDRIÑANA, Karen G., "Régimen constitucional de los tratados de derechos humanos en el derecho comparado latinoamericano", *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*. Bogotá, núm. 35, enero-junio de 2015, pp. 135-151.
- ARIAS MARÍN, Alán, coord., *Debate multicultural y derechos humanos*. 2a. ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016, 82 pp.
- ARIAS MARÍN, Alán, *Ensayos críticos de derechos humanos. Tesis, imperativos y derivas*. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016, 230 pp.
- ASÚNSOLO MORALES, Carlos R., "Derechos humanos, poder económico y empresas multinacionales", *Criterio Jurídico*. Cali, vol. 15, núm. 1, 2015, pp. 49-78.
- BRITO MELGAREJO, Rodrigo, *La acción de inconstitucionalidad como mecanismo de protección de los derechos humanos*. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, 57 pp., (Colección sobre la Protección Constitucional de los Derechos Humanos; Fascículo; 15)
- BROKMANN HARO, Carlos, *Orígenes del pluralismo jurídico en México: derechos humanos y sistemas jurídicos indígenas*. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2014, 293 pp.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, "La interpretación conforme en el escenario jurídico mexicano. Algunas pautas para su aplicación a cinco años de la reforma constitucional de

* Director Editorial, Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

- 2011", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. México, núm. 3, julio-diciembre de 2016, pp. 37-62.
- CÁMARA DE DIPUTADOS. LXII LEGISLATURA, *Avances y retos en la implementación de la reforma constitucional de derechos humanos*. México, Cámara de Diputados, LXII Legislatura / Senado de la República, LXII Legislatura / Gobierno de la República / Poder Judicial de la Federación / CNDH, 2015, 109 pp.
- CANSECO GUZMÁN, Alma Delia, "Mujeres migrantes víctimas de delito, acceso a la justicia y violaciones a los derechos humanos", *Dfensor. Revista de Derechos Humanos*. México, núm. 11, noviembre de 2016, pp. 13-19.
- CANTO, Francesco dal, "Los nuevos derechos: entre la Constitución italiana y las Cartas Europeas", *Revista de Investigaciones Jurídicas*. México, núm. 40, 2016, pp. 115-126.
- CANTÚ RIVERA, Humberto, "Empresas y derechos humanos: ¿hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del Status Quo?", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. México, XIII, 2013, pp. 313-354.
- CANTÚ RIVERA, Humberto, "Derechos humanos y empresas hacia una conducta empresarial responsable", *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*. México, núm. 26, enero-abril de 2016, pp. 39-73.
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl, "El terrorismo de Estado como violación a los derechos humanos. En especial la intervención de los agentes estatales", *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Santiago de Chile, núm. 2, 2015, pp. 203-235.
- CASTAÑEDA, Mireya, "La participación empresarial en los derechos humanos ante el cambio de paradigma", *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*. México, núm. 26, enero-abril de 2016, pp. 75-92.
- COBO TÉLLEZ, Sofía M., "El principio de flexibilidad de la medida y los derechos humanos de las personas adolescentes en conflicto con la ley", *Dfensor. Revista de Derechos Humanos*. México, núm. 9, septiembre de 2016, pp. 9-16.
- COMISIÓN ESTATAL DE DERECHOS HUMANOS DE TLAXCALA, *Diagnóstico estatal de derechos humanos de Tlaxcala 2015*. Tlaxcala, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Tlaxcala, 2015, 217 pp.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Los derechos humanos: un compromiso de todos. 2009-2014*. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2014, xv, 308 pp.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Constitución y derechos humanos*. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos / Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México / Secretaría de Educación Pública, 2015, 39 pp., (Biblioteca Constitucional CNDH-INEHRM. Cartas de Derechos Constitucionales)
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL, *Derechos humanos en México y América Latina: una visión desde el Consejo de la CDHDF*. México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2015, 253 pp.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Los rostros de los derechos humanos*. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, 223 pp.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Un modelo de prisión. Criterios para un sistema orientado al respeto de los derechos humanos: Las personas privadas de la libertad. Bases para la reinserción social. Responsabilidades con el medio ambiente*. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016, 187 pp.
- CORCHADO ACEVEDO, Juan Gabriel, "La previsión social, retos de cara a la Constitución de la Ciudad de México", *Dfensor. Revista de Derechos Humanos*. México, núm. 12, diciembre de 2016, pp. 39-43.
- CORCUERA CABEZUT, Santiago, "La reforma constitucional en derechos humanos. Algunos comentarios en su quinto aniversario, más allá del artículo 1o.", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. México, núm. 3, julio-diciembre de 2016, pp. 175-202.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, "Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. México, núm. 3, julio-diciembre de 2016, pp. 3-35.
- DAVIS, Jeffrey, "Uncloaking Secrecy: International Human Rights Law in Terrorism Cases", *Human Rights Quarterly*. Baltimor, vol. 38, núm. 1, febrero de 2016, pp. 58-84.
- DOLÚTSKAYA, Sofya, "Producción de megaproyectos de desarrollo en México desde la

- perspectiva de derechos humanos", *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*. México, núm. 26, enero-abril de 2016, pp. 18-38.
- ENRIQUE MARTÍN, Agustín y María Florencia Reggiardo, "Derechos de las personas migrantes algunas pautas emanadas del sistema interamericano de derechos humanos", *El Lado Humano*. Monterrey, núm. 94, enero-marzo de 2016, pp. 16-24.
- ESPINOSA LUNA, Carolina, "Violaciones graves a derechos humanos en México según Organismos Públicos de Derechos Humanos (OPDH)", *Pluralidad y Consenso*. México, núm. 28, abril-junio de 2016, pp. 24-43.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Vicente y José Agustín Celorio González, "Algunas consideraciones sobre los derechos humanos en las sociedades postmodernas: entre las garantías y la eficacia", *Jurípolis. Revista de Derecho y Política*. México, vol. 1, núm. 18, junio, 2016, pp. 37-50.
- FUENTES VERA, María de los Ángeles, "Derechos de las personas mayores en la Constitución Política de la Ciudad de México", *Dfensor. Revista de Derechos Humanos*. México, núm. 7, julio de 2016, pp. 36-41.
- GARCÍA, Aniza, *Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) como derechos exigibles en el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, 84p., (Colección sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA). Fascículo; 1)
- GARCÍA MORELOS, Gumesindo, *Control de convencionalidad de los derechos humanos en los tribunales mexicanos*. México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2015, 46 pp., (Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral; 31)
- GARCÍA RICCI, Diego, "La soberanía estatal, la Constitución local y la justicia constitucional en los Estados de la República Mexicana", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. México, vol. 18, núm. 35, enero-junio de 2006, pp. 109-138.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, coord., *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos / Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2004, 414 pp.
- GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Marta, "El derecho a defender los derechos humanos como un derecho autónomo", *Revista IIDH*. San José, Costa Rica, núm. 63, enero-junio de 2016, pp. 105-145.
- GONZÁLEZ MARÍN, et al., *Análisis sobre la política pública en México para personas adultas mayores desde el enfoque de los derechos humanos*. México, Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia, 2015, 208 pp.
- GONZÁLEZ PADILLA, Roy, "Los bordes del proteccionismo: límites y restricciones al ejercicio de los derechos humanos", *Ciencia Jurídica*. Guanajuato, vol. 4, núm.8, 2015, pp. 23-36.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl, coord., *En defensa de periodistas y defensores de derechos humanos en riesgo*. Ciudad de México, Tiran lo Blanch / Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016, 303 pp., (Derechos Humanos)
- GRANADOS COVARRUBIAS, Manuel, "La estabilidad en la Constitución de la Ciudad de México y la división de poderes", *Dfensor. Revista de Derechos Humanos*. México, núm. 7, julio de 2016, pp. 13-17.
- GUEVARA BERMÚDEZ, José Antonio y Lucía Guadalupe Chávez Vargas, "La obligación de investigar y sancionar las violaciones a derechos humanos", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. México, núm. 3, julio-diciembre de 2016, pp. 137-174.
- GUINN, David E., "Human Rights as Peacemaker: An Integrative Theory of International Human Rights", *Human Rights Quarterly*. Baltimore, vol. 38, núm.3, agosto de 2016, pp. 754-786.
- GUTIÉRREZ MARTÍNEZ, Daniel, "Fundamentos y reflexiones sobre el origen ético-religioso de los derechos humanos. Debates en torno a los derechos colectivos e individuales", *Dignitas*. Toluca, núm. 31, mayo-agosto de 2016, pp. 15-47.
- GUZMÁN VERGARA, Olga, "Efectos nocivos de las políticas de seguridad de combate a las drogas en los derechos humanos", *Dfensor. Revista de Derechos Humanos*. México, núm. 2, febrero de 2016, pp. 17-22.
- HAFNER-BURTON, Emile M., *Making Human Rights a Reality*. Princeton, Princeton University Press, 2013, 296 pp.
- HERNÁNDEZ CRUZ, Armando, *Eficacia constitucional y derechos humanos*. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, 58 pp., (Colección sobre la Protección Constitucional de los Derechos Humanos; Fascículo; 17)

- HERNÁNDEZ ORTIZ, Jaime, "La enseñanza de los derechos humanos: valores y principios éticos en la formación docente", *Letras Jurídicas. Revista Electrónica de Derecho del Centro Universitario de la Ciénega*. Ocotlán, Jalisco, núm. 22), primavera de 2016.
- HERRERA GARCÍA, Alfonso, *La interpretación de los derechos humanos y sus garantías por la Suprema Corte de Justicia. Una aproximación jurisprudencial*. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, 170 pp., (Colección sobre la Protección Constitucional de los Derechos Humanos; Fascículo; 1)
- IBÁÑEZA, José Antonio, coord., *Monitoreo, evaluación y política pública de derechos humanos en México: análisis crítico y propuesta*. México, Universidad Iberoamericana, 2015, 536 pp.
- IGLESIAS SKULJ, Agustina, "La protección de los derechos humanos en el ámbito de las políticas contra la trata de mujeres con fines de explotación sexual", *Nova Et Vétero*. Bogotá, vol. 20, núm. 64, enero-diciembre de 2011, pp. 121-132.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Educando en derechos humanos, promoviendo su vigencia: marco estratégico 2015-2020*. San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, [s.a.], 35 pp.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, *Estadísticas de los derechos humanos en México desde los organismos públicos encargados de su protección y defensa 2013*. México, Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2015, 121 pp.
- JANCZAREK, Szymon, *Restricciones a la libertad de expresión política en el derecho internacional de los derechos humanos*. México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2015, 67 pp., (Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral; 32)
- JIMÉNEZ SOLARES, Elba, *Tratados internacionales de derechos humanos: ¿derecho uniforme u orden público general?* México, Flores Editor y Distribuidor, 2015, xxi, 442 pp.
- LARA ESPINOSA, Diana, *El reconocimiento constitucional del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres en Latinoamérica*. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, 178 pp., (Colección sobre la Protección Constitucional de los Derechos Humanos; Fascículo; 9)
- LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina y Juana Inés Acosta López, "La protección internacional de la objeción de conciencia: análisis comparado entre sistemas de derechos humanos y perspectivas en el sistema interamericano", *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*. Bogotá, núm. 9, 2016, pp. 233-272.
- LUNA ESTRADA, Leonel, "Avances para la democracia participativa en los planteamientos rumbo a la Constitución de la Ciudad de México", *Dfensor. Revista de Derechos Humanos*. México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, (7), julio, 2016, pp. 18-23.
- MAHONEY, Jack. *The Challenge of Human Rights: Origin, Development, and Significance*. Malden, Blackwell, 2007, 232 pp.
- MARTÍNEZ GARZA, Minerva E. y Humberto Fernando Cantú Rivera, comps., *El futuro es hoy: construyendo una agenda de derechos humanos*. Monterrey, Universidad Autónoma de Nuevo León / Comisión Estatal de Derechos Humanos de Nuevo León, [s.a.], 115 pp.
- MARTÍNEZ LÓPEZ, Paulo César, "Presupuesto público con enfoque de derechos humanos", *Dfensor. Revista de Derechos Humanos*. México, núm. 8, agosto de 2016, pp. 31-35.
- MARTÍNEZ VERÁSTEGUI, Alejandra, coord., *La Constitución como objeto de interpretación*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, Centro de Estudios Constitucionales, 2016, xii, 151 pp., (Serie Interpretación Constitucional Aplicada; 1)
- MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena y Ana Elena Fierro Ferraz, *De las garantías individuales a los derechos humanos: ¿existe un cambio de paradigma?* México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, 152 pp., (Colección sobre la Protección Constitucional de los Derechos Humanos; Fascículo; 4)
- MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, Gabriela y Brenda Tuñón Gómez, "Desafíos de la responsabilidad social corporativa (RSC) frente a los derechos humanos de los trabajadores: el ejemplo mexicano", *Alegatos*. México, núm. 91, septiembre-diciembre de 2015, pp. 591-610.
- MIRANDA MARTÍNEZ, María del Carmen, "Derechos humanos y presupuesto. Una reflexión sobre los modelos presupuestarios", *Dfen-*

- sor. *Revista de Derechos Humanos*. México, núm. 8, agosto de 2016, pp. 5-10.
- MIXCOATL ANTONIO, Francisco, *Los derechos humanos en México: teoría y realidad social (una mirada desde el derecho a la igualdad y no discriminación)*. México, Omnijurídica, 2014, 106 pp.
- MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *Derechos de los migrantes en el sistema interamericano de derechos humanos*. 1a. ed., 3a. reimp., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, 72 pp., (Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos)
- NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón, *Argumentar de otro modo los derechos humanos*. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, 158 pp.
- NATIONAL HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Islam y derechos humanos*. Qatar, National Human Rights Committee, Qatar Islamic Cultural Center, 2011, 27 pp.
- NEGRETE MORAYTA, Alejandra y Arturo Guerrero Zazueta, *El derecho de las víctimas de violaciones a derechos humanos a una reparación integral desde la perspectiva de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, 75 pp., (Colección sobre la Protección Constitucional de los Derechos Humanos; Fascículo; 3)
- NIETO CASTILLO, Santiago, *Control de convencionalidad y la reforma constitucional en materia de derechos humanos*. México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2014, 127 pp., (Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral; 30)
- NIETO CASTILLO, Santiago, *La Constitución en la jurisprudencia*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2016, xxvii, 121 pp.
- ODIMBA-ON'ETAMBALAKO-WETSHOKONDA, Jean Cadet, *Los ajustes pendientes para la eficacia de la protección de los derechos humanos en México*. México, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, 2015, 347 pp.
- ORÉ AGUILAR, Gaby, "Políticas fiscales más justas para garantizar los derechos humanos en tiempos de recesión económica en América Latina", *Dfensor. Revista de Derechos Humanos*. México, núm. 8, agosto de 2016, pp. 25-29.
- ORTIZ LAZCANO, Asael, "Derechos humanos y población envejecida en Hidalgo, historia de una muerte continua", *Revista Iberoamericana de las Ciencias Sociales y Humanísticas*. Guadalajara, vol. 5, núm. 10, julio-diciembre de 2016, pp. 1-27.
- PELAYO MOLLER, Carlos María, *Introducción al sistema interamericano de derechos humanos*. 1a. ed., 3a. reimp., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, 83 pp., (Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos)
- PÉREZ GÓMEZ, Laura Elisa, "Más allá de los presupuestos con perspectiva de derechos humanos", *Dfensor. Revista de Derechos Humanos*. México, núm. 8, agosto de 2016, pp. 19-23.
- PÉREZ SALAZAR B., Rodrigo, "Constitución, política y economía en la reforma energética", *Revista de Investigaciones Jurídicas*. México, núm. 39, 2015, pp. 647-668.
- QUINTERO SERRANO, Norma y Alán García Campos, comps., *La tortura en México: una mirada desde los organismos del Sistema de Naciones Unidas*. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos / Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2015, 268 pp.
- RAMÍREZ LÓPEZ, Berenice P., "La política social en México y los derechos humanos", *Dfensor. Revista de Derechos Humanos*. México, núm. 8, agosto de 2016, pp. 43-47.
- REYES RETANA MÁRQUEZ PADILLA, Óscar, coord., *Derechos humanos y administración pública: antecedentes, situación actual, perspectivas y propuestas*. México, Instituto Nacional de Administración Pública / Comisión Nacional de los Derechos Humanos / Secretaría de Gobernación, 2014, 183 pp.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Mario, "Los derechos humanos y la estructura ética del mundo social", *REDHES. Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*. San Luis Potosí, núm. 14, julio-diciembre de 2015, pp. 113-144.
- ROMERO OROZCO, Juan Carlos, "Derechos humanos: territorio del diálogo intercultural", *Dignitas*. Toluca, núm. 31, mayo-agosto de 2016, pp. 49-63.
- ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro, "Crítica de la ideologización de derechos humanos desde la filosofía de la liberación", *Revista de Investigaciones Jurídicas*. México, núm. 37, 2013, pp. 525-558.

- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La Constitución bajo tensión*. México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, 479 pp., (Constitución y Democracia)
- SANDHOLTZ, Wayne, "United States Military Assistance and Human Rights", *Human Rights Quarterly*. Baltimor, vol. 38, núm.4, noviembre de 2016, pp. 1070-1101.
- SENADO DE LA REPÚBLICA. LXII LEGISLATURA, *La Constitución: análisis rumbo a su centenario: 13 al 15 de abril de 2015*. México, Senado de la República, LXII Legislatura, 2015, 2 vol. (Temas Estratégicos del Senado; 7-8)
- SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, *El Primer Congreso Constituyente de México: el Congreso de Chilpancingo y la Constitución de Apatztingán 1813-1814*. México, Secretaría de Gobernación / Miguel Ángel Porrúa, 2013, 256 pp., (Serie La Historia)
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917 (compilación cronológica de sus modificaciones y procesos legislativos)*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Documentación y Análisis, Archivos y Compilación de Leyes, 2015, xxxiii, 597 pp.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Apuntes para el estudio del derecho constitucional mexicano de Paulino Machorro Narváez*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2015, xxv, 337 pp.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *El pensamiento jurídico de México en el derecho constitucional*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2015, lxxxvi, 236 pp.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Los pueblos indígenas y la Constitución de 1917: una revaloración del pasado hacia el presente*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2015, xxi, 699 pp.
- TORO HUERTA, Mauricio Iván del y Rodrigo Santiago Juárez, *La perspectiva intercultural en la protección y garantía de los derechos humanos (una aproximación desde el análisis de las controversias electorales en comunidades indígenas)*. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, 234 pp., (Colección sobre la Protección Constitucional de los Derechos Humanos; Fascículo; 12)
- TORRE DE LARA, Óscar Arnulfo de la, "Ceguera ilustrada y cultura constitucional. Derechos humanos, territorialidad y sujetos de la historia", *Revista de Investigaciones Jurídicas*. México, núm. 40, 2016, pp. 127-167.
- TORRES FALCÓN, Marta, "Explotación sexual y violencia de género: un debate de derechos humanos", *Nova Et Vétere*. Bogotá, vol. 20, núm. 64, enero-diciembre de 2011, pp. 151-164.
- VÁZQUEZ CAMACHO, Santiago J., *La responsabilidad internacional de los Estados derivada de la conducta de particulares o Non-State Actors conforme al sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos*. 1a. ed., 1a. reimp., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, 72 pp., (Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos)
- VIVEROS UEHARA, Thalia y Rodolfo Godínez Rosales, *Cambio climático y derechos humanos*. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, 39 pp.
- VOGELFANGER, Alan Diego, "El estatus jurídico de defensores y defensoras de derechos humanos", *Revista IIDH*. San José, Costa Rica, núm. 63, enero-junio de 2016, pp. 267-294.
- WILDE, Alexander, ed., *Las iglesias ante la violencia en América Latina: los derechos humanos en el pasado y el presente*. México, FLACSO México / Center for Latin American and Latino Studies / American University, 2015, 491 pp.
- ZAMORA GRANT, José y César García Razo, "El desafío de los derechos humanos: políticas públicas centradas en las personas", *Defensor. Revista de Derechos Humanos*. México, núm. 8, agosto de 2016, pp. 11-17.
- ZAVALA DE ALBA, Luis Eduardo, *Gobernanza en derechos humanos: hacia una eficacia y eficiencia institucional*. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, 55 pp., (Colección sobre la Protección Constitucional de los Derechos Humanos; Fascículo; 18)
- ZOTA BERNAL, Andrea Catalina, "Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables: su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos", *Perspectiva en Derechos Humanos*. Oaxaca, núm. 9, enero-junio de 2016, pp. 53-72.



ISSN: 1870-5448

